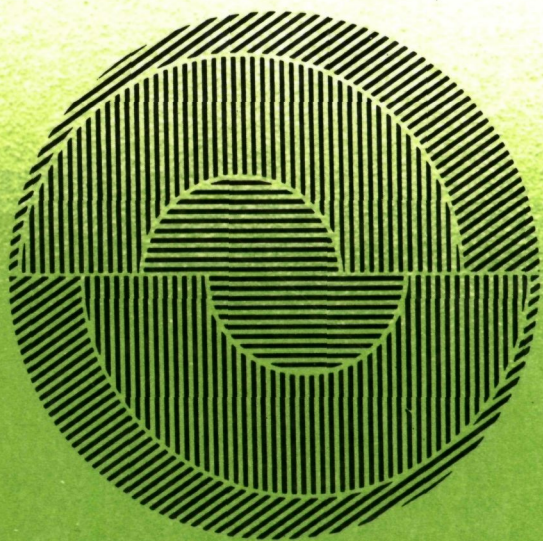


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS •

JANEIRO A MARÇO 1981  
ANO 18 • NÚMERO 69

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 18 n. 69 — janeiro/março 1981

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

---

---

**Fundadores:**

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

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

---

---

**Direção:**

**LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL**

---

---

**Redação:**

**ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR (Chefe)  
PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO**

---

---

**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**

<b>R. Inf. legisl.</b>	<b>Brasília</b>	<b>a. 18</b>	<b>n. 69</b>	<b>jan./mar. 1981</b>
------------------------	-----------------	--------------	--------------	-----------------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 120,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria  
de Edições Técnicas

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

Revista de informação legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-

Brasília, Senado Federal.

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-  
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
<b>COLABORAÇÃO</b>	
Estrutura lógica das normas jurídicas — Senador <i>Franco Montoro</i> .....	5
Da obrigação de depor perante CPIs criadas por Assembléa Legislativa — Senador <i>Paulo Brossard</i> .....	15
Reeleição das Mesas do Legislativo — <i>Geraldo Ataliba</i> .....	49
Prerrogativas do Poder Legislativo — <i>Iduna E. Wetnert</i> .....	55
As idéias fundamentais da Constituição de 1891 — <i>Clovis V. do Couto e Silva</i> ...	81
Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i> .....	91
O anteprojeto de nova CLT e a Constituição — <i>A. F. Cesarino Junior</i> .....	135
O Estado e as autarquias de serviços — <i>Ney da Fontoura Boccanera</i> .....	153
O instituto jurídico da reabilitação — <i>Armida B. Miotto</i> .....	165
Ressocialização e saúde mental — <i>J. Treiger</i> .....	179
Os fatores sócio-culturais e a conduta delinqüente — <i>Edmundo Oliveira</i> .....	195
Pontes de Miranda — <i>Pinto Ferreira</i> .....	203
Aspectos processuais da aplicação da teoria das dívidas de valor — <i>Arnoldo Wald</i>	229
Castração. Esterilização. "Mudança" artificial de sexo — <i>Antonio Chaves</i> .....	261
<b>DOCUMENTAÇÃO</b>	
Emenda Constitucional nº 15, de 19 de novembro de 1980 .....	273
Emenda Constitucional nº 16, de 27 de novembro de 1980 .....	295
Emenda Constitucional nº 17, de 2 de dezembro de 1980 .....	331
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	359

## Estrutura lógica das normas jurídicas

**Senador FRANCO MONTORO**

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo e da Uni-  
versidade Católica de São Paulo

"A endonorma e a perlnorma sancionadora, a que se referem as doutrinas de KELSEN e COSSIO, não descrevem integralmente a norma jurídica."

"Ao lado das sanções negativas ou repressivas, que punem o não cumprimento da prestação, é preciso afirmar a existência de sanções positivas, representadas pelos prêmios, estímulos, incentivos e outras conseqüências jurídicas positivas decorrentes do cumprimento da prestação."

"O direito não tem apenas a função repressiva que lhe atribui a concepção do Estado-Polícia. Sua função é, também, e principalmente, promotora do bem comum."

### COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Na dupla qualidade de legislador e de professor de Lógica do Direito, fomos levados a fazer algumas reflexões sobre a estrutura lógica das normas jurídicas. Nesse estudo chegamos à conclusão de que a doutrina comum dos autores que se têm ocupado do assunto apresenta uma deficiência que precisa ser analisada.

O presente estudo é uma contribuição a essa análise e propõe-se a examinar fundamentalmente as seguintes questões:

1 — As doutrinas de KELSEN e de COSSIO, que servem de base à doutrina comum sobre a estrutura da proposição jurídica, descrevem adequadamente as normas do direito?

2 — Ao lado das sanções positivas, que acompanham o descumprimento da prestação, não é necessário admitir a existência de conseqüências jurídicas positivas, decorrentes do cumprimento da prestação?

3 — Não estarão essas questões vinculadas a diferentes concepções sobre as funções de direito e do Estado?

## DOCTRINA DE KELSEN

É conhecido o pensamento de KELSEN e de COSSIO sobre a estrutura lógica da norma ou da proposição jurídica (1).

Para o primeiro, de conformidade com suas próprias palavras: "Proposições jurídicas são, por exemplo, as seguintes: se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada de seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado. Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido. É esta a forma fundamental da proposição jurídica" (2).

(1) Será correta a expressão: estrutura lógica da "norma" jurídica? Ou devemos falar apenas na estrutura da "proposição" jurídica?

O problema da distinção entre norma jurídica e proposição jurídica comporta amplo debate. O próprio KELSEN reconhece, na 2.<sup>a</sup> edição de sua *Teoria Pura do Direito*, as imprecisões de sua posição anterior (nota da pág. 124, na tradução de JOÃO BAPTISTA MACHADO, Coimbra, 1974). E estabelece a distinção entre "a norma jurídica, como uma função da autoridade criadora do direito, e a proposição jurídica, como uma função da ciência jurídica, descritiva do direito" (pág. 124). As normas jurídicas são "mandamentos e, como tais, comandos, imperativas (...), permissões e atribuições de poder ou competência" (pág. 111). As proposições jurídicas são os "enunciados com os quais a ciência do direito descreve esses comandos". Ou, nas palavras do autor: "Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica, (...) sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências determinadas pelo mesmo ordenamento" (pág. 111).

Mas, além do comando ou da norma, considerada em si mesma e de sua descrição, feita pela ciência do direito, é preciso distinguir a formulação da norma, feita pela autoridade que a ordenou, porque as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras, proposições ou sinais equivalentes.

Podemos, assim, considerar a norma jurídica sob três aspectos: 1.<sup>o</sup> em si mesma, como fato ou imperativo social, por exemplo, a norma que proíbe o homicídio, vigente no Brasil desde os tempos coloniais; 2.<sup>o</sup> a formulação dessa norma, feita pelo legislador ou outra autoridade competente, mediante palavras, proposições ou enunciados, exemplo, a atual redação do art. 121 do Código Penal: "Matar alguém. Pena — reclusão de 6 a 20 anos"; 3.<sup>o</sup> a descrição da norma ou a referência a mesma, feita pelo estudioso ou por aqueles que lidam com o direito.

Em si mesma, a norma é sempre uma disposição imperativa, proibitiva ou permissiva. E constitui, como diz CARNELUTTI, um comando jurídico dirigido à conduta dos simples indivíduos, autoridades ou instituições da vida social.

A formulação da norma pelo legislador (ou outras autoridades) obedece às exigências da técnica legislativa, que tem objetivos práticos e não científicos. Muitas vezes, a mesma norma, como a relativa ao homicídio, furto, falsificação de moedas etc., recebe formulações diferentes em legislações que se sucedem.

As discussões sobre a estrutura lógica da norma ou da proposição jurídica colocam-se no plano da sua descrição pelo estudioso ou pela ciência de direito. Mas referem-se também, evidentemente, à estrutura da própria norma formulada pelo legislador. Podemos, por isso, falar na estrutura lógica das normas jurídicas e não apenas na estrutura das proposições jurídicas.

(2) KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO, ed. Armênio Amado, Coimbra, 1974, págs. 119/120.

Estruturalmente, na doutrina de KELSEN, a proposição jurídica liga entre si dois elementos: (1) dados determinados pressupostos, (2) deve efetuar-se um ato de coerção, sempre na forma estabelecida pela ordem jurídica. Se A não cumpre a prestação, deve ser-lhe aplicada uma sanção. Ou, simplificada: quando A é, deve ser B<sup>(3)</sup>.

No pensamento de KELSEN, a proposição jurídica é um juízo hipotético ou condicional, em que o antecedente ou o pressuposto é o não cumprimento de uma obrigação, e o conseqüente é a disposição de que uma sanção deve ser aplicada. Ou, em termos simples: dada a não prestação, deve ser a sanção. Ou, ainda, em símbolos: NP  $\Rightarrow$  S. Assim, no direito brasileiro: Se o eleitor não votou, deve ser-lhe aplicada uma multa.

### DOCTRINA DE COSSIO

A formulação de COSSIO é mais ampla: "A norma jurídica completa (...) tem dois membros, aos quais propomos chamar de endonorma (conceituação da prestação) e perinorma (conceituação da sanção), não só para terminar com o caos das designações de normas primária e secundária, que os diferentes autores utilizam com sentido oposto, mas também para salientar que se trata de uma norma única e não de duas normas, ponto indispensável para entender o conceito da norma jurídica como um juízo disjuntivo" (4).

A norma jurídica tem assim a seguinte forma, esquematizada pelo próprio COSSIO:

Dado o fato x, deve ser a prestação (endonorma)

ou

dada a não prestação, deve ser a sanção (perinorma).

E em fórmula de símbolos:

F  $\Rightarrow$  P

ou

NP  $\Rightarrow$  S.

Nessa conformidade teríamos no direito brasileiro atual o seguinte desdobramento:

Dado que fulano é eleitor, fulano deve votar (endonorma)

ou

dado que fulano não votou, deve ser-lhe aplicada multa (perinorma).

(3) *Ibidem*, pág. 121.

(4) CARLOS COSSIO, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 661.

Como é sabido, para KELSEN, a norma jurídica propriamente dita é a que estabelece a sanção (a perinorma), que ele denomina norma primária. A endonorma, que estabelece a prestação, é por ele denominada norma secundária e considerada mero expediente técnico para fazer atuar a norma primária. Mas, de qualquer modo, KELSEN admite também a existência de duas proposições parciais — norma primária e secundária — na descrição da norma jurídica.

## OUTROS AUTORES

Principalmente a partir dessas proposições, e em torno delas desenvolveram-se amplos estudos sobre a estrutura lógica da norma jurídica. Dentre os autores que se têm ocupado do tema podem ser citados KAUFMANN (5), SCHREIER (6), KALINOWSKI (7), BOBBIO (8), GARCIA MAYNES (9), SOLER (10), MILLAS (11), AVELINO QUINTAS (12), CALERA (13), MARIO ALBERTO COPELLO (14), DELIA E CHAVE, M. EUGENIA URQUIJO e RICARDO GUIBOURG (15), e, no Brasil, MACHADO NETO (16), LOURIVAL VILANOVA (17), MIGUEL REALE (18), MARIA HELENA DINIZ (19), PAULO BARROS CARVALHO (20), MARCO AURÉLIO GRECO (21), L. FERNANDO COELHO (22).

Elaborou-se assim uma doutrina, de certa forma comum, sobre a estrutura lógica da proposição jurídica, na qual são geralmente aceitos alguns pontos essenciais, ao lado de naturais divergências sob certos aspectos.

- (5) FÉLIX KAUFMANN, *Logik und Rechtswissenschaft*, ed. Mohr Tübingen, 1922; *Metodología de las Ciencias Sociales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- (6) FRITZ SCHREIER, *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*, Ed. Losada, B. Aires, 1942.
- (7) G. KALINOWSKI, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Eudebra — Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1973.
- (8) NORBERTO BOBBIO, *Teoria della Norma Giuridica*, ed. Giappichelli, Torino, 1958.
- (9) GARCIA MAYNES, *Lógica del Juicio Jurídico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1955.
- (10) SEBASTIAN SOLER, *Ley, Historia y Libertad*, Ed. Losada, B. Aires, 1943.
- (11) JORGE MILLAS, "El problema de la forma de la proposición jurídica", in *Anais do Congresso Internacional de Filosofia*, vol. III, págs. 698 a 704.
- (12) AVELINO QUINTAS, "Posibilidades y límites de la lógica jurídica", in *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- (13) NICOLAS CALERA, *La Estructura Lógico-real de la Norma Jurídica*, Ed. Nacional, Madrid, 1969.
- (14) MARIO ALBERTO COPELLO, *La Sanción y el Premio en el Derecho*, Ed. Losada, B. Aires, 1945.
- (15) DELIA TERESA E CHAVE, MARIA EUGENIA URQUIJO, RICARDO A. GUIBOURG, *Lógica, Proposición y Norma*, Ed. Astréa, B. Aires, 1980.
- (16) MACHADO NETO, *Teoria Geral do Direito*, Ed. Tempo Brasileiro, Cap.
- (17) LOURIVAL VILANOVA, *Lógica Jurídica*, Ed. Buschatsky, S. Paulo, 1976; *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, Ed. Rev. Trib., S. Paulo, 1976.
- (18) MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 1975, págs. 128/131; *Lições Preliminares do Direito*, Ed. Buschatsky, págs. 113 e ss.
- (19) MARIA HELENA DINIZ, *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, Ed. Rev. Trib., S. Paulo, 1976.
- (20) PAULO DE BARROS CARVALHO, *Teoria da Norma Tributária*, Ed. Leal, S. Paulo, 1974.
- (21) MARCO AURELIO GRECO, *Norma Jurídica Tributária*, Ed. Educ., S. Paulo, 1974.
- (22) FERNANDO COELHO, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Ed. Forense, Rio, 1979.



## DOCTRINA COMUM

Apesar de diferenças acidentais, as teorias mencionadas estão de acordo num ponto fundamental: as normas jurídicas contêm em sua estrutura básica duas partes:

- 1 — uma endonorma, que estabelece a **prestação**;
- 2 — e uma perinorma, que estabelece a **sanção**.

Ambas estabelecem uma **hipótese** e um **dever** e podem ser descritas sob a forma de uma proposição condicional:

- 1 — Se F é eleitor, F deve votar.
- 2 — Se F não votou, F deve ser multado.

Cada uma dessas proposições condicionais consta, por sua vez, de duas proposições simples:

- 1 — uma proposição descritiva, que enuncia um fato ou hipótese:  
F é eleitor; F não votou (é o descritor);
- 2 — e uma proposição normativa, que estabelece um **dever**: F deve votar, F deve ser multado (é o prescritor).

Essa estrutura pode ser sintetizada na seguinte fórmula:

$$\begin{array}{l} H \Rightarrow P \\ NP \Rightarrow S. \end{array}$$

Dada a hipótese, deve ser a prestação. Dada a não prestação, deve ser a **sanção**.

## CRÍTICA

Mas aqui surge uma dúvida. Com essas duas proposições condicionais, estará completa a descrição da norma jurídica, em sua estrutura básica? Não estará faltando um terceiro elemento ou uma terceira proposição, relativa à hipótese do cumprimento da prestação e suas consequências jurídicas?

Parece-nos que as teorias vistas omitem esse aspecto e sacrificam uma parte da realidade jurídica.

A nosso ver, a descrição da norma jurídica completa pode ser resumida nos seguintes pontos:

## DOCTRINA PROPOSTA

### 1.

A estrutura da norma jurídica contém três elementos básicos:

a) a endonorma que estabelece a prestação, por exemplo:

Se F é eleitor, F deve votar;

b) uma ou mais perinormas que estabelecem as conseqüências jurídicas negativas do não cumprimento da prestação: se F não votou, F deve ser multado; se F não votou, não poderá retirar seu passaporte; se F não votou, não poderá inscrever-se em concurso público etc;

c) uma ou mais perinormas que estabelecem as conseqüências jurídicas positivas do cumprimento da prestação: se F votou, F deve ter seu título assinado pelo Presidente da Mesa; se F votou pode tirar seu passaporte, inscrever-se em concurso público etc.

## 2.

Cada endonorma ou perinorma tem a estrutura de:

uma proposição condicional (se então ou Se  $\rightsquigarrow$ ),

constituída de duas proposições simples,

uma antecedente, simplesmente enunciativa, que descreve a hipótese (descriptor),

outra conseqüente, normativa, que prescreve um dever jurídico (prescritor).

## 3.

Entre a endonorma e as perinormas há:

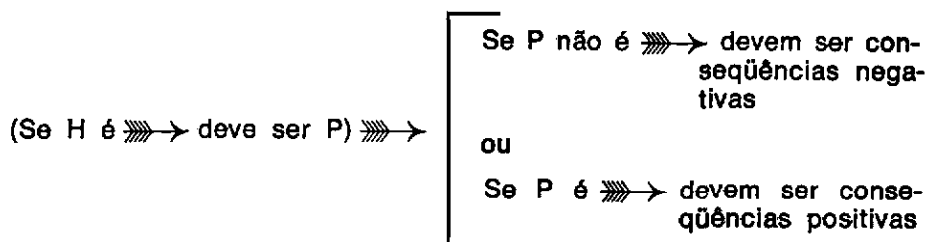
uma relação de conseqüência, expressa numa proposição condicional, mais ampla, em que o antecedente é a endonorma, e o conseqüente é uma proposição composta pelas diversas perinormas.

## 4.

A proposição constituída pelas perinormas é uma disjuntiva em que uma das alternativas é a proposição relativa ao não cumprimento da prestação e suas conseqüências negativas, e outra alternativa é a proposição relativa ao cumprimento da prestação e suas conseqüências positivas (23).

## 5.

A fórmula que poderia sintetizar a estrutura completa da norma jurídica é a seguinte:



(23) Aspectos dessa posição podem ser vislumbrados nas apreciações críticas de MILLAS (op. cit.), QUINTAS (op. cit.), SOLER e KAUFMANN (apud COSSIO, *Teor. Ecol.*, pp. 683 e ss.).

## EXEMPLO

A título de exercício, para testar a formulação proposta, examinemos alguns casos. Qual a estrutura lógica correspondente à disposição do art. 1º da Constituição brasileira:

“O Brasil é uma República”?

A expressão: “O Brasil é uma República”, constante do texto da Constituição, apesar de sua aparência enunciativa, é evidentemente uma norma constitucional.

Qual a sua estrutura? Quais a endonorma e as perinormas que a integram no ordenamento jurídico brasileiro?

A endonorma poderá ser assim formulada: dada a elaboração de qualquer norma jurídica, ela deve respeitar os princípios da República.

E as perinormas:

se os princípios da República não forem respeitados, a norma deve ser considerada inconstitucional e não válida

ou

se os princípios da República forem respeitados, a norma deve ser considerada constitucional e válida, quanto a esse ponto

## POSIÇÃO DAS DIFERENTES CORRENTES

Para KELSEN, a estrutura dessa norma jurídica constitucional se traduziria exclusivamente à seguinte proposição hipotética ou condicional:

se os princípios da República não forem respeitados, a norma deve ser considerada inconstitucional e não válida.

Só ela teria caráter jurídico propriamente dito. E só ela esgotaria a realidade jurídica.

Para CÔSSIO a estrutura dessa norma se traduziria na seguinte proposição:

dada a elaboração de qualquer norma jurídica, ela deve respeitar os princípios da República (endonorma)

ou

se os princípios da República não forem respeitados, a norma deve ser considerada inconstitucional e não válida (perinorma).

A nosso ver, a estrutura completa dessa norma constitucional deve ser descrita pela seguinte proposição:

dada a elaboração de qualquer norma jurídica, ela deve respeitar os princípios da República (endonorma);

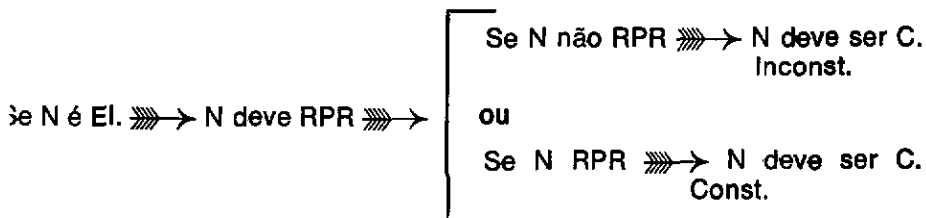
em consequência,

se os princípios da República não forem respeitados, a norma deve ser considerada inconstitucional e não válida (perinorma relativa às consequências negativas);

ou

se os princípios da República forem respeitados, a norma deve ser considerada constitucional e válida (perinorma relativa às consequências positivas).

Em fórmula simbólica:



Se uma Norma é elaborada

então ( $\rightsquigarrow$ )

A Norma deve Respeitar os Princípios da República;

em consequência ( $\rightsquigarrow$ )

se a Norma não Respeitar os Princípios da República,

então ( $\rightsquigarrow$ )

A Norma deve ser Considerada Inconstitucional

ou

Se a Norma Respeitar os Princípios da República,

então ( $\rightsquigarrow$ )

a Norma deve ser Considerada Constitucional.

Parece-nos que só essa formulação ampla corresponde integralmente à diversidade de situações jurídicas reais, cobertas por essa norma constitucional. É diante dessas diversas alternativas jurídicas que se encontrará, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a constitucionalidade de qualquer lei ou outra norma jurídica, impugnada por desprezitar os princípios da República.

## KELSEN

Reduzir, como pretende KELSEN, essa norma constitucional apenas a uma das três proposições básicas mencionadas — a relativa à decla-

ração da inconstitucionalidade — significa desconhecer uma parte importante da realidade jurídica. Não há razão para negar o caráter estritamente jurídico da endonorma, que é o fundamento da decisão do Tribunal no caso. E, da mesma forma, é inadmissível que se negue caráter e efeito jurídico relevante à proposição que reconheça a constitucionalidade da norma, por respeitar os princípios da República (perinorma referente às conseqüências positivas do cumprimento da prestação).

## COSSIO

A posição de COSSIO, embora mais abrangente, nos parece também insuficiente. Nada nos autoriza, como vimos, a excluir da estrutura completa da norma jurídica a proposição relativa às conseqüências positivas decorrentes do cumprimento da prestação. Além disso, na vida real do direito, a alternativa que se oferece aos indivíduos e às instituições é o cumprimento ou não das prestações ou obrigações devidas. A disjunção se dá entre essas duas hipóteses simétricas e não entre a norma e algumas de suas conseqüências (24).

## FÓRMULA PROPOSTA

Como vimos, a fórmula que pode sintetizar a estrutura completa da norma jurídica é a seguinte:

Se H é  $\Rightarrow$  deve ser P (dada a hipótese, deve ser a prestação);  
conseqüentemente:

Se P não é  $\Rightarrow$  devem ser conseqüências negativas;

ou

Se P é  $\Rightarrow$  devem ser conseqüências positivas.

## FUNÇÃO DO DIREITO

Essa questão coloca-se num quadro mais amplo. A função do direito não se limita a aplicar sanções repressivas. O fim do direito é ordenar a vida da sociedade, orientando a conduta de seus membros e de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo conseqüências positivas a seu cumprimento e negativas à sua violação. Ver no direito apenas o aplicador de sanções positivas é diminuí-lo.

## NÃO APENAS REPRESSIVA

Na obra de KELSEN (*Teoria Pura do Direito*, ed. citada), podemos encontrar o reconhecimento desse fato. "As normas de uma ordem jurí-

(24) Em nota, à página 661 da *Teoría Ecológica del Derecho*, escreve COSSIO: "A disjunção lógica pode ser predicativa (dado A, deve ser B ou C), ou proposicional (dado A, deve ser B ou dado não-B, deve ser S). Nossa tese de que a norma jurídica é um juízo disjuntivo se refere a essa última espécie de disjunção". Esse texto marca precisamente a divergência existente, nesse ponto, entre nossa proposta e o pensamento de COSSIO. A nosso ver a disjunção existe entre o cumprimento ou o não cumprimento da prestação.

dica regulam a conduta humana" (pág. 57). "A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta apenas porque (...) a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos" (pág. 59). "As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, (...) desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas, que funcionam como ordens de coação" (pág. 61) "... conduta proibida, contrária ao direito e que, por isso, deve ser impedida, devendo a conduta oposta — socialmente útil, desejada, conforme ao direito — ser fomentada" (pág. 63).

## MAS TAMBÉM PROMOCIONAL

E, até mesmo o sentido amplo de sanção, aplicado às penas e aos prêmios, pode ser encontrado em KELSEN: "O sentido de ordenamento traduz-se pela afirmação de que, na hipótese de determinada conduta (...), deve ser aplicada uma sanção (no sentido amplo de prêmio ou de pena)" (pág. 51).

Em outro plano, é oportuno lembrar, também, que a psicologia, a pedagogia moderna e as ciências sociais acentuam a importância primordial dos estímulos positivos, mais do que a dos aspectos punitivos, na obra da educação ou da direção do comportamento humano.

O direito não se limita a punir a violação de suas normas. Pelo contrário, sua tendência maior, mais moderna e mais científica é no sentido de incentivar, premiar e assegurar a execução espontânea de seus preceitos. Como observa BOBBIO<sup>(25)</sup>, no Estado contemporâneo torna-se cada vez mais freqüente o uso de técnicas de encorajamento.

## ESTADO-POLÍCIA E ESTADO SOCIAL

O direito não tem apenas a função repressiva que lhe atribui a concepção do Estado-Polícia. A tarefa do direito é mais ampla e pode ser resumida na fórmula romana: "Suum cuique tribuere". Procurando assegurar a justiça social, distributiva e comutativa na vida coletiva, o direito é o grande instrumento de promoção do bem comum. Sua função é também e principalmente promocional. Por isso, estabelece sanções negativas ou repressivas para a violação de suas normas e sanções positivas para estimular o seu cumprimento espontâneo.

Apresentamos o presente estudo com a expectativa de receber a valiosa contribuição da crítica e outros subsídios dos ilustres participantes do PRIMEIRO ENCONTRO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO, realizado em João Pessoa, em setembro de 1980.

(25) Em uma de suas obras mais recentes: *Dalla Struttura alla Funzione*, Ed. di Comunità, Milano, 1977, BOBBIO analisa detidamente a função promocional do direito e as sanções positivas. Temas que considera fundamentais para adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao desenvolvimento do Estado social ou Estado do bem-estar.

# Da obrigação de depor perante Comissões Parlamentares de Inquérito criadas por Assembléia Legislativa

Senador PAULO BROSSARD

## SUMÁRIO

### *Introdução*

*O Legislativo e seu inerente poder de investigar*

*Poderes inerentes ao poder de investigar*

*O Regimento é a lei do Poder Legislativo*

*A incidência do artigo 4º da Lei 1.579*

*A Comissão é competente*

*Sigilo profissional*

*Incompetência do juiz*

*Acórdão do Tribunal de Justiça*

*Acórdão do Supremo Tribunal Federal*

### *Introdução*

A Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul procedia a inquérito parlamentar no sentido de apurar denúncia segundo a qual, na Praia de Torres, era explorado jogo de azar. Dizendo-se ameaçado pela CPI, um cidadão impetrou ao Tribunal de Justiça *habeas corpus* para que ficasse livre de comparecer e depor perante a Comissão. Para defender a legalidade do ato da Assembléia foi designado o então Deputado, hoje Senador Paulo Brossard.

Ao submeter ao Presidente da Assembléia Legislativa as “informações”, escreveu o parlamentar rio-grandense: “vazadas em termos

singelos, e relembrando conceitos divulgados, têm as informações o propósito de assentar, num plano elevado e objetivo, verdades axiômáticas e nunca duvidadas acerca de uma das mais relevantes prerrogativas do Poder Legislativo”.

O trabalho é antigo, mas não perdeu atualidade. Versa instituto de direito constitucional estadual, muito descuro entre nós. Ao demais, a decisão proferida pela Justiça local, aliás, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, dá ao caso importância especial, pois a respeito não é abundante a jurisprudência brasileira.

Em síntese, alega o impetrante que:

- 1) tendo-se recusado a comparecer e a depor perante a Comissão Parlamentar de Inquérito que investiga a ocorrência de jogos de azar em Torres, está na iminência de ser intimado judicialmente a comparecer perante a mencionada Comissão de Inquérito;
- 2) a aludida Comissão não tem competência para investigar o fato referido;
- 3) a Comissão não tem poderes compulsórios para exigir o seu comparecimento;
- 4) nenhum juiz poderá intimá-lo a comparecer perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, por lhe faltar competência para fazê-lo;
- 5) a respeito dos fatos sob investigação tomou conhecimento de alguns deles na qualidade de advogado, razão por que não está obrigado a revelá-los.

#### *O Legislativo e seu inerente poder de investigar*

Já ensinava o velho e sempre atual PIMENTA BUENO que a atribuição de fazer leis não é a só atribuição do Poder Legislativo, o qual, entre outras, tem competência para inspecionar os administradores, fiscalizar os serviços públicos e observar o modo como as leis são executadas. Tal poder, continuava o grande constitucionalista do Império, a despeito do silêncio da Carta de 25 de março de 1824, “pode ser também exercido por meio de Comissões, ou inquéritos, que penetrem nos detalhes da gestão administrativa” (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1857, v. I, nº 127, p. 106).

É que, como acentua PONTES DE MIRANDA, “as Comissões de Inquérito nasceram com os parlamentos, precisaram-se com o fortalecimento deles, e chegaram ao máximo de força onde a democracia indireta conseguiu impor-se como instrumento eficiente do bem público” (*Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed., v. II, p. 261).

Com efeito, o poder de investigar é inerente ao Poder Legislativo, ainda quando a Constituição seja omissa e omissas sejam as leis.



Assim, na Inglaterra, onde as Comissões Parlamentares nasceram, no fim do século XIV, sob EDUARDO II e EDUARDO III, as leis e atos constitucionais são inteiramente silenciosos a seu respeito (SILVIO FURLANI, *Le Commissioni Parlamentari d'Inchiesta*, 1954, p. 1; ANSON, *Loi et Pratique Constitutionnelles de l'Angleterre*, trad. franc., 1903, v. I, p. 435; GALLOWAY, *Encyclopaedia of Social Sciences*, v. VIII, p. 235; EBERLING, *Congressional Investigations*, 1928, p. 15).

Também nos Estados Unidos, onde esta instituição tem tido uma vasta aplicação e prestado imensos benefícios, a Carta de Filadélfia não consagra nem uma só palavra a respeito delas.

Allás, antes da independência, e a despeito de suas cartas serem omissas a respeito, as assembléias das colônias americanas já conheciam e exerciam o poder de investigar (GALLOWAY, loc. cit., p. 254; EBERLING, *op. cit.*, pp. 17 e segs.; DIMOCH, *Congressional Investigations*, 1929, p. 53).

Mas isto se verificou não somente nos países anglo-saxões, onde o sistema da *common law* rivaliza com a lei escrita.

Na Itália, por exemplo, o Estatuto Albertino também era omissivo a respeito de Comissões Parlamentares de Inquérito, mas como salienta CARLO CERETTI, "il potere d'inchiesta nonostante non fosse contemplato dallo Statuto venne sempre riconosciuto alle camere sino a ché si formò consuetudine confermata dai regolamenti" (*Corso di Diritto Costituzionale Italiano*, 4ª ed., 1955, p. 341; BRUNIALTI, *Diritto Costituzionale*, 1896, v. I, pp. 841 e segs.; ARANGIORUIZ, *Istituzioni di Diritto Costituzionale Italiano*, 1913, nº 590, p. 548).

Também em França, onde o culto da lei escrita é exacerbado, não era outra a situação, consoante o testemunho dos seus grandes juristas. ARNITZ, por exemplo, enceta a sua conceituada monografia acerca das Comissões Parlamentares de Inquérito com estes conceitos: "aucun texte de loi ne règle ni la nomination, ni la procédure des enquêtes parlementaires; aussi est-ce aux principes généraux du droit constitutionnel et parlementaire, ainsi qu'aux précédents historiques, qu'il faut faire appel pour établir la charte légale de ces enquêtes, et pour apporter des solutions aux problèmes parfois fort complexes qui se sont posés devant elles" (*Les Enquêtes Parlementaires d'Ordre Politique*, 1917, p. 5).

O grande mestre da Faculdade de Paris, ESMEIN, pronuncia-se assim: "le droit d'enquête parlementaire découle, en effet, des principes du droit qu'ont les Chambres de légiférer spontanément et de contrôler les actes des ministres; pour exercer utilement ces droits, elles doivent pouvoir s'éclairer et s'éclairer comme elles entendent" (*Droit Constitutionnel*, 4ª ed., 1905, p. 879, 8ª ed., 1928, v. II, p. 509).

DUGUIT, a quem RUI chamou de "mestre dos mestres" (*Comentários à Constituição*, v. VI, p. 97), não dissente da lição exposta: "en France, aucun texte ni des loi constitutionnelles, ni des lois ordinaires,

ni même des règlements de chambres ne donne aux chambres le droit de nommer des commissions d'enquête, ni détermine leurs pouvoirs. Cependant, le droit des chambres est incontesté et incontestable et il est fréquemment exercé. Il dérive de cette proposition incontestable que chaque chambre doit avoir le droit de s'éclairer sur tous les points sur lesquels elle est appelée à statuer, et particulièrement le droit de prendre toutes les mesures pour exercer en parfaite connaissance de cause son pouvoir de contrôle" (*Traité de Droit Constitutionnel*, 1911, v. II, § 149, p. 373; 2<sup>e</sup> ed., v. IV, § 32, p. 391).

Também no Brasil sempre prevaleceu esta inteligência.

Como a Constituição imperial, a de 1891 era omissa quanto a Comissões de Inquérito. Nem por isto se negou às Câmaras o poder de criá-las, e desde 1895 até 1930 várias foram propostas e algumas constituídas (AGUINALDO COSTA PEREIRA, *Comissões Parlamentares de Inquérito*, 1948, pp. 149 a 165; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. II, pp. 236 e 264).

Isto porque, como escreveu um dos autores que *ex cathedra* versou o assunto nos Estados Unidos, ERNEST J. EBERLING, "this power has been used by most of these legislatures, and specially in New York State, regardless of constitutional or statutory authority. It was simply considered as being an *ancillary power* properly belonging to every sovereign legislature, and was not affected by the theory of the division of powers of government. It has always existed in the United States as a *sine qua non* of the legislative function" (*Congressional Investigations: a Study of the Origin and Development of the Power of Congress to Investigate and Punish for Contempt*, 1928, p. 27).

Entre os juristas europeus não se pensa coisa diversa: "le droit de s'enquérir est inhérent à tout pouvoir qui délibère, qui vote, qui décide, et qui, dans ce but même, a besoin de connaître la vérité. Il serait illusoire que l'enquête ne se fit pas directement par le pouvoir que a besoin de s'éclairer et qu'il fut obligé de la faire par l'intermédiaire d'un autre; celui-là seul peut instruire qui doit juger" (HELIO, *Du Régime Constitutionnel*, 3<sup>e</sup> ed., v. II, p. 118).

Nem foi por outra razão que um dos mais ilustres constituintes de 1946, o Deputado ALIOMAR BALEEIRO, propunha a supressão da regra consagrada no art. 53, assim fundamentando a sua emenda: "é inteiramente supérflua a disposição porque, no desempenho de suas funções, ambas as Câmaras podem recorrer aos inquéritos sobre quaisquer fatos, determinados ou não, assim como a todo e qualquer meio idôneo que lhes não seja vedado por cláusula expressa, ou implícita, da Constituição. Tais Comissões de Inquérito sempre foram criadas pelas Câmaras inglesas e norte-americanas com poderes tão grandes, que podem trazer compulsoriamente à sua presença, prender e fazer punir "por desacato" perante a Corte de Justiça de Colúmbia os indivíduos recalcitrantes. Nenhum dispositivo constitucional, ou de emenda à Constituição, entretanto, se julgou necessário para esse fim. Apenas uma lei de 1857

deu competência à Corte de Colúmbia para o julgamento dos particulares, que se rebelassem contra tais medidas, ou as dificultassem” (*Alguns Andaimos da Constituição*, 1950, pp. 135 e 136).

O que dizer-se desse poder “sine qua non of the legislative function”, na frase de EBERLING, quando a Constituição do Estado (tal como a da União) dispõe explicitamente que a Assembléa criará Comissões de Inquérito?

Eis o que ela preceitua:

“Art. 39 — A Assembléa criará comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros.

Art. 40 — Compete somente à Assembléa limitar a amplitude das investigações a que devam proceder as comissões previstas no artigo anterior.

Art. 42 — Aplicam-se aos inquéritos de que tratam os artigos anteriores as normas de processo penal indicadas pelo Regimento Interno.

Art. 46 — É da competência exclusiva da Assembléa:

XXII — Criar comissões de Inquérito na forma desta Constituição.”

### *Poderes inerentes ao poder de investigar*

Outrossim, sempre se considerou que no poder de criar comissões de inquérito estão contidos todos os necessários ao regular funcionamento delas, segundo a regra de que quem quer os fins confere os meios hábeis à sua persecussão.

Daí por que, sem prejuízo das sanções criminais, cominadas em lei e aplicáveis pelo Poder Judiciário, invariavelmente se reconheceu às Câmaras o poder de obrigar o comparecimento de testemunhas e indiciados, assim como o de punir, no exercício do seu poder de polícia, as testemunhas recalcitrantes e quantos desacatarem a Comissão.

A respeito ensina PONTES DE MIRANDA que tal poder “é inerente à independência do Poder Legislativo. Cabe no seu poder de policiamento e de edição de regras jurídicas regimentais” (*op. cit.*, v. II, p. 268; cf. ALIOMAR BALEEIRO, loc. cit., e *Diário de Notícias*, Rio, 12-7-53, artigo intitulado “As testemunhas e o inquérito parlamentar”; *Estado do Rio Grande*, 13-7-53; AGUINALDO COSTA PEREIRA, *op. cit.*, p. 137; OTACILIO ALECRIM, *Rev. Forense*, v. 151, pp. 35 e segs.)

Allás, a jurisprudência americana é opulenta e brilhante em torno do assunto. Desde 1821, no caso ANDERSON v. DUNN, até os dias correntes (U. S. v. Bryan, 1950), a Suprema Corte não tem cessado de reconhecer que tais poderes são inerentes ao Poder Legislativo (WILLOU-

GHBY, *The Constitutional Law of the United States*, v. I, § 344, p. 617; OTACILIO ALECRIM, *Revista Forense*, v. 151, pp. 34 e segs.; GOIS DE ANDRADE, *idem*, pp. 23 e segs.).

MARSHALL EDWARD DIMOCK, autor de conceituada monografia, acentua que “sem o poder de punir a desobediência, a faculdade de investigar seria praticamente vazia, de todo significado — it need hardly be suggested that stripped of the power to punish for contempt, Congress assertion of a power to investigate would be practically void of any real significance” (*Congressional Investigating Committees*, 1929, p. 121; MATHEWS, *The American Constitutional System*, 1940, pp. 109 a 112; ARTURO LERENA ACEVEDO, *Comisiones Parlamentarias de Investigación*, 1946, p. 23; LUIGI BIANCHI d'ESPINOSA, no *Comentario Sistemático alla Costituzione Italiana*, diretto da Calamandrei e Levy, 1950, v. II, p. 44).

Síntese erudita e exata da doutrina, extraída da jurisprudência da Suprema Corte, traçou OTACILIO ALECRIM no artigo “As Comissões Congressuais de Investigação no Regime Presidencialista”: “Naturalmente, pode o Congresso, para intimidar ou punir, utilizar-se igualmente da via indireta suplementar da autoridade judiciária competente, retendo sempre, porém, a via direta, que lhe pertence como um meio adequado ao seu próprio poder disciplinar de autopreservação.

No fundo, o poder do Congresso de disciplinar com multa ou prisão o desacato, que outra coisa não é a contumácia da testemunha, não se propõe originariamente a aplicar a pena, mas, em verdade, a impedir a desobediência como obstrução ao seu funcionamento no desempenho do seu poder constitucional de investigar.

Por isso, não seria admissível que tais poderes jurídicos (investigar e punir) tivessem suas normas de procedimento sujeitas à aquiescência ou negativa do Poder Executivo, incluído também como está no campo da ação investigadora do Congresso”.

.....

No entanto, nos Estados Unidos, aonde (Constituição, art. 1º, Secç. 5ª, nº 2) fomos colher a fonte positiva desse marcado poder de jurisdição, é a própria Corte Suprema, o cume da cordilheira judiciária, quem acorre, vez por outra, para reafirmá-lo inconcusso, e mais, para dizer que as medidas dele provindas, delas, em si mesma, puramente como enunciações da legalidade interna, não podem conhecer os tribunais.

De modo que, desde o test-case de 1880 (*Kilbourn vs. Thompson*) até os julgados mais recentes (*United States vs. Josephson*, 1947, e *United States vs. Lawson and Trumbo*, 1950), é cânone da jurisprudência constitucional norte-americana que a intimação (*subpoena*) e a punição por desacato (*punishment for contempt*) são, originariamente, atribuições do Congresso, e, quando, por motivos de conveniência, deferidas à justiça penal, são consideradas a título meramente suplementar da ação direta privativa da entidade coletiva congressual.

O poder de investigar (função política) e, concomitantemente, o poder de punir (função disciplinar) são contemporâneos da própria instituição do Congresso (função legislativa), cujas "investigações", no voto lúcido do juiz FRANKFURTER (Tenney vs. Brandhove, 1951), são um instituto (an established part) do governo representativo" (*Revista Forense*, v. 151, p. 38).

Límpida também é a lição de AGUINALDO COSTA PEREIRA, autor de excelente monografia sobre o tema em análise:

"A faculdade de intimar testemunhas e puni-las, caso não compareçam ou se recusem a depor, é considerado como *essencial* ao exercício do poder de investigar.

Não se compreende o direito de instituir inquéritos sem a capacidade correlata de agir compulsoriamente contra as testemunhas recalcitrantes: o mesmo se pode afirmar quanto à faculdade de exigir a exibição de papéis, documentos e relatórios. Ainda a ação investigadora há de revestir-se de poderes compulsórios contra as pessoas ou entidades investigadas, com a possibilidade de infligir-lhes penas se se recusam a comparecer quando intimadas ou a prestar declarações, bem como se se negam a exhibir papéis, documentos ou relatórios em seu poder" (*op. cit.*, pp. 41 e 42).

Ora, no caso concreto não se trata de punir uma testemunha recalcitrante, mas apenas de fazer com que uma testemunha, que, por sinal, é um servidor público estadual, compareça perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito e preste o seu depoimento a respeito dos fatos sob investigação, na medida em que souber e puder esclarecê-los.

Em se recusando a comparecer e a prestar o seu depoimento, a Comissão, que no exercício do seu inerente e indelegável poder de polícia, poderá punir a testemunha recalcitrante, nos termos regimentais (coincidentes com os da Lei nº 1.579), solicitará ao juiz faça intimá-la sob as penas da lei, tal como já ocorreu, há menos de um ano, com outra testemunha recalcitrante, que hoje responde a processo-crime no foro da capital, por haver praticado os crimes previstos nos arts. 330 e 342 do Código Penal, *ex vi* do disposto no art. 4º, da Lei nº 1.579.

Se é certo que a Comissão pode intimar testemunha, e comumente o faz, pela mesma razão pode, nos termos do Regimento da Assembléia, solicitar seja feita a intimação por intermédio do aparelho judiciário. Em tais casos a Comissão se serve apenas de um instrumento, também do Estado, mais eficiente e organizado.

Alega o impetrante que tal faculdade só é conferida às Comissões federais e que o Regimento não tem a virtude de conferir tais poderes às Comissões de Inquérito constituídas pela Assembléia.

Segundo o impetrante, somente por lei, e lei federal, seria isto possível.

## *O Regimento é a lei do Poder Legislativo*

Ora, ficou abundantemente demonstrado que as Comissões Parlamentares de Inquérito, ainda no silêncio das Constituições, das leis, dos Regimentos, dispõem de todos os poderes necessários ao seu regular funcionamento, tendo como limite os direitos individuais e os princípios gerais de direito.

Assim, admitindo que a Lei nº 1.579 seja peculiar e restrita às Comissões congressuais, o certo é que o Regimento da Assembléia prescreve normas coincidentes às exaradas na mencionada lei, exceção feita à regra de direito penal expressa no seu art. 4º

Com efeito, dispõe o Regimento:

“Art. 54 — O trabalho das Comissões de Inquérito obedecerá às normas especiais previstas neste artigo.

§ 2º — No exercício das suas atribuições, a Comissão poderá determinar, dentro e fora da Assembléia, as diligências que reputar necessárias, ouvir acusados, inquirir testemunhas, requisitar das repartições públicas e autarquias informações e documentos, transportar-se aos lugares onde se fizer mister sua presença, e requerer a convocação de Secretário de Estado.

§ 3º — Acusados e testemunhas serão intimados, de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal, e, em caso de não comparecimento, sem motivo justificado, a intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que eles residam ou se encontrem, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal.”

Sustenta ainda o impetrante que o Regimento não é lei e que, destarte, não o obriga.

Já foi acentuado que, ainda na ausência de lei, a testemunha não se exime de prestar o seu depoimento às Comissões Parlamentares de Inquérito, instituto de Direito Constitucional, que na organização constitucional encontra a sua gênese, dela brotando as suas atribuições e nela encontrando-se o seu escopo.

Mas o certo é que o Regimento é a lei do Poder Legislativo.

Dal por que escreve ESMEIN “il en résulte qu'actuellement le règlement de chaque chambre est le complément indispensable de la Constitution; il en est la mise en oeuvre en ce qui concerne l'action des Assemblées. Il joue un rôle capital dans notre organisme constitutionnel” (*op. cit.*, v. II, p. 405).

Tanto isto é certo que, consoante a advertência de ROGER BONNARD, “on connaîtrait incomplètement ces régimes si on faisait abstraction des règlements parlementaires” (*Les Règlements des Assemblées Legislatives*, p. 5).

Assim, se é certo que o Regimento não é lei no sentido comum do termo, isto é, não é votado por ambas as Câmaras e sancionado pelo titular do Poder Executivo, nem por isto deixa de ser lei, embora pela natureza das coisas ela tenha dentro do Poder Legislativo a sua gênese e o seu fim. É que sempre se reconheceu ao Poder Legislativo, sem a intervenção de nenhum outro, a elaboração e adoção da sua própria lei, da lei que o disciplina e regula as suas atribuições e os seus órgãos.

Analisando a natureza jurídica do Regimento das Câmaras, acentuam BARTHÉLEMY et DUEZ: "la raison de ce qu'il pose des règles générales, abstraites, impersonnelles, est incontestablement *un acte de nature législative*, par son contenu", embora sob o ponto de vista formal a lei seja a manifestação da vontade concordante das duas Câmaras (*Traité de Droit Constitutionnel*, 1926, p. 482).

Dai por que nota DUGUIT: "par la force de choses les règlements des Assemblées politiques contiennent souvent des dispositions très importantes, qui pourraient très justement trouver leur place dans la loi constitutionnelle (*op. cit.*, v. IV, § 22, p. 270).

Mas, nenhuma lição é mais esclarecedora que a de RUI BARBOSA. O jurista sem rival, num documento solene, lido perante o Senado, acentuou incisivamente: "não há nenhuma diferença essencial entre a lei sob a sua expressão de regimento parlamentar e a lei sob a sua expressão de ato legislativo. As instituições que debaixo destas duas formas se consagram apresentam em comum o caráter de império e inviolabilidade a respeito dos entes, individuais ou coletivos, a cujos atos e relações têm por objeto servir de norma. Espécies de um só gênero, entre si não se distinguem uma da outra senão na origem de onde procedem, no modo como se elaboram, e na esfera onde têm de imperar; porque a lei é o regimento da nação, decretado pelo seu corpo de legisladores, e o regimento, a lei de cada um dos ramos da legislatura por ele ditado a si mesmo.

Mas entre as duas espécies a homogeneidade se estabelece na substância, comum a ambas, do laço obrigatório, criado igualmente num caso e no outro, para aqueles sobre quem se destina a imperar cada uma dessas enunciações da legalidade" (*Comentários à Constituição*, v. II, pp. 32 e 33; v. III, p. 266).

Mas se o Regimento, que completa a Constituição e é elemento necessário até para o conhecimento do Direito Constitucional, é a lei do Poder Legislativo, é lógico que os institutos parlamentares sejam disciplinados e regulados por ele, e não por leis, sujeitas à sanção e ao veto de outro poder.

Com efeito, salienta FRANCISCO CAMPOS, "a fonte quase exclusiva do direito parlamentar são os regulamentos internos das assembléias. Por estes regulamentos, as casas do Parlamento desenvolvem, interpretam e constroem as regras constitucionais relativas ao seu funcionamento, assim como exercem a função, sobre todas soberana, de criar

o direito próprio ao campo espacial da sua atividade, como é o caso, por exemplo, do direito penal disciplinar, complexo de relações, de sanções e de restrições que a câmara, por sua própria autoridade, institui como legislador e aplica como juiz" (*Direito Constitucional*, 1942, p. 70).

De outro lado, consoante o exato magistério de PONTES DE MIRANDA, "tal instituto de direito político, provindo do parlamentarismo inglês, não se subsume no quadro dos procedimentos criminais, não pertence ao direito penal, processual ou material" (*Comentários à Constituição de 1946*, v. 2º, p. 261).

Instituto de direito político, que nasceu com os parlamentos, é natural e lógico seja regulado e disciplinado através da lei própria dos parlamentos, isto é, dos respectivos regimentos.

E o que se verifica é que o direito estadual, expresso no Regimento da Assembléia, art. 54, coincide com o direito federal, consubstanciado no art. 47 do Regimento da Câmara dos Deputados e no art. 76 do Regimento do Senado Federal.

A Lei nº 1.579, enquanto repete o disposto nos Regimentos da Câmara e do Senado, é redundante e ociosa, dado que é na lei do Poder Legislativo, é no Regimento das Câmaras que o assunto deve ser disciplinado e efetivamente está disciplinado, tanto no âmbito federal, como no estadual.

A mencionada lei era necessária, fora de dúvida, mas apenas no que diz respeito à norma constante em seu art. 4º, *verbis*:

"Art. 4º — Constitui crime:

I — Impedir, ou tentar impedir, mediante violência, ameaça ou assuadas, o regular funcionamento de Comissão Parlamentar de Inquérito, ou o livre exercício das atribuições de qualquer dos seus membros.

*Pena* — A do artigo 329 do Código Penal.

II — Fazer afirmações falsas, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito.

*Pena* — A do artigo 342 do Código Penal."

Antes de promulgada a Lei nº 1.579, art. 4º, embora portadoras da faculdade de punir as testemunhas recalcitrantes, no exercício do seu poder de polícia (AGUINALDO COSTA PEREIRA, *op. cit.*, p. 137; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. II, págs. 267 e 268), nem por isso as Comissões Parlamentares de Inquérito, federais e estaduais, estavam inteiramente aparelhadas para cumprir sua tarefa, ainda quando as sanções previstas nos artigos 330 e 331 do Código Penal fossem aplicáveis a quantos as desobedecessem ou desacatassem.



Com efeito, fazia-se mister estender especialmente a sanção do artigo 342 do diploma penal àqueles que, como testemunhas, peritos, tradutores ou intérpretes, procedessem dolosamente em relação às Comissões Parlamentares.

Ora, a definição de um delito, com a conseqüente cominação de pena, só poderia ser feita mediante lei, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e mediante lei federal.

Foi o que fez o Congresso ao votar a Lei nº 1.579, a qual bem poderia ter um único artigo, o 4º, eis que os demais se limitam a repetir, ociosa e indevidamente, norma consagrada nos Regimentos da Câmara e do Senado, os quais, de resto, são os diplomas próprios para contê-los.

Assim procedeu o legislador francês através de lei de 23 de março de 1914, que pune com multa e prisão as testemunhas faltosas e recalcitrantes, o falso testemunho e o suborno (DUGUIT, *op. cit.*, v. IV, pp. 391 e segs.; ANDREOSI, *Facultades Implícitas de Investigación Legislativa y Privilegios Parlamentarios*, 1943, p. 558). Assim o legislador norte-americano, pelos atos de 24 de janeiro de 1857 e de 22 de junho de 1938 (ANDREOSI, *op. cit.*, pp. 555 a 557). Do mesmo modo o belga, que editou a lei, ainda hoje em vigor, de 3 de maio de 1880 (ORBAN, *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, 1908, v. II, p. 417; WIGNY, *Droit Constitutionnel*, 1952, v. II, nº 381, p. 537).

Destarte, se críticas podem ser feitas à Lei nº 1.579 porque repete preceitos regimentais, louvores sem dúvida ela merece quando veio suprir uma lacuna em nosso direito positivo.

#### *A incidência do artigo 4º da Lei nº 1.579*

Desnecessário é acentuar, outrossim, que a norma penal enunciada no art. 4º não se aplica apenas em relação a comissões congressuais, mas a toda e qualquer comissão parlamentar de inquérito.

Allás, incompreensível seria que, conhecendo a competência do Poder Legislativo dos Estados, o Congresso deixasse de elaborar um preceito capaz de tutelar a ação de todos os órgãos estatais no exercício das suas respectivas competências.

Não procedesse assim o Congresso e seria mantida esta esdrúxula situação: a afirmação falsa, o silêncio ou a negação da verdade, feita por testemunha, perito, tradutor ou intérprete em qualquer processo administrativo, inclusive municipal, sujeitaria o faltoso às penas do artigo 342 do Código Penal, enquanto que igual procedimento em relação a Comissão Parlamentar de Inquérito, isto é, em relação ao órgão que encarna um dos poderes do Estado seria, como era antes da Lei nº 1.579, imune à sanção penal.

A Lei nº 1.579, pelo seu artigo 4º, teve a virtude inludível de dar aos artigos 329 e 342 do Código Penal diploma promulgado quando

abolido o Poder Legislativo na União e nos Estados, a amplitude que eles não poderiam deixar de ter, desde que restabelecidas as instituições representativas e democráticas em nosso País.

\* \* \*

O projeto HERBERT LEVY, mencionado pelo impetrante, manda estender os preceitos da aludida Lei nº 1.579 às Comissões de Inquérito estaduais.

O projeto, entretanto, não passa de um projeto.

E, em verdade, a regra de direito penal constante da Lei nº 1.579 já é aplicável a todas as comissões de inquérito legitimamente criadas, federais ou estaduais.

No restante é, *data venia*, inconstitucional, porque se propõe regular o funcionamento de um instituto de direito público estadual, devidamente disciplinado pelo poder competente através da sua lei específica.

#### *A Comissão é competente*

Alega ainda o impetrante que falece à Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o jogo competência para investigar o fato a que se propõe, pois que, sendo o jogo de azar um ilícito contravencional, estaria a Comissão invadindo atribuições privativas do Poder Judiciário.

Não poderia ser mais palpável o equívoco do impetrante.

A Comissão não pretende nem poderia punir os possíveis contraventores. Não invadiu nem pretende invadir a esfera exclusiva do egrégio Poder Judiciário.

Pretende apenas apurar faltas que teriam ocorrido em determinado setor da polícia. A polícia desempenha um relevante serviço público do Estado e nenhum serviço público estadual é imune à investigação parlamentar.

A Assembléia pode criar comissões de inquérito para investigar quaisquer fatos que se subsumam na sua competência (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. II, pp. 265 e 266).

A Assembléia, que cria por lei e que através do orçamento mantém os serviços públicos, pode investigar acerca do seu funcionamento. A Assembléia, que tem competência para decretar leis complementares à Constituição, inclusive acerca de polícia (cf. art. 230), tem igualmente o poder de informar-se acerca da matéria sobre que vai legislar, inclusive através de inquérito (McGrain vs. Daugherty).

A Assembléia pode, outrossim, promover investigações com o fim de verificar se as leis por ela elaboradas estão sendo fielmente executadas (Sinclair vs. United States).

Como ensina DUGUIT, "l'enquête ne peut porter que sur le fonctionnement même d'un service public, mais peut porter sur le fonctionnement de tout service public" (*op. cit.*, 2ª ed. v. IV, p. 393). Ou, como professora ARNITZ, "le droit d'enquête n'a donc d'autres limites que celles qui sont, d'une façon générale, fixées au pouvoir législatif" (*op. cit.*, p. 10). Assim sendo, o âmbito de ação das comissões de inquérito é imenso e somente os assuntos que competem à União e aos Municípios escapam ao seu poder de investigação.

A polícia, sendo um serviço estadual, não pode eximir-se da fiscalização do Poder Legislativo estadual.

"Les chambres, ainda é lição de DUGUIT, les chambres peuvent aussi nommer des commissions chargées spécialement de contrôler et de surveiller le fonctionnement de tel ou tel service. C'est la conséquence naturelle de leur pouvoir de contrôle" (*op. cit.*, v. IV, p. 402).

### *Sigilo profissional*

Não menos inconsistente é a alegação segundo a qual, tendo tomado conhecimento de alguns dos fatos investigados, na qualidade de advogado, julga-se o impetrante com o direito ou o dever de não revelá-los, e eximido de prestar depoimento.

Ora, o impetrante não sabe nem pode saber quais as perguntas que lhe serão formuladas. E anunciando que de alguns fatos veio a saber como advogado, admite ter o conhecimento de outros, a respeito dos quais não lhe favorece o sigilo profissional.

Ademais pode a testemunha silenciar a respeito daquilo de que, nos termos da lei, deva guardar sigilo (v. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. II, p. 267).

### *Incompetência do juiz*

Alega por fim o impetrante que o Regimento "cria uma competência inexistente e nenhum juiz está obrigado a executá-la (a intimação) porque é incompetente, sendo qualquer ação, ilegal".

Também neste passo não é menor o equívoco do impetrante.

Ninguém ignora que, *de lege ferenda*, a intimação das testemunhas poderia ser feita exclusivamente pela Comissão, seja através do seu secretário, seja através da polícia da Assembléia. A respeito os precedentes são numerosos e universais.

Aliás, em regra, as intimações são realizadas pela Comissão e somente quando a testemunha, regularmente intimada, se recusa a comparecer e prestar seu depoimento ou revelar documentos, é que as Comissões recorrem ao aparelho judiciário. É um recurso subsidiário de que se valem: foi assim no "caso do arroz", do qual resultou o processo crime contra uma testemunha recalcitrante, que desrespeitou ostensivamente a Comissão de Inquérito então em funcionamento.

Quando isto ocorre, a Comissão, nos termos do art. 54, § 3º, do Regimento (que reproduz a norma do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 1.579), solicita ao Poder Judiciário seja a intimação renovada por oficial de justiça, nos termos do art. 218 do Código de Processo Penal.

Será isto um abuso? Ou apenas a colaboração dos Poderes Legislativo e Judiciário, que embora independentes são harmônicos?

A ausência de norma expressa no Código de Organização Judiciária que confira aos juízes tal competência não é argumento para que o juiz se considere incompetente para mandar intimar a testemunha nos termos em que lhe requer a Comissão de Inquérito, e que a intimação se transforme numa coação ilegal.

Ninguém ignora que os fatos sempre andam adiante das leis, as quais jamais dispensam a inteligente e progressiva interpretação dos seus aplicadores.

Nem a Constituição, nem o Código de Organização Judiciária conferem ao Tribunal de Justiça competência para conhecer e julgar *habeas corpus* ou mandado de segurança contra ato de Comissões de Inquérito criadas pela Assembléia e ninguém põe em dúvida que o Tribunal tem essa competência originária, como sustenta o próprio impetrante.

A jurisprudência não é o testemunho da imperfeição da lei e a demonstração de que a lei não esgota jamais a infinita riqueza da vida?

Já passou o tempo em que da tribuna parlamentar se dizia que os tribunais não deviam ter jurisprudência, e que "a lei é uma ordem; ordens não se interpretam, executam-se; o juiz nada tem a fazer senão obedecer e aplicar o texto" (*Le Roy, La Loi*, p. 56). Já vai longe o tempo em que LE CHAPELIER afirmava: "o Tribunal da Cassação não deve ter jurisprudência sua. Se essa jurisprudência dos tribunais, a mais detestável de todas as instituições, existisse no Tribunal de Cassação, seria preciso destruí-la. Já vai distante a época em que o mesmo LE CHAPELIER afirmava que a palavra jurisprudência devia ser riscada da língua francesa.

Nunca jamais se há de dispensar o labor fecundo dos tribunais, no trabalho de completar a lei. Assim ocorre no campo do direito privado, cuja técnica, secularmente trabalhada, é bem mais apurada do que a do direito público. Com muito mais razão este ramo do direito não pode prescindir da contribuição dos tribunais para corresponder às necessidades e complexidades da vida.

Por fim, vale acentuar que, embora se julgasse inaplicável o disposto no § 3º do art. 54 do Regimento, *in fine*, nem por isso o *habeas corpus* deveria ser concedido. Com efeito, quando se entendesse que a Comissão deve exercer os seus poderes sem a colaboração do aparelho judiciário, o certo é que ela já intimou, e sem resultado, o impetrante.

Em tal caso a testemunha faltosa já teria infringido as normas penais exaradas nos arts. 330 e 342 do Código Penal.

Tal conclusão é inevitável, a menos que se negue ao Estado o poder de criar Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar fatos relativos a assuntos de sua competência, como são os pertinentes aos serviços públicos estaduais. Ou que se negue às Comissões, cuja criação a Constituição prevê, os meios hábeis para o seu regular e adequado funcionamento. O que seria, além de rematado absurdo jurídico, autêntica mutilação do Poder Legislativo.

O Poder Legislativo, neste ensejo, comparece tranqüilo e seguro perante a mais alta Corte de Justiça rio-grandense, sustentando uma das suas mais importantes prerrogativas.

No Rio Grande do Sul, onde o Judiciário está acima das parcialidades políticas e onde os juízes pairam sobre as influências dos governos e das paixões, tanto os cidadãos, como o poder que os representa, podem confiar, como efetivamente confia a Assembléia Legislativa, na ação da

Justiça.

*Paulo Brossard de Souza Pinto*

\* \* \*

Porto Alegre, 25 de maio de 1956.

Senhor Presidente:

Nos termos da lei, tenho a honra de remeter a Vossa Excelência as informações solicitadas à Assembléia Legislativa por officio desse Tribunal, nº 131, a fim de ser julgado o pedido de *habeas corpus* impetrado pelo bacharel Raul Silva Gudolle, que diz estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da Assembléia.

Adoto as razões elaboradas pelo deputado Paulo Brossard de Souza Pinto, designado para representar a Assembléia Legislativa no mencionado feito.

Colho o ensejo para renovar a Vossa Excelência os protestos de minha elevada consideração.

*Manoel Braga Gastal* — Presidente

Ao Excelentíssimo Senhor

Desembargador Celso Affonso Pereira

Presidente do egrégio Tribunal de Justiça

N/Capital.

*Acórdão do Tribunal de Justiça*

*Habeas corpus* denegado. Comissão de Inquérito da Assembléa Legislativa. Obrigatoriedade do comparecimento de testemunhas perante ela. Aplicação dos arts. 53 da Constituição Federal; 39 e 42 da Constituição do Estado; 54, § 3º, do Regimento Interno da Assembléa e 218 do Código de Processo Penal. Votos vencidos.

*Habeas corpus* (Tribunal Pleno)

Nº 2.796,

Porto Alegre

O Bel. RAUL SILVA GUDOLLE,

Impetrante e paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

I — Acordam, em Tribunal Pleno, por maioria, denegar a ordem de *habeas corpus* de que é impetrante e paciente o Dr. Raul Silva Gudolle, vencida a preliminar de incompetência.

II — Alega o impetrante que, como testemunha referida, foi intimado a comparecer, para depor, perante Comissão de Inquérito da Assembléa Legislativa, constituída para investigar o caso da exploração do jogo de azar, na cidade de Torres. Não pretende comparecer, porque tem conhecimento de alguns dos fatos investigados, na qualidade de advogado, devendo, a seu respeito, guardar sigilo profissional, ao amparo do disposto no artigo 207 do Código de Processo Penal. Não possui, ademais, a Comissão referida competência para investigar esses fatos, nem para exigir o seu comparecimento compulsório para prestar depoimento, deferindo uma competência inexistente, ao juiz criminal, para tornar efetivo esse comparecimento.

O artigo 39 da Constituição do Estado dispôs sobre a criação de comissões de inquérito, sempre que o requerer um terço dos seus membros, para investigar fato determinado. Não têm, porém, essas Comissões âmbito ilimitado ao exercício de suas atribuições. Somente poderão investigar fatos que entram no âmbito da competência do Poder de que recebem força e vitalidade. Pensar o contrário seria admitir a quebra da

harmonia de poderes. No caso, trata-se de apurar fatos concernentes à prática de jogos de azar, ou seja, um ilícito contravencional. A apuração do fato e de sua autoria cabe, exclusivamente, ao Poder Judiciário, mediante representação de quem quer que seja, a quem o represente, ou à autoridade policial, obrigada a instaurar inquérito preparatório. Esse inquérito foi feito e nada de positivo se apurou. Entretanto, à vista de uma campanha sensacionalista de certa imprensa interessada em procurar escândalos no setor administrativo do atual Governo, criou-se uma comissão de inquérito, com intuito de evidenciar cumplicidade ou incapacidade das autoridades policiais para esclarecer fatos de sua exclusiva atribuição.

No plano federal, a Câmara regulamentou, no seu Regimento Interno, o funcionamento das comissões de inquérito, cuja criação o art. 53 da Constituição lhe deferiu. Mas era intuitivo que tais normas não tinham força coativa, para obrigar pessoas estranhas a comparecer perante as comissões, ou para criar figuras delituosas. Daí, o surgimento da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952. Não aprovado, ainda, o Projeto nº 3.507, de autoria do Deputado Herbert Levy, que estende, aos inquéritos ordenados pelas Assembléias dos Estados e pelas Câmaras de Vereadores, as regras da Lei nº 1.579, vigoram, apenas, no Estado, tiradas dessa lei, as normas contidas no Regimento Interno da Assembléia (art. 54 e seus parágrafos). Mas essas normas não têm força coativa, a não ser no que diz respeito ao funcionamento da Assembléia. Não podem obrigar os estranhos e, muito menos, dispor sobre processo penal e direito penal, a todos obrigando e os remissos punindo. Determinando seja a intimação, para efetivar o comparecimento, feita pelo juiz do crime, criou uma competência inexistente, sendo, por isso, ilegal qualquer ação coativa do Juiz referido.

Assim, ameaçado em sua liberdade de locomoção, por coação ilegal, requer, ao amparo do disposto no artigo 141, §§ 2º e 27, da Constituição Federal, uma ordem de *habeas corpus* em seu favor, a este Tribunal, que considera competente para conhecer do pedido, porque as Comissões de Inquérito, como já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, são o próprio Poder Legislativo, a funcionar com reduzido número de membros por motivos de economia e de eficiência de trabalho.

A Assembléia, solicitada, prestou as informações de fls.

III — Aflorando questão passível de arguição em preliminar, o impetrante argumenta a favor da competência deste Tribunal para conhecer do pedido. Cita, a propósito, decisão do Pretório Excelso. Com efeito, ali, em caso rumoroso, também relativo à obrigatoriedade de comparecimento perante comissão de inquérito, mas da Câmara de Deputados, foi unanimemente reconhecida a competência originária daquele Tribunal, para conhecer de pedido de *habeas corpus*, decisão essa tomada com base nos princípios gerais, considerando-se que as comissões parlamentares de inquérito são o próprio Poder Legislativo, a

trabalhar em número reduzido, mas com o prestígio dele (*Rev. For.*, v. 151, p. 375). No Estado, podemos dizer que *legem habemus*. Em verdade, dispõe o artigo 24, II, c, do Código de Organização Judiciária, competir ao Tribunal Pleno processar e julgar originariamente os *habeas corpus*, quando o coator for membro do Poder Legislativo. Com maioria de razão, essa competência não é de ser posta em dúvida, partindo a alegada coação do próprio Poder Legislativo, como tal considerada uma de suas comissões de inquérito.

IV — O pedido é formulado ao amparo do disposto nos parágrafos 2º e 27 do artigo 141 da Constituição Federal. Mas, com a restrição constitucional imposta à admissibilidade do *habeas corpus*, limitada à proteção do direito de locomoção, coartado ou ameaçado ilegalmente, é de examinar se o impetrante e paciente sofre, realmente, coação ou ameaça iminente em sua liberdade de ir e vir. Teria razão de ser invocação do § 27, se o paciente estivesse processado e, assim, ameaçado de sentença condenatória. Então, justificar-se-ia o pedido de *habeas corpus* preventivo com base nesse dispositivo. Tal, porém, pelo que se vê do pedido e resalta das informações, não acontece. Por enquanto, foi ele, apenas, convocado a depor perante uma comissão de inquérito da Assembléia. E o *habeas corpus* preventivo só é admissível quando a violência for iminente. Por outro lado, o § 2º é de ordem geral. É de considerar, no entanto, a consequência imediata do desatendimento ao mencionado convite. Reza o artigo 42 da Constituição do Estado que se aplicam aos inquéritos das comissões as normas de processo penal indicadas pelo Regimento Interno da Assembléia Legislativa. Que normas adotou o mencionado Regimento, sobre comparecimento de testemunhas? A do artigo 218 do Código de Processo Penal. Não adotou o Regimento a norma do artigo 219, que faculta a imposição de prisão até 15 dias, à testemunha faltosa. Mas, não só pela prisão, pode ser coartado o direito de locomoção. E exemplo disso é o artigo 218. Consoante o ensinamento de Espinola Filho (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v. 3º, nº 446), se nenhum motivo houver que justifique a falta da testemunha, será ela trazida à presença do juiz, quer conduzida pelo oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública, quer apresentada pela polícia, mediante requisição do Juiz. Não é possível negar que essa condução compulsória, ou apresentação policial, constitui uma violência ao direito de locomoção. Existe, assim, na hipótese, uma ameaça iminente à liberdade de ir e vir do paciente, bastante, nos termos do § 23 do citado artigo 141 da Constituição Federal, para se conhecer do pedido, com esse fundamento. Resta examinar, para se concedê-lo ou negá-lo, se a ameaça iminente de coação é legal ou ilegal. É o que se passa a fazer, analisando os argumentos do impetrante, alterada a ordem de sua apresentação.

V — O artigo 53 da Constituição Federal autorizou a Câmara e o Senado a criar comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros. Se assim procedeu o constituinte federal, adotando uma instituição que, no dizer de LAUDO DE



CAMARGO, foi consagrada pelo regime parlamentar e pelo presidencial, conquistando em outros países aplausos generalizados (Rev. cit., p. 7), seguiu-lhe o exemplo, como lhe era lícito fazê-lo, o estadual, repetindo, no artigo 39, para aplicação no âmbito dos negócios da província, os termos da disposição da Lei Maior. Em face desses termos, inquirir sobre "fato determinado", não há como limitar, na forma pretendida pelo impetrante, o poder das comissões em investigar fatos do exclusivo âmbito da competência específica do Poder Legislativo, ou seja, que tenham relação com a função que lhe é própria, de deliberar por resolução ou lei. O Congresso e, na órbita de suas atribuições, a Assembléia Legislativa não têm só a função legiferante. Ela se estende à de controlar, fiscalizar a administração pública. JOSAPHAT MARINHO, sintetizando essa dupla ordem de atribuições do Poder Legislativo, disse que ele exerce, tradicionalmente, duas funções primordiais, uma criadora de normas jurídicas, outra de controle da atividade governamental. No exercício desta última, acrescenta o professor de Direito Constitucional da Bahia, procede a inquéritos com caráter e fins essencialmente políticos, sobre o procedimento dos órgãos da administração em geral e de suas relações com entidades outras, de direito público ou privado. Sobre a natureza dos fatos investigáveis, cita parecer do Senador ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, para quem, "não qualificando o "fato" que é objeto do inquérito, apenas exigindo a sua inequívoca indicação, o constituinte, em realidade, nada restringiu ou condicionou, de modo que, para os feitos em vista, o fato tanto é o pertinente, como o estranho à atividade específica do Poder Legislativo" (*Rev. da Faculdade de Direito da Bahia*, v. XXIX, fasc. VII, p. 38). O Ministro MÁRIO GUIMARAES, relator do caso mencionado, decidido pelo egrégio Supremo Tribunal, também assinalou a dupla ordem de atribuições do Legislativo, de acordo com o ensinamento dos constitucionalistas, citando FISCHBACH, para quem, a denominação Poder Deliberativo seria mais apropriada, por ser a missão fiscalizadora a primacial, e HAURIOU. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, do mesmo modo, acentua a compreensão ampla dos poderes conferidos, destinados não só à apuração dos fatos merecedores de repressão legal, mas ainda ao exame de problemas de importância para a vida econômica e social do País (*A Constituição Federal Comentada*, v. II, p. 73). PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, v. II, art. 53), afirmando que a Constituição teve o fito de incentivar, animar a missão fiscalizadora do Poder Legislativo, define o fato como todo e qualquer da vida constitucional do país, acrescentado, todavia, que as comissões não podem invadir as atribuições judiciárias ou disciplinares.

Conclui-se, assim, que são investigáveis os fatos relacionados com a atividade governamental, ou, como disse JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (Rev. cit., p. 12), fatos que possam ser objeto de legislação, de deliberação, de controle, de fiscalização. Não se diga que, com essa conclusão, se está permitindo a invasão de atribuições. Bem refutaram alegação nesse sentido LAUDO DE CAMARGO e MÁRIO GUIMARAES (Rev. cit., pp., 8 e 380), o primeiro com base nos dispositivos da Lei nº 1.579, o

segundo, invocando esses dispositivos e o artigo 47, § 6º, do Regimento Interno da Câmara, reguladores do funcionamento das Comissões federais. De acordo com tais dispositivos, as Comissões não proferem sentenças, não aplicam penalidades. O mesmo ocorre no âmbito estadual, afastada, assim, usurpação de funções. Evidentemente, devendo o inquérito parlamentar referir-se a fatos relacionados com a administração pública, com a ordem social, política ou econômica, ultrapassaria as atribuições próprias a comissão investigadora de crimes ou contravenções, *tout court*. Aí, estaria desobedecida a tão invocada advertência de DUGUIT "... mais elle ne peut faire aucun acte qui soit normalement et légalement de la competence de fonctionnaires administratifs ou judiciaires" (*Traité de Droit Constitutionnel*, v. 4º, p. 393). Diz o impetrante que, no caso, a investigação é a respeito da prática de jogo de azar. Mas a própria petição de *habeas corpus* esclarece que a contravenção já foi investigada pela polícia, sem resultado. O inquérito em que o impetrante não quer depor tem por fim averiguar, diante da "campanha sensacionalista de certa imprensa", a cumplicidade ou incapacidade das autoridades policiais. Não destoia a informação sobre a finalidade do inquérito, esclarecendo que ele não se destina à aplicação de penalidades aos possíveis infratores, mas a apurar falhas no organismo policial. Eis aí, não a investigação de uma simples contravenção, mas a de deficiência de um aparelhamento do Estado, fato relacionado com a administração pública estadual, revelador, talvez, da necessidade de legislar a respeito.

VI — Verificado que o inquérito não ultrapassa os limites da autorização conferida pelo artigo 39 da Constituição do Estado, cumpre indagar se a Comissão dispõe de meios coercitivos, para obrigar o comparecimento de testemunhas.

Entende o impetrante que não está obrigado a comparecer, porque a Lei nº 1.579, que provê a respeito, só se refere aos inquéritos mencionados no artigo 53 da Constituição Federal, isto é, aos ordenados pela Câmara ou pelo Senado. Não podendo o Estado legislar sobre processo nem sobre direito penal, não têm poder coercitivo as normas do Regimento Interno da Assembléia, a não ser no que diz respeito ao funcionamento do próprio Legislativo estadual. E diz que o Projeto nº 3.507, tornando as normas da Lei nº 1.579 extensivas ao plano local, ainda não foi convertido em lei.

Em seu estudo publicado na revista mencionada, OLIVEIRA FILHO informa que o Deputado HERBERT LEVY ofereceu, realmente, o projeto referido, constituído de três artigos. A Lei nº 1.579 criou uma outra modalidade de constituição de comissões de inquérito. Pelo artigo 53, citado, reproduzido no artigo 39 da Constituição do Estado, o requerimento de um terço dos membros da Casa Legislativa é a condição exigida para que a comissão seja constituída. O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 1.579 admitiu que o plenário, na falta do aludido requerimento, ordene o inquérito. O artigo 1º do Projeto nº 3.507 subor-

dina o funcionamento das comissões estaduais e municipais, criadas por uma ou por outra forma, às normas daquela lei. É de se indagar se a falta de aprovação desse projeto faz depender o inquérito determinado de acordo com o dispositivo constitucional, que está em causa, da boa vontade das testemunhas, ou se, apesar disso, dispõe a comissão de meios coercitivos para obrigá-las a depor.

Determinava a Constituição Federal de 1934, primeira entre nós, a acolher expressamente a instituição, deferindo-a à Câmara, no parágrafo único do artigo 36, fossem aos inquéritos aplicadas as normas de processo penal indicadas no Regimento Interno. Não dispõe de modo idêntico a Constituição de 1946. Todavia, é de ponderar, como o fez o eminente Ministro LUIZ GALLOTTI, em seu voto no caso mencionado, citando tese de concurso de AGUINALDO DA COSTA PEREIRA, que os poderes amplos das comissões hão de ser também implícitos, pois, quando se confere a um órgão uma atribuição, hão de se lhe conceder também os meios de exercê-la. Não discrepa OLIVEIRA FILHO, no estudo referido, quando afirma que, não se podendo pôr em dúvida, por sua evidência, o direito à investigação, as questões marginais, como a coerção para se obterem informações, devem ser resolvidas de acordo com os meios que a lei forneça ao Legislativo, ou na falta de lei, de acordo com os meios que o Judiciário lhe reconheça legítimos para usar (Rev. cit., p. 12). Para MÁRIO GUIMARÃES, relator do caso julgado pelo Supremo, o poder de solicitar providências ao juiz no sentido de tornar efetivo o comparecimento de testemunhas, decorre não só da lei, mas da própria Constituição (Rev. cit., p. 380). Não pensa de modo contrário, e vai além, OTACILIO ALECRIM, que não alcança o porquê da Lei nº 1.579, nesse ponto, se uma das Casas do Congresso (a Câmara), já havia tão acertadamente regulamentado o artigo 53 da Constituição, no artigo 47 e seus parágrafos, do Regimento Interno (Rev. cit., p. 38). Com sua habitual agudeza, notou o eminente ministro RIBEIRO DA COSTA, votando no caso sujeito ao conhecimento do Supremo (Rev. cit., p. 388), que, se nenhum cidadão pode, sequer, eximir-se de depor perante a menor autoridade policial, em inquérito regularmente processado, não se pode conceber possa alguém se escusar de comparecer perante uma comissão designada pelo Legislativo.

Assim, de acordo com os ensinamentos da doutrina, no direito de investigar, está insito o poder coercitivo de obter as informações necessárias ao esclarecimento da investigação.

Esse poder, obviamente, pode ser regulamentado, como já aconteceu com o Congresso e acontece com a Assembléia Legislativa, constando a regulamentação do Regimento Interno da Casa Legislativa criadora da comissão. É evidente que, se a regulamentação invadir atribuições alheias, ou se afastar das normas legais, consagrará uma violência removível pelo *habeas corpus*. Tal não acontece com a regulamentação estadual, que não se afasta das normas vigentes, nem legislou sobre processo.

VII — Objeta-se que, sendo o inquérito de natureza política, visando interesse peculiar do Estado, obediente, por isso, à legislação deste, só uma lei local, o Código de Organização Judiciária, poderia conferir competência a uma autoridade judiciária, o juiz criminal, para obrigar o comparecimento da testemunha perante a comissão, de acordo com o disposto no artigo 218 do Código de Processo Penal. Entendem os que assim pensam que, inexistindo regra de competência a respeito, a delegação constante do artigo 54, § 3º, do Regimento da Assembléia, lei interna, importa em uma ilegalidade, por incompetência da autoridade delegada para exercer o poder que se lhe atribui. E admitem que só o Legislativo, agindo diretamente, pode obrigar a testemunha a comparecer.

Mas é preciso não esquecer que o artigo 53, XVI, do Código de Organização Judiciária delega ao juiz uma competência atributiva de ordem geral, qual seja, a de exercer quaisquer outras atribuições que lhe sejam conferidas em lei". Diz-se que o Regimento Interno, por sua natureza, não tem força de lei aqui fora. Nem todos pensam assim. Mas esta questão, bastante discutível, não precisa ser examinada na espécie, porque a validade do dispositivo regimental, sua força obrigatória, vem da lei mais alta do Estado. Com efeito, dispõe o artigo 42 da Constituição local, seguindo o exemplo da federal de 1934: "aplicam-se aos inquéritos de que tratam os artigos anteriores as normas de processo penal indicadas pelo Regimento Interno". Aí estão as raízes do dispositivo regimental, a todos obrigando, porque autorizado pela Constituição. A competência do juiz, no caso, é, até constitucional, prestando-se como acentuou o eminente OROZIMBO NONATO, "às amplitudes da *construction*", (Rev. cit., p. 385).

VIII — Na petição, alegou o impetrante saber de alguns dos fatos em investigação, em virtude de sua condição de advogado, obrigado a guardar sigilo profissional. Esclareceu, porém, em defesa oral, não constituir a alegação fundamento do pedido. Fê-la, para mostrar por que não quer depor. Realmente, a alegação refoge ao fim do *habeas corpus*, que só protege o *jus eundi ultro citroque*. Por isso, já decidia este Tribunal, em 1926 (*Decisões*, p. 10), que o notificado para depor como testemunha não pode esquivar-se de cumprir esse dever, sob o fundamento de nada saber sobre o fato, ou de não estar nos casos de ser testemunha. É inadmissível, conclui o julgado, em processo de *habeas corpus*, o exame de questões dessa natureza.

Custas na forma da lei.

Porto Alegre, 28 de maio de 1956.

CELSON AFFONSO PEREIRA, Presidente. Deneguei a ordem de *habeas corpus* impetrada em seu favor pelo Dr. Raul Silva Gudolle, adotando as razões invocadas pelo eminente relator, e pelas que se seguem por mim desenvolvidas na assentada do julgamento.

1) A Constituição Federal, em seu art. 53, reza: *A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço de seus membros.* A Constituição do Estado copiou esse dispositivo, adstringiu-se àquela. Sua, unicamente sua, era a competência para legislar sobre o exercício e limites dos poderes políticos desta unidade federativa. Se o fez sem violar a Carta Magna da União, antes observando estritamente os seus preceitos, não invadiu, ao adotá-los, a esfera reservada ao Poder Legislativo nacional. Esta é a lição que nos legou PEDRO LESSA (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. XIX, p. 11, e XLV, p. 13).

2) É verdade que a Constituição do Estado, reproduzindo o que dispusera a Constituição Federal de 1934, estabeleceu em seu art. 42: — *Aplicam-se aos inquéritos de que tratam os artigos anteriores as normas de processo penal indicadas pelo Regimento Interno.*

Alega-se que não podia fazê-lo: a) por lhe faltar competência; b) por ser imprópria a forma adotada para possibilitar o funcionamento do órgão, quando criado; porque Regimento Interno de Assembléia Legislativa não pode conter regras que obriguem terceiros estranhos ao seu quadro.

3) Autoridade não lhe falta. Sendo a comissão de inquérito a própria Assembléia em miniatura, para maior facilidade de seus movimentos e atividade, e cabendo àquela, privativamente, legislar a respeito desse alto poder político — o de investigar sobre o que interessa à vida administrativa do Estado, para melhor prover —, qualquer intervenção do Poder Legislativo federal nesse terreno se me afigura abusiva; porque não se trata de matéria reservada ao seu domínio, como o direito penal, o processual etc., mas de assunto inerente à própria administração provincial, ligado à sua autonomia. Assim é que considero vã, despicienda mesmo, a iniciativa do Deputado HERBERT LEVY, que apresentou projeto de lei estendendo aos Estados as normas da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952. Se à Constituição do Estado cabe instituir a comissão de inquérito, seu funcionamento não pode ficar na dependência de posterior lei federal, o que não se registrando, anularia a eficácia do preceito constitucional regional.

4) Tenho para mim que o conceito de regimento interno das corporações legislativas não se pode amesquinhar, confundir-se com aquele que foi dado pelo conselheiro RIBAS: *tem por fim regular o serviço de certas repartições públicas, os direitos e deveres de certos funcionários.* Regimento Interno de uma Assembléia política é sua lei orgânica, que ela própria se dita, que tanto encerra normas internas, como externas. (Isso de horários, direitos e deveres de funcionários, ordens de serviço burocrático fica relegado para o regulamento da Secretaria). As primeiras daquelas normas — as internas — regulam as atividades do Legislativo; as segundas — as externas — suas relações com terceiros,

que a elas estão obrigados; impõem-se *erga omnes*. O que a essas normas externas se veda é modificar ou contrariar qualquer lei. Onde, porém, se encontra violação a qualquer lei no que estabelece o art. 42 citado? E será ele singular na sua projeção exterior?

5) Não viola lei alguma, porque manda aplicar lei existente — art. 218 do Cód. Proc. Penal. O mesmo faz o Estatuto do Funcionário Civil do Estado que, em várias passagens, tratando do inquérito administrativo, manda obedecer a legislação federal comum: arts. 234, 236, 255 e 259. Não é único ainda porque, no processo e julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são subsidiários da lei que regula a matéria, como o é o Código de Processo Penal. E nesses casos, quando o denunciado é o Governador, sempre se reconheceu (acórdãos citados do Supremo Tribunal Federal) que à Constituição de cada Estado é que compete regular o *impeachment*, detendo-se tão-somente diante do que pertence ao direito penal, que lhe é interdito. O que a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal construiu, a lei vigente adota, quando reconhece às Constituições Estaduais poderem determinar o processo e julgamento desses crimes, atribuindo ao Regimento Interno da Assembléia projeção externa, aplicação subsidiária. Ora, o inquérito parlamentar, como o *impeachment*, são instituições dimanantes do poder político do Estado, cabem exclusivamente na sua jurisdição política, dela não desbordam; mas, se obstam interferências estranhas, não impedem, nem prejudicam a jurisdição comum. Se assim é, só à Constituição do Estado cabe, à imagem da União, editar normas a respeito. E se essas normas se conservam em seus limites, não se tem como desprestigiá-las. Os artigos da Constituição do Estado que tratam do inquérito parlamentar devem ser aplicados, sendo desnecessária lei qualquer para esse fim. É ainda o inolvidável PEDRO LESSA que pontifica: quando a competência decorre da Constituição, não é lícito deixar de reconhecê-la, mesmo que falte a respeito lei secundária (*Revista do Direito* — XLVII, p. 97).

Se a Constituição do Estado autorizadamente estatuiu comissão de inquérito e tratou de seu funcionamento determinando que o Regimento Interno lhe traçasse as normas de proceder, se essas atribuem ao juiz estadual compelir a testemunha a comparecer, conferiu a esse órgão da justiça local essa competência a mais, o que se inclui no seu poder de organizá-la. E para tanto não precisa que a Lei de Organização Judiciária o estabeleça, quando a lei maior do Estado já o fez.

Em termos tais concluo: I) Cabe à Constituição do Estado e só a ela estatuir normas relativas aos inquéritos parlamentares, à imagem do que fez a Constituição Federal. Esta, no silêncio daquela, não podia planar a lacuna regulando a matéria, e muito menos o pode lei ordinária, porque interfeririam no poder político do Estado. II) Se a Constituição determinou a forma de processamento desses inquéritos, não há necessidade de leis secundárias para esse fim. III) Determinando que o

Regimento Interno da Casa contenha essas normas de processamento, têm elas projeção externa e impõem-se *erga omnes*. IV) Mandar cumprir por órgão a quem pode conferir essa atribuição dispositivo de lei federal não é violá-la, mas valer-se dela para fim altamente conveniente à vida administrativa do Estado.

*Decio Pelegrini, Relator*

*João Clímaco de Mello Fº*

*Coriolano Albuquerque*

*Lourenço Mário Prunes*

*Manoel Brustoloni Martins*

*Antônio Augusto Uflacker*

*Baltazar G. Barbosa, vencido:* Pede Raul Silva Gudolle uma ordem de *habeas corpus* para não depor perante a Comissão de Inquérito da Assembléia Legislativa do Estado, criada para investigar se há jogos de azar em Torres. Diz que está na iminência de ser constrangido a depor e, se não aceitar a notificação, ver-se-á conduzido por ordem de um dos juizes criminais da Capital, cujo officio será requisitado pela Assembléia. Como entenda ilegal o constrangimento sob cuja ameaça se encontra, recorre ao Judiciário. A ilegalidade vem de não ter a Comissão referida competência não só para investigar os fatos que motivaram a sua criação como para exigir o seu comparecimento compulsório. Das informações da Assembléia Legislativa verifica-se que, realmente, o paciente será compelido a comparecer a depor, se não o fizer espontaneamente, e disso se encarregará a Justiça Estadual, tal como determina o Regimento daquela casa legislativa.

I — O art. 39 da Constituição do Estado determina que a Assembléia crie comissões de inquérito, nos mesmos termos do art. 53 da Constituição Federal e a isso estava autorizada, pelo disposto no art. 18 da última Constituição. A importância desses inquéritos tem sido ressaltada por escritores brasileiros e alienígenas. Por outro lado, tem sido criticada a tendência de tais comissões exorbitarem, transpondo os limites que separam o Legislativo dos outros poderes. Comentando o art. 34 da Constituição de Weimar, dizia Ottmar Bühler a respeito da comissão do Reichstag para investigar fatos ocorridos antes e durante a guerra de 1914-1918: “La actuación de esta Comisión, que en más de un aspecto no resultó afortunada, dió en seguida ocasión a dudar de si se habia mantenido dentro de las funciones que únicamente podian corresponder a tal Comisión; jamás podian ser éstas más vastas que las que correspondian al mismo Reichstag, y, sobre todo, no debian constituir jamás una intromisión en las funciones de la jurisdicción ordinaria o de la Administración reglada. Este peligro ha vuelto a manifestarse con motivo de la actuación de otras Comisiones de investigación; de ahí que hayan suscitado el deseo de modificar el art. 34” (*La Constitución Alemana de*

11 de agosto de 1919 — trad. de JOSÉ ROVIRA ARMENGOL — Ed. Labor S.A., 1931).

A possibilidade de exorbitância, inegável, ocorre, também, com outros poderes e com o próprio Legislativo na sua função de editar leis, de que servem de exemplo as inconstitucionais. Se ocorrer invasão na esfera de atribuições dos outros poderes, pelas Comissões Parlamentares utilizam-se os meios constitucionais para impedir a hipertrofia do Legislativo, mas não se negue o que a Constituição outorga às Assembléias Legislativas.

As Comissões podem ser constituídas para investigar fatos determinados que informem os colégios legislativos a respeito de qualquer assunto sobre o qual tenham competência, quer para tomarem medidas legislativas, ou outras, desde que caibam na sua órbita de competência. Assim, poderão os corpos legislativos da União e os dos Estados-Membros constituir comissões de inquérito para reunirem dados necessários à função legislativa daqueles órgãos ou para a sua atividade fiscalizadora.

No caso em exame, há possibilidade de coleta de dados com o inquérito, que sugiram providências legislativas, como é evidente. E isso é bastante para justificar legalmente a criação da comissão.

II — Se as comissões parlamentares podem proceder a inquéritos, podem realizar tudo aquilo que a missão exige e que não seja vedado em lei. Por conseguinte, podem inquirir pessoas que tenham o que informar a respeito do objeto do inquérito. E como têm esse poder, têm o de compeli-las a prestarem esse serviço público. O entendimento contrário levaria à inutilidade da norma do art. 39 da Constituição Estadual. De fato, se não houvesse o dever de depor, quando convocado pela comissão parlamentar, se ninguém quisesse atender ao convite, não haveria possibilidade de realizar o inquérito. O dever de prestar declarações é decorrência inelutável da mais rigorosa lógica, do poder dos colégios legislativos. Não há necessidade de lei ordinária dizendo isso, porque o poder de compelir os recalcitrantes a cumprir o dever público de depor está implícito e necessário no de efetuar investigações nos termos do art. 39 da Constituição do Estado.

O mesmo é de dizer-se do processo a ser observado pelas comissões. Que há necessidade de processo para a realização do fim das comissões, é evidente. E como diz PONTES DE MIRANDA: "Esse processo pode ser estabelecido em lei; enquanto não se lhe editam as regras, tem de ser revelado pela livre pesquisa. As regras jurídicas constantes do Código de Processo Penal e das leis administrativas são apenas elementos para a revelação do direito processual parlamentar" (*Comentários à Constituição de 1946* — vol. II — 2ª ed. — p. 271).

No Rio Grande do Sul, há lei a respeito, que é o Regimento Interno da Assembléa, sendo de frisar que nessa lei — tomada a palavra em sentido genérico — é que deve constar o processo das comissões parla-



mentares, pois como salienta FRANCISCO CAMPOS, citado pela informante, "a fonte quase exclusiva do direito parlamentar são os regulamentos internos das assembléias. Por estes regulamentos, as casas do parlamento desenvolvem, interpretam e constroem as regras constitucionais relativas ao seu funcionamento, assim como exercem a função, sobre todas soberana, de criar o direito próprio ao campo espacial da sua atividade" (*Direito Constitucional*, 1942, p. 70).

O processo das comissões é direito próprio ao "campo espacial da atividade" das Assembléias.

Há equívoco evidente dos que pretendem lei federal regulando tal processo. Não tem competência o Congresso Nacional para ditar regras de processo parlamentar aos corpos legislativos dos Estados. Só o Legislativo estadual, dentro no âmbito de competência que lhe foi distribuída pela Constituição Federal, é que pode legislar a respeito do seu processo parlamentar. O que a lei federal pode é criar figuras de delito para proteger a ação parlamentar, pois o Direito Penal é da exclusiva competência da União. Quando a Lei Máxima dispõe ser privativo da União legislar sobre direito processual (art. 6º, nº XV, letra a) não se está referindo ao processo administrativo ou parlamentar dos Estados, pois sobre estes tem competência o Estado-Membro, a teor do que dispõe o art. 18 da mesma Constituição. A interpretação sistemática da Lei Magna não permite outra conclusão.

III — Não há, assim, dúvida de que pode a Assembléia Legislativa ordenar o processo a ser seguido pelas comissões de inquérito e fazer isso no seu Regimento Interno. Pode, também, compelir a que venham depor as pessoas para isso convocadas na forma do processo estabelecido para a realização dos inquéritos. Não há o direito de se recusar a depor, pretendido pelo requerente. Se conhece fatos em razão da profissão, poderá recusar revelá-los, invocando a origem do seu conhecimento, mas essa recusa só pode ser efetivada em face da pergunta, pois sobre os fatos oriundos de outras fontes estão todos obrigados a depor, salvo sobre o que puder incriminá-los.

IV — O que o Regimento Interno da Assembléia não pode é atribuir deveres e competência ao Judiciário. Só as leis de Organização Judiciária podem fazê-lo e para a sua feitura há a colaboração do Legislativo e Executivo e, dentro no quinquênio referido no inciso primeiro do art. 124 da Constituição Federal, é essencial a iniciativa do Judiciário. Não havendo lei que dê tal atribuição aos juizes, não têm eles a atribuição que a Assembléia pretende tenha sido outorgada pelo Regimento.

A compulsão para depor é ilegal não só quando não há poder para tal na autoridade que ordena, como quando falece na que executa. Não tem direito o impetrante ao salvo-conduto que pretende pelo primeiro motivo invocado, isto é, por incompetência da comissão de inquérito para compeli-lo a comparecer para prestar declarações no inquérito, mas tem-no pelo segundo motivo, isto é, por incompetência dos juizes criminais

*do foro da Capital, para determinarem o comparecimento e o obrigarem a comparecer se se recusar. Não têm os juizes essa atribuição e é ilegal a atividade deles nesse sentido, com que está ameaçado o impetrante.*

*Data venia* da egrégia maioria, é ilegal o que pretende a Assembléa e está ameaçada a liberdade de ir e vir do paciente, com a manifestamente ilegal intervenção dos juizes criminaes, para compeli-lo a comparecer à presença da comissão parlamentar de inquérito.

Concedida a ordem, fornecendo ao impetrante salvo-conduto para não comparecer se notificado por um dos juizes do foro de Porto Alegre e só para esse efeito.

*Cyro Pestana*, vencido nos termos do voto do Des. Baltazar Barbosa.

*Oldemar Toledo*. Dissenti do voto do Sr. Relator tão-só na parte em que reconheceu S. Ex<sup>a</sup> competir ao Poder Judiciário mandar notificar testemunhas para prestarem declarações perante Comissões de Inquérito da Assembléa Legislativa. Só da lei — penso eu — poderia advir essa competência. E lei, a respeito, não existe. Essa divergência não me impediu, todavia, de chegar à mesma conclusão de seu voto. Como muito bem se mostrou, o paciente, ao contrário do que sustenta, está obrigado a depor. Até mesmo poderá ser conduzido coercitivamente, por determinação da própria Comissão de Inquérito, no caso de desatender à notificação. Não se encontra ele, pois, na iminência de sofrer constrangimento ilegal nenhum.

*Oldemar Toledo*

*Crisanto de Paula Dias*

*Eloy José da Rocha*, vencido. Não nego, antes reconheço, que o poder de investigar, relacionado com a função de legislar, enquadrado nos poderes políticos do órgão legislativo, é inerente a esse órgão.

A Constituição Federal de 1946, ampliando o instituto já adotado na de 1934, dispõe: "Artigo 53 — A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros. Parágrafo único — Na organização dessas comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40." Prescrevia a Constituição Federal de 1934: "Artigo 36 — A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros. Parágrafo único — Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno." Preceitua a Constituição do Estado: "Art. 39 — A Assembléa criará comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros." "Art. 40 — Compete somente à Assembléa limitar a amplitude das investigações a que devam proceder as comissões previstas no artigo anterior." "Art. 42 — Aplicam-se aos inquéritos de que tratam os artigos

anteriores as normas de processo penal indicadas no Regimento Interno.” A Constituição do Estado, ao mandar aplicar aos inquiridos as normas de processo penal indicadas no Regimento Interno, segue a mesma linha do art. 36, parágrafo único, da Constituição Federal de 1934, *não reproduzido na de 1946*. Acontece que o Regimento Interno da Assembléia dispõe: “Art. 34 — O trabalho das Comissões de Inquirido obedecerá às normas especiais previstas neste artigo.” “§ 3º — Acusados e testemunhas serão intimados, de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal, e, em caso de não comparecimento, sem motivo justificado, a intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que eles residam ou se encontrem, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal.” “§ 7º — As comissões de inquirido terão como subsidiários para a sua atuação, no que for aplicável, os Códigos de Processo.” Ora, pelos arts. 218 e 219 do Código de Processo Penal, além do crime de desobediência, três são os efeitos a que se sujeita a testemunha que, sem motivo justificado, deixar de comparecer: a apresentação ou condução compulsória, a prisão administrativa até quinze dias e a condenação nas custas da diligência. Serão admissíveis, nas comissões de inquirido, os três efeitos?

Sustenta a Egrégia Assembléia Legislativa que, em face, especialmente, do art. 42 da Constituição do Estado e do art. 54, § 3º, do Regimento Interno, há, para a testemunha, obrigação legal de comparecer e depor perante as Comissões de Inquirido e, em caso de não comparecimento, sem motivo justificado, a Assembléia pode reclamar a apresentação ou condução compulsória prevista no art. 218 do Código de Processo Penal.

Mas, contém-se, no poder de inquirir, a força para inquirir e ainda para punir? Há, de parte de terceiros, estranhos ao Poder Legislativo, afora as pessoas expressamente referidas nos textos constitucionais — entre nós, os Ministros de Estado, de acordo com os arts. 54 e parágrafo único e 91, inciso IV, da Constituição Federal, os Secretários de Estado, consoante os arts. 43, 44, 46, inciso II, 47 e parágrafo único, 91, inciso IV, e 103 da Constituição do Estado —, obrigação legal de prestar informação? Está insito no direito de investigar o de usar meios coercitivos, como compeli o comparecimento de testemunhas e, ainda, punir o recalcitrante?

Este não é ponto pacífico, tanto na doutrina, quanto na prática do instituto. Veja-se, nomeadamente, a questão de punição do recalcitrante. Se o poder de punir é inerente ao Poder Legislativo, não existirá lei ordinária que possa delegá-lo. Consideração indiscutível é, tão-só, a de maior eficácia da instituição, que, em certos casos, poderá ser nenhuma, na ausência ou insuficiência de meios coercitivos, como a apresentação ou condução compulsória de testemunha.

Do preceito constitucional brasileiro sobre comissões de inquirido, não decorrem a amplitude e ilimitação do poder de investigar. Esse di-

reito do Poder Legislativo vai até aos limites traçados pela Constituição Federal, quer no tocante aos outros poderes políticos da União ou dos Estados, quer relativamente aos direitos e garantias individuais. Por outro lado, não é bastante o preceito constitucional. Respeitadas as limitações da Lei Maior, o Regimento Interno do Poder Legislativo regulará as atribuições, a organização e o funcionamento das Comissões de Inquérito, e a lei revelará o conteúdo da instituição, enquanto a sua eficaz aplicação exigir restrição à liberdade de terceiros. — Inexistindo lei especial, o Poder Legislativo realizará o poder de investigar, com os meios resultantes do sistema legal.

Assegura a Constituição Federal, no art. 141: “§ 2º — Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” “§ 20 — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.” Diante desses dispositivos, que salvaguardam a liberdade, sem lei, nem se pode obrigar a testemunha a comparecer perante Comissão de Inquérito, nem se lhe pode impor a prisão administrativa de quinze dias. Sem lei, os arts. 218 e 219 do Código de Processo Penal não poderão ser aplicados a processo, que não o processo penal.

O juiz tem as faculdades previstas nos arts. 218 e 219, porque lhe incumbe a prestação jurisdicional do Estado; *deve* decidir e, por isso, é forçoso que se lhe dêem tais faculdades. Harmonizam-se esses artigos com o artigo 206 do Código de Processo Penal: “A testemunha não poderá eximir-se de depor.” As Comissões de Inquérito, cuja atividade pode ser necessária ou conveniente, e que jamais decidem, deverão ser outorgados os mesmos poderes? Diga-se que nesse sentido é a melhor orientação doutrinária. Acolhida a orientação, só a lei poderá conferir aqueles poderes. É muito para notar: não impugno o poder de investigar, nem a coerção, senão, unicamente, o poder coercitivo, *sem lei*.

Não é possível conceituar *inteiramente* o instituto das Comissões de Inquérito, como no direito norte-americano, ou no alemão, ou no inglês, ou em outro, com desatenção ao direito constitucional brasileiro. Os subsídios recolhidos na doutrina e na jurisprudência norte-americanas, principalmente, não poderão confortar a tese vencedora, quando, além de todas as diferenças entre o direito constitucional norte-americano e o brasileiro, releva, no ponto em questão, entre nós, o princípio que se haure no art. 141, § 2º, da Constituição Federal, inscrito, invariavelmente, nas Constituições brasileiras. De resto, os eruditos estudos citados pelo eminente Senhor Desembargador Relator assinalam que, em outros países, inclusive nos Estados Unidos, foram baixadas leis sobre o comparecimento de testemunha perante Comissões de Inquérito. Se é verdade que, em determinado caso, a Corte Suprema dos Estados Unidos julgou que, a despeito da lei de 24 de janeiro de 1857, podia o Congresso agir diretamente, por si próprio, porque a delegação nela contida não importara cassação do poder que lhe é peculiar, certo é, por igual, que a jurisprudência norte-americana tem aplicado a aludida lei.

Na Constituinte de 1946, manifestaram-se, sobre as Comissões de Inquérito, diversas correntes de opinião. Foram oferecidas emendas supressivas e aditivas ao art. 24 e parágrafo único do projeto primitivo da Comissão de Constituição. A Emenda nº 955, subscrita, em primeiro lugar, pelo senhor Deputado ALIOMAR BALEEIRO, da Bahia, era pela supressão do art. 24 e parágrafo único, com a justificação de que “é inteiramente supérflua a disposição, porque, no desempenho de suas funções, ambas as Câmaras podem recorrer aos inquéritos sobre quaisquer fatos, determinados ou não...”. A Emenda nº 534, assinada, em primeiro lugar, pelo senhor Deputado JOSÉ ALKMIN, de Minas Gerais, suprimia o parágrafo único do art. 24, porque “matéria regimental. Colocada na Constituição, restringe a soberania do Congresso”. A Emenda nº 2.382, do senhor Deputado ATALIBA NOGUEIRA, de São Paulo, também era pela supressão do art. 24, mas, porque “não há necessidade de comissões de inquérito”. A Emenda nº 2.386, subscrita, em primeiro lugar, pelo senhor Deputado CLEMENTE MARIANI, da Bahia, sobre alterar a redação do art. 24, mandava acrescentar que “o Regimento Interno determinará as normas de processo penal aplicáveis a tais inquéritos”, com a justificação de que “dispositivo, constante da Constituição de 1934, parágrafo único do art. 36, visa, sobretudo, possibilitar à Comissão forçar a prestação de depoimentos por testemunhas recalcitrantes. O assunto foi amplamente esclarecido em debates parlamentares durante a vigência daquela carta”. A Emenda nº 956, assinada, em primeiro lugar, pelo senhor Senador OLAVO OLIVEIRA, do Ceará, propunha fosse acrescentada ao art. 24 que “Essas Comissões recolherão diretamente as provas que julgarem necessárias ao esclarecimento da verdade, respeitado o disposto no art. 159, § 7º, devendo as autoridades judiciárias e administrativas atenderem às suas solicitações para o mencionado fim”, com esta justificação: “É indispensável fique constitucionalmente traçada a competência das Comissões de Inquérito para a consecução das provas dos fatos de que se ocuparem, como ocorria nas Constituições alemã, de 1937, art. 34, de Dantzig, art. 19, prussiana, art. 25, e tcheco-eslovaca, art. 52.” Apreciando as emendas, a terceira subcomissão da Comissão da Constituição foi de parecer, contra o voto do senhor Deputado Soares Filho, do Estado do Rio de Janeiro, que o art. 24 fosse suprimido, “de acordo com os dois primeiros períodos da justificação apresentada à Emenda nº 955”. Justificando seu voto sobre a Emenda nº 18, o senhor Deputado COSTA NETO, de São Paulo, afirmou: “O projeto poderia, sem qualquer prejuízo, ter deixado de mencionar essa matéria. É evidente que qualquer casa do Congresso, mesmo sem atribuição expressa, poderá criar comissões desta ou daquela natureza. A Casa dos Representantes, na América do Norte, além das comissões permanentes (standing committees), nomeia freqüentemente comissões de outra natureza (select committees), inclusive Comissões de Inquérito (committees of investigation), sem que o texto constitucional mencione esses órgãos. O projeto poderia perfeitamente ter seguido esse exemplo.” Entretanto, depois de examinar e discutir os trabalhos da terceira subcomissão, a Comissão da Constituição elaborou o segundo capítulo do primeiro tí-

tulo da "Redação do Vencido" — Parecer Geral e Projeto Revisto da Comissão da Constituição, nos Anais da Assembléa Constituinte de 1946, volume XX, páginas 194 e seguintes e 224 e seguintes — no qual se encontram o art. 53 e seu parágrafo único, com a redação que, afinal, prevaleceu na votação da Constituição, isto é, com rejeição das emendas supressivas e aditivas.

Porque, sem lei, as Comissões de Inquérito não têm poderes coercitivos, foram consagradas, na Lei federal nº 1.579, de 18 de março de 1952, as normas dos arts. 2º, 3º, e 4º Essa lei, porém, só alcança as Comissões de Inquérito instituídas na forma do art. 53 da Constituição Federal, isto é, as da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Sobre a necessidade da Lei nº 1.579, escreveu IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA: "É de todo o ponto explicável que o Congresso Nacional houvesse elaborado a Lei nº 1.579, ora em vigor, a despeito de o assunto se achar regido por normas regimentais. É que essa lei não se limita à disciplina regimental das Comissões de Inquérito. Dispõe sobre direito objetivo processual e sobre direito objetivo material. Este e aquele direito não podiam ser regulados pelo Regimento Interno. Transcendem de sua órbita. Justifica-se, destarte, a feitura da Lei nº 1.579, sem a qual não seria possível, por exemplo, a criação das novas modalidades delituais que nela foram contempladas" (*Revista Forense*, volume 151, p. 67). O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no venerando acórdão neste julgamento, invocado, declarou, à vista da Lei nº 1.579, ser da alçada do Poder Judiciário obrigar as testemunhas faltosas a comparecer e cominar-lhes a pena devida (*Revista e volumes citados*, p. 375). Não entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Poder Legislativo tivesse implicitamente esses poderes.

A Egrégia Assembléa Legislativa admite que a Lei nº 1.579 era necessária, fora de dúvida, mas, apenas, no que diz respeito às normas de seu art. 4º, sobre os crimes previstos nos incisos I e II do artigo, e isso porque a definição de um delito, com a conseqüente cominação de pena, só poderia ser feita mediante lei e lei federal (Informação de folhas 34 e 35). Mas, não só a definição de delito depende de lei federal, senão, ainda, qualquer restrição à liberdade, exigida pelo processo das Comissões de Inquérito.

É irrecusável que a lei não pode dispor sobre Comissões de Inquérito, abrangendo matéria regimental. O Regimento Interno do Poder Legislativo regula as atribuições, a organização e o processo das Comissões. Essas normas regimentais não pertencem ao direito penal, processual ou material, sobre o qual compete à União legislar — art. 5º, inciso XV, letra *a*, da Constituição Federal. Contudo, regular o processo das Comissões de Inquérito, sob aspecto regimental, não significará obrigar terceiros, nem estabelecer medidas de restrição à liberdade, quando as obrigações e restrições só poderão ser impostas por lei, e por nenhum outro lado. O Regimento Interno é lei do Poder Legislativo, mas *lei interna*, que ele se dita a si próprio. A Constituição Federal, quando atribui

ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, aos tribunais, a elaboração de seus regimentos, os denomina "regimentos internos". Quanto a terceiros, em relação com o Poder Legislativo, ressalvado o poder de polícia, só a lei poderá criar restrição à liberdade.

Ademais, conforme o voto do eminente Senhor Desembargador Baltazar Barbosa, não cabe ao Regimento Interno da Assembléia dispor sobre competência de juizes. Verifica-se, na espécie, desde logo, ausência de lei estadual, que, na organização judiciária, indique o juiz competente para atuar no inquérito, mediante a medida prevista no art. 218 do Código de Processo Penal.

*Votei, por estes fundamentos, pela concessão da ordem de habeas corpus impetrada.*

*Carlos Thompson Flores, vencido, pelos motivos expostos em sessão que, em tudo, assentam na motivação do voto do eminente Des. Baltazar Barbosa.*

*Sisínio Bastos, pelos motivos expostos em sessão.*

*Honório de Azevedo*

*Arno S. Arpini, vencido de acordo com o voto do Desembargador Baltazar Barbosa.*

*Jorge Fonseca Pires, vencido, nos termos do voto do eminente Desembargador Baltazar Barbosa.*

Fui presente: *Henrique Fonseca de Araujo*, Procurador-Geral do Estado.

#### *Acórdão do Supremo Tribunal Federal*

#### **RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 34.823 — Rio Grande do Sul**

Comissão de Inquérito em Assembléia Legislativa Estadual — Poderes — Inexistência de constrangimento ilegal — Confirmação de decisão recorrida.

#### **ACÓRDÃO**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Habeas Corpus nº 34.823, do Rio Grande do Sul — Recorrente, Raul da Silva Guldolle, recorrido, Tribunal de Justiça, acordam, em sessão plena, os*

Ministros do Supremo Tribunal Federal, e à unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos das notas taquigráficas antecedentes. Custas da lei.

Rio de Janeiro, DF, em 24 de abril de 1957 (data do julgamento).

*Orozimbo Nonato* — Presidente.

*Ary Azevedo Franco* — Relator.

Inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dela recorreu o impetrante ao egrégio Supremo Tribunal Federal. O recurso de *habeas corpus* tomou o nº 34.823 e dele foi relator o Senhor Ministro Ary Franco.

Conforme as notas taquigráficas divulgadas, depois de lembrar o aresto do Supremo Tribunal Federal no caso Samuel Wainer, acentuou o relator, Senhor Ministro Ary Franco:

“O recorrente entende que não é de se aplicar o preceito do Código de Processo Penal, porque não há lei expressa, enquanto o Tribunal do Rio Grande do Sul, para negar a ordem, *baseou-se na Constituição Estadual*.

Além disso, o Regimento Interno da Assembléia providencia a respeito, cumprindo os preceitos da Constituição Estadual, conforme se verifica da leitura, que fiz, dos dispositivos concernentes à hipótese. Ainda que assim não fosse, entendo que bem andou aquele Tribunal, negando o *habeas corpus*, pois a intimação decorre dos poderes implícitos da Comissão de Inquérito, pois, do contrário, as suas atividades se reduziriam a ficar no papel, estaria completamente tolhida em suas diligências e, portanto, de eficiência inócua.

A meu ver, o Tribunal rio-grandense bem andou quando negou a ordem, *fundado no Regimento Interno*.

Nego provimento ao recurso.

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: — Negaram provimento em decisão unânime.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Ary Franco — Relator, Afrânio Costa (substituto do Exmo. Sr. Ministro Nelson Hungria, que se encontra em exercício no Tribunal Superior Eleitoral), Villas Boas, Cândido Motta, Rocha Lagoa, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Lafayette de Andrada.

Não compareceu, por se achar em gozo de licença, o Exmo. Sr. Ministro Barros Barreto.



# Reeleição das Mesas do Legislativo

GERALDO ATALIBA

Professor nas Faculdades de Direito da  
Universidade de São Paulo e Universi-  
dade Católica de São Paulo.

## SUMÁRIO

- a) *Preliminares*
- b) *Importância dos princípios constitucionais*
- c) *Periodicidade dos mandatos*
- d) *Considerações complementares*

### a) *Preliminares*

O art. 30, parágrafo único, letra *h*, da Constituição Federal prescreve:

“Será de dois anos o mandato para membro da Mesa de qualquer das Câmaras, proibida a reeleição.”

PONTES DE MIRANDA entende que a proibição se circunscreve ao mesmo cargo. Doutra lado, outra corrente sustenta que a proibição é mais ampla e estende-se a toda a Mesa.

Em outras palavras, de acordo com a primeira corrente, pode o deputado mudar de cargos na Mesa, sendo a vedação simplesmente circunscrita ao próprio cargo desempenhado, enquanto, na conformidade do sustentado pela segunda corrente, quem tenha pertencido a uma Mesa fica impedido de pertencer à seguinte.

A primeira impressão que se colhe da singela leitura do texto é no sentido de que ambas as opções são legítimas e válidas e, portanto, fica à discricção do intérprete a liberdade de acolher esta ou aquela solução. Parece, à primeira vista, que se está diante daquilo que, em teoria geral do direito, se convencionou designar por norma aberta, que consente duas interpretações diferentes, abrindo, no caso, opção livre ao hermeneuta para adotar qualquer solução.

A matéria, porém, por sua gravidade e importância, não se compadece com esse tipo de disciplina. Aí está-se em campo de direito estrito no qual as normas são peremptórias e exaustivas. O Texto Magno só comporta uma interpretação.

Daí a razão pela qual é preciso buscar inspiração nos princípios capitais do sistema, a fim de colher a orientação que levará o intérprete a inclinar-se por esta ou por aquela solução, de modo seguro, sem titubeios.

#### b) *Importância dos princípios constitucionais*

É de se recordar que o princípio republicano é fundamental e basilar ao sistema. O princípio republicano é, portanto, matriz que oferecerá necessariamente diretrizes para a interpretação e determinação exata e correta do alcance e do sentido de outros princípios constitucionais e, com maior razão, das simples normas constitucionais (atento o aplicador às distinções fecundas tão bem expostas por J. M. TERAN).

Alguns princípios constitucionais foram postos tradicionalmente pelos nossos sucessivos legisladores constituintes como fundamentais a todo o sistema e, por isso, em posição de eminência relativamente a outros.

Deles os mais importantes são os da Federação e da República. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se devem interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros.

Diversas ordens de consideração evidenciam a posição privilegiada em que foram postos esses dois princípios fundamentais de todo o nosso sistema jurídico.

Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares pela circunstância de virem mencionados em primeiro lugar (art. 1º), nos textos constitucionais republicanos.

São repetidos, enfatizados, reforçados, reiterados e assegurados, até as últimas conseqüências, por inúmeras outras disposições constitucionais.

Diversas disposições constitucionais, como dito, reforçam, sublinham, reiteram e asseguram o princípio republicano, o que evidencia sua posição privilegiada no sistema.

É princípio que, ao lado do federal, ocupa posição basilar, não só porque também é arrolado em primeiro lugar (art. 1º), mas porque é, como o outro, assegurado, em todos os seus desdobramentos, por inúmeros mandamentos contidos ao longo do texto constitucional.

Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüente responsabilidade dos seus necessariamente transitórios exercentes.

Todos os mandamentos que cuidam da mecânica de *checks and balances*, que tratam da periodicidade, da representatividade, das responsabilidades dos mandatários e do relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico.

O professor AGUSTIN GORDILLO diz que o princípio é uma diretriz do sistema. É um norte que deve ser observado por todos os intérpretes do sistema, direção que deverá ser seguida, quando se adotam as medidas tendentes a dar-lhe eficácia e animá-lo. Daí dizer esse grande mestre argentino que o conteúdo estimativo do sistema se encontra involucrado nos princípios. Daí a razão pela qual PAULO BARROS CARVALHO nos princípios reconhece a axiologia de um sistema jurídico. Foi com base nessas considerações que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO estabeleceu a comparação entre os princípios — relativamente ao sistema — e o alicerce dos edifícios deixando claro que a importância dos princípios se traduz na conseqüente maior gravidade da violação de suas exigências, se comparada com a violação a simples preceitos contidos em meras regras. É que os princípios são como que os alicerces do sistema jurídico. São seu fundamento.

É importante recordar que a Constituição, ao proibir ao Congresso Nacional — como órgão de reforma — que sequer discuta projetos de deliberação tendentes a abolir a República, termina por elevar esse princípio à mais alta culminância, no nosso sistema.

É a disposição peremptória e categórica do § 1º do art. 47 do Texto Constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o excepcional prestígio desses dois princípios constitucionais, ao vedar terminantemente que seja "*objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República*".

A Constituição brasileira se classifica dentre as rígidas, porque qualquer alteração no seu texto só pode ser aprovada por um processo especial e qualificado, previsto no próprio Texto Constitucional.

No que respeita, porém, a esses dois princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é rigidíssima. Não há possibilidade de ser ela alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto, ela é inalterável. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer projeto tendente (que abrigue tendência; que leve; que conduza; que encaminhe; que facilite; que possibilite, mesmo indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos. Intocáveis, na plena extensão do significado da palavra.

Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável por via de emenda. Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isto dizer que só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados.

Pois, desde 1891 tivemos 7 manifestações do poder constituinte pleno, no Brasil (1891, 1930, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) e uma do poder constituinte derivado com caracteres amplísimos (1926). Note-se que três vezes o poder constituinte se manifestou por assembléias representativas democraticamente eleitas (1891, 1934, 1946); nas demais, tivemos constituintes autoritários.

Pois, com exceção da ditadura estado-novista (1937), não tiveram coragem, disposição, valor ou mesmo vontade os titulares da soberania nacional plena para abolir ou postergar esses dois princípios, o que prova o quão arraigados estão na nossa consciência política, de modo a se fazerem irresistível tradição, expressões sagradas do sentir nacional.

Temos, pois, que considerar o problema de como interpretar o mandamento do § 1º do art. 47 do Texto Constitucional vigente, que — impedindo o processamento de projetos de emendas tendentes a abolir a Federação e a República — faz de modo singular (em contraste com o direito comparado) absolutamente rígida nossa Constituição, nesse ponto.

Parece óbvio que a vedação não tem o singelo e limitado sentido de proibir que se postule direta e imediatamente a abolição de um ou de ambos os princípios (Federação e República). Não!

Na verdade, qualquer proposta que indiretamente, remotamente ou por consequência, tenda a abolir quer a Federação, quer a República, é igualmente proibida, inviável e insuscetível de sequer ser posta como objeto de deliberação.

Não teria sentido atribuir-se menor expressão ao dispositivo constitucional em causa. Seria inócuo, se pudesse ser entendido em termos tais que consentisse a aprovação de medidas oblíquas ou indiretas, que aportassem ao resultado vedado.

Dai a razão pela qual muitos doutrinadores — com certa dose de exagero — afirmarem que essa disposição é “supraconstitucional”, o que tecnicamente não pode ser aceito, mas politicamente vale como sugestão para a compreensão da importância e significação desse princípio no contexto sistemático.

Ora, que significa república? É o regime jurídico em que os exercentes de funções políticas o fazem (a) em caráter representativo, (b) com periodicidade e (c) com responsabilidade política, que se traduz em todo mecanismo constitucional de responsabilização, do qual avulta especialmente a constante necessidade de renovação dos mandatos, expressando a confiança dos eleitores (os cidadãos, donos da *res publica*).

Não se pode reconhecer república onde essas notas características não estejam nitidamente presentes e sua eficácia não seja assegurada por amplo e extenso rol de regras jurídicas. Ora, nesse sentido se pode afirmar ser o Brasil uma república (embora imperfeita), pela configuração, no Texto Constitucional, de todas as notas típicas desse regime.

Efetivamente, inúmeras, dezenas de preceitos constitucionais dobram este princípio, determinando-lhe os limites de sua eficácia e a medida do seu alcance, quando estabelece dispositivos que asseguram a responsabilização, garantem a periodicidade e de alguma maneira querem tornar estreme de violações a representatividade.

### c) *Periodicidade dos mandatos*

Nota-se, no nosso sistema, que os mandatos de natureza legislativa são sempre renováveis, mediante periódica consulta ao eleitorado. Doutro lado, não se consente o mesmo aos mandatos executivos. Estes não comportam, para o período imediatamente subsequente, reeleição. Não há, no nosso direito constitucional, possibilidade de reeleição para o exercício de cargos executivos.

Evidente que essa diferença de tratamento sistemático entre as funções executivas e legislativas se dá exatamente em função da soma de poderes concretos que a Constituição põe nas mãos dos exercentes de funções executivas, em contraste com os postos nas mãos dos legisladores. No Brasil, a alternância dos cargos de natureza executiva é peremptória, absoluta, categórica e irremissível. Assim, a periodicidade, em funções puramente legislativas, admite a reeleição; nas funções executivas implica necessariamente alternância.

Ora, a função de membro da Mesa das Casas Legislativas é função de natureza executiva. Não é função legislativa. É função de direção, supervisão, polícia, administração e execução. Em tudo e por tudo, se afigura função executiva e administrativa.

O critério, pois, informativo do procedimento hermenêutico a ser adotado há de ser consentâneo com essa diretriz tão nitidamente traçada.

É sabido que todos os preceitos contidos na Constituição fixam os limites de eficácia e a própria dimensão dos princípios. Desta forma, não podem ser interpretados de modo que contrarie a direção por eles apontada. As simples regras sublinham, enfatizam, denotam os princípios. Em outras palavras: a nenhum intérprete é lícito chegar a resultado de nenhum trabalho exegético que termine por negar ou contrariar a direção apontada pelos princípios.

Portanto, parece-nos ser muito mais consonante com as exigências do princípio republicano a interpretação que postula a alternância cabal e completa no que diz respeito à Mesa do Congresso, do que qualquer outra solução. Não podem ser interpretadas em "sentido" (RECASENS SICHES) inverso.

Quando o intérprete se encontre diante de duas opções e, num primeiro momento, possa parecer que é livre para escolher entre um e outro rumo, é forçado — por imperativos e exigências fundamentais do sistema — a adotar aquele termo da alternativa que melhor satisfaça às exigências dos princípios. Em outras palavras, a alternativa que caminhe no rumo apontado pelos princípios de modo mais consentâneo.

Em conclusão: discute-se, no caso, se é a Mesa ou é o mesmo cargo, que devem ser entendidos como sites no fulcro do problema. Parece imperativo afirmar que essa questão já não é indiferente como, à primeira vista, pôde parecer, a uma simples leitura do texto interpretando.

As considerações exegéticas aqui desenvolvidas demonstram que a referência é à Mesa. Quem tenha participado de uma Mesa não pode pleitear recondução à Mesa imediatamente subsequente. Isso é, no sistema da nossa Constituição, reeleição.

#### d) *Considerações complementares*

Bastariam estas considerações para se demonstrar a procedência da tese que sustenta a inelegibilidade de membro da Mesa para qualquer outra função, no período subsequente.

Parece também evidente que esta distinção — que o sistema constitucional estabelece, entre o tratamento que atribui aos exercentes de função meramente legislativa e das funções executivas — caracterizada por drástico e radical impedimento a que os exercentes de funções executivas sejam reeleitos (reconduzidos) se deve a um manifesto designio de evitar a manipulação dos instrumentos de poder, para obter vantagens, inclusive a reeleição.

Quer-se, desta maneira, assegurar que a utilização dos mesmos instrumentos será sempre feita no exclusivo interesse da função e, *in casu*, da Câmara legislativa respectiva. Nenhuma possibilidade fica — se adotada esta solução — para a manipulação dos instrumentos que os cargos executivos (dentro dos órgãos legislativos) atribui, quando este impedimento seja entendido de modo absoluto.

Por isso é que se tem entendido que o regimento do Senado é cabalmente fiel a esta exigência, contida no preceito constitucional *sub examine*.

Efetivamente, a entender-se de maneira contrária, poder-se-á admitir que um presidente da Câmara possa pleitear a sua eleição — no período imediatamente subsequente — para o cargo de vice-presidente.

Evidente que, desde o instante em que isto seja permitido, já se abriu uma válvula incontível, tendente a permitir a manipulação dos variadíssimos instrumentos postos à sua disposição, não no sentido de servir à Casa e ao cargo, e sim a tal designio com o gravíssimo risco de servir aos intentos pessoais do eventual e transitório titular.

As instituições republicanas foram engendradas para evitar abusos, para banir o despotismo e preservar o bem comum contra os arbítrios do homem. As instituições republicanas realizam de forma excelente o postulado impessoal do RULE OF LAW, o governo das leis e não dos homens.

Parece, portanto — em harmonia com tudo que foi dito —, ser nesse sentido que aponta uma exegese mais acurada do Texto Constitucional.

# Prerrogativas do Poder Legislativo

IDUNA E. WEINERT

Professora de Direito Constitucional e  
Subchefe do Departamento de Direito da  
Universidade de Brasília

## SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — A “crise do Poder Legislativo”
- III — As prerrogativas
- IV — As prerrogativas do Poder Legislativo no Brasil
- V — A inviolabilidade, os decretos-leis, o veto e o decurso de prazo
- VI — Conclusão
- VII — Bibliografia

### I — Introdução

Atribui-se a ARISTÓTELES, em sua *Política*, o mérito de ter sido o primeiro a isolar as categorias dos atos estatais, distinguindo-os através das funções do Estado.

A doutrina da repartição dos poderes, conquanto esboçada, em seus fundamentos, por LOCKE, só veio a alcançar contornos definitivos na obra de MONTESQUIEU.

Com efeito, teve o autor de *O Espírito das Leis* a primazia de promover o relacionamento entre as três modalidades de manifestações da atividade estatal e os órgãos que, compondo a estrutura do poder, em seu nome agiam.

Os atos dirigidos a indivíduos ou situações certas e determinadas foram por MONTESQUIEU relacionados à função executiva ou administra-

tiva do Estado; aqueles que se voltavam para a coletividade e se destinavam a regular situações futuras representavam o exercício da função legislativa, enquanto que os atos consubstanciadores da função jurisdicional caracterizavam-se por buscar soluções para conflitos intersubjetivos de interesses, mediante a aplicação das leis.

Adotado pela Constituição norte-americana de 1787, o princípio da repartição dos poderes alcançou consagração com a Revolução Francesa, de que se tornou um dos alicerces, e, desde então, tem estado presente nos documentos constitucionais das democracias ocidentais, não obstante as transformações que lhe foram impostas por novos e poderosos fatores histórico-sociais.

O êxito da doutrina e sua identificação aos postulados da liberal-democracia devem ser creditados à sua natureza estritamente pragmática e objetiva, não se tratando, como poderia parecer, à primeira vista, de mera construção teórica, destinada a transitar, unicamente, no mundo das idéias.

A intenção buscada por MONTESQUIEU foi, em verdade, criar um mecanismo eficaz, uma técnica através da qual se pudesse obter, efetivamente, o controle do poder pelo poder, ou seja, o fracionamento do poder absoluto, ensejando a cada uma de suas parcelas a fiscalização sobre o exercício das demais.

Doutrina racionalista, logrou transferir para a representatividade popular a fonte de legitimação do poder, afastando, definitivamente, todas as teorias que o legitimavam de forma irracional.

A fórmula rígida proposta inicialmente, que se coadunava ao liberalismo e ao individualismo prevalecentes no período pós-Revolução Francesa, não resistiu, evidentemente, às profundas transformações impostas pelos grandes eventos que marcaram o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, dentre eles a Revolução Industrial e a I Guerra Mundial.

O Estado liberal-abstencionista cedeu lugar ao Estado intervencionista, em razão da necessidade imperiosa de proporcionar às forças de produção os mecanismos de proteção contra os abusos dos detentores do capital.

O abandono da separação rígida dos poderes impôs-se, por outro lado, ante a circunstância de que, na prática, os três ramos da tripartição não mais se continham nos limites do exercício de suas funções típicas, mas eram levados a exercitar, simultaneamente, embora de forma secundária, as atividades próprias uns dos outros.

Em sua configuração atual, a doutrina de MONTESQUIEU só poderá ser encarada sob o prisma de flexibilidade que comporte a prática concomitante, por cada um dos poderes, das três funções estatais, embora com prevalência de uma delas, a típica, sobre as demais.

Orienta-se, por outro lado, no sentido do funcionamento independente e harmônico dos poderes constitucionais, concretizando o chamado sistema



de freios e contrapesos ("cheks and balances" dos norte-americanos) mediante o qual os poderes controlam-se mutuamente por força de dispositivos previstos na Constituição.

Há, mesmo, quem fale, hoje, em correlação ou complementaridade das funções estatais com vistas a justificar uma política de cooperação entre o Legislativo e o Executivo, destinada à obtenção de leis boas, em tempo útil, posição que não consegue disfarçar, todavia, a intenção de dar legitimidade à crescente intromissão do Poder Executivo em áreas da atividade típica do Poder Legislativo.

O fenômeno, dizem, é universal, correspondendo ao que alguns constitucionalistas denominam "crise do Poder Legislativo", ou o seu declínio em face do Executivo.

## II — A "crise do Poder Legislativo"

O título merece grande atenção, sob duplo aspecto.

Em primeiro lugar, não se pode falar em universalidade quando não se cogita mais de simples prevalência de um sobre os outros dois poderes, tendo estes preservadas, em sua inteireza, as prerrogativas que a Constituição lhes concede.

Trata-se, já agora, do fortalecimento desmesurado do Executivo em detrimento do Legislativo e do Judiciário, particularidade somente constatável nos Estados que adotam a forma presidencial de governo e nos quais ocorre visível exacerbação desse presidencialismo. Somente em tais circunstâncias há que se falar em crise ou declínio do Poder Legislativo.

Ainda no que concerne à expressão "crise do Poder Legislativo", cumpre examinar a questão sob alguns de seus aspectos básicos, com vistas não apenas a detectar suas possíveis causas como também chegar-se, afinal, a uma avaliação sobre a existência mesma dessa "crise".

Do ponto de vista doutrinário importa considerar a profunda repercussão que sobre a vida dos Parlamentos provocou a chamada falência das doutrinas liberais e de seus valores, estritamente individualistas, tendo-se em vista que, durante largo período, o princípio da legitimidade do poder assentou-se sobre as Casas de representação popular.

O Estado-executor, administrador, intervencionista do século XX representou, sem sombra de dúvida, elemento que muito contribuiu para o gradativo desprestigiamento das Casas legislativas, na medida em que invadia áreas que antes lhes eram reservadas com exclusividade.

Acusa-se, por sua vez, o próprio Legislativo de estar despreparado para enfrentar a crescente complexidade dos problemas emergentes nas modernas sociedades, a exigir pronta e eficaz normatização, sob pena de graves danos à coletividade.

A mora da lei em relação aos fatos sociais é circunstância por demais dita e repetida nos compêndios de ciência do direito, ou seja, não há como

negar que o processo de nomogênese, cumpridas todas as suas etapas, implica, quase sempre, o atraso da norma jurídica, à consideração de que ditos fatos sociais desenvolvem-se em progressão geométrica, enquanto que as leis nascem e se vão complementando em ritmo de progressão aritmética.

Some-se a essa realidade o despreparo técnico, material e, por vezes, intelectual dos legisladores para atenderem à crescente e cada vez mais específica demanda de leis, e aí se terá, certamente, um dos mais importantes fatores para o fenômeno que se chama de “crise do Poder Legislativo”, e o conseqüente fortalecimento do Poder Executivo na medida em que, atento ao problema, aciona seu corpo de tecnocratas e passa a suprir, com diplomas legais de duvidosa juridicidade, as lacunas existentes no ordenamento jurídico e decorrentes da morosidade do processo legislativo.

Assinale-se, ainda, o aspecto político de que se reveste a questão ora em estudo, intrinsecamente relacionado à gradativa despolitização dos Parlamentos, entendida esta como a diminuição na participação do Legislativo no poder de decisão política.

O tema tem sido analisado, nos dias atuais, em torno de diversas opções, sintetizadas em razão do interesse dessa despolitização do Legislativo para os Estados de Executivos fortes:

- 1) manutenção de um Legislativo despolitizado, transfigurado em órgão meramente técnico;
- 2) remoção, pura e simples, da incômoda ação política dos Parlamentos;
- 3) presença útil de um Parlamento neutro, destinado, exclusivamente, a emprestar respeitabilidade aos Governos, em face da comunidade internacional;
- 4) manutenção de um Parlamento cuja atuação esteja contida, mediante o cerceamento ou total supressão de suas prerrogativas.

Diante de tal quadro já é possível afirmar, com segurança, que só há que falar em “crise do Poder Legislativo” ou mesmo em declínio do mesmo, relativamente àqueles Estados em que a exacerbação dos poderes e prerrogativas do Poder Executivo, transformado em centro único de decisões políticas, determina, como conseqüência, a usurpação dos poderes e prerrogativas normalmente asseguradas ao Legislativo e ao Judiciário.

A constatação não invalida, contudo, a circunstância antes assinalada, no sentido de se admitir que a doutrina da tripartição dos poderes, em sua configuração atual, registra uma tendência generalizada de prevalência do Poder Executivo sobre os demais ramos em que se reparte o poder, sem que isso signifique a subtração das prerrogativas destes ou a invasão de suas áreas típicas de atividade.

Exemplo edificante a ser lembrado é, exatamente, o da maior nação democrática do Ocidente, os Estados Unidos da América, em que os Poderes Legislativo e Judiciário exercitam, eficazmente, significativa parcela

do poder político de decisão, atuando na plenitude de suas prerrogativas constitucionais.

### III — As prerrogativas

A expressão “prerrogativas”, tomada em sua acepção mais ampla, não está, necessariamente, ligada ao Poder Legislativo, eis que é igualmente lícito falar-se em prerrogativas do Poder Executivo e prerrogativas do Poder Judiciário, no contexto das modernas democracias constitucionais.

No que concerne ao Poder Legislativo, tem-se que tais prerrogativas podem estar presentes em maior ou menor número, extensão e grau, variando segundo a orientação político-filosófica de cada Estado, ao construir o seu ordenamento jurídico.

Costumam os doutrinadores diferenciar, em dois grupos de privilégios e garantias, as chamadas prerrogativas do Poder Legislativo tendo em vista que se voltam uns para as próprias Câmaras, como corpos colegiados, e outros, para seus membros, individualmente considerados.

Incluídos no primeiro grupo estão inúmeros direitos públicos, peculiares aos Parlamentos, dentre os quais avultam o poder legiferante, em todos os seus graus, o poder de iniciativa do processo legislativo, os poderes de autodeliberação e autoconvocação, o poder de fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, o poder de deliberar sobre os assuntos de sua economia interna e muitos outros.

Claro está que a presença de todos os privilégios e garantias que porventura possam ser concedidos às Casas Legislativas no ordenamento jurídico, bem como o respeito aos mesmos por parte dos outros poderes, representa *tipo ideal* de democracia ou, mesmo, a plenitude do estado de direito, apenas possível em termos de utopia.

O que se registra, em realidade, são formas intermediárias que vão desde os governos de fato, com a simples eliminação dos Parlamentos, aos Estado em que o Poder Legislativo é parte atuante e essencial à estrutura do Governo, com passagem pelas ditaduras que admitem a existência dos corpos legislativos como meros ornamentos destinados, somente, a lhes emprestar legitimidade.

O segundo grupo de prerrogativas, consoante a classificação proposta, diz respeito aos privilégios e garantias assegurados aos próprios membros dos Parlamentos e que compreendem, basicamente, as chamadas imunidades parlamentares e o subsídio, representativo, este, do pagamento por suas atividades.

O instituto das imunidades parlamentares, sobre cujas origens divergem os autores, veio a consolidar-se no direito público europeu, especialmente no direito inglês, no qual se oferece sob duplo aspecto: a chamada “*freedom of speech*” — liberdade de opinião — e a “*freedom from arrest*” — inviolabilidade pessoal —, valendo assinalar que a consciência democrática inglesa sempre emprestou maior relevância e consideração à liberdade de

expressão, de que deve estar investido o parlamentar para o pleno exercício de suas funções, impondo, por outro lado, limitações à inviolabilidade pessoal, à consideração de que a "freedom from arrest" não deve tutelar a prática de crimes nem proteger os membros do Parlamento contra a atuação da justiça penal.

No direito público brasileiro essas duas espécies de imunidades são identificadas às chamadas "imunidade material" e "imunidade formal", dentre outras classificações admitidas.

Por imunidade material deve-se entender a prerrogativa assegurada aos parlamentares para o exercício de suas atividades com ampla liberdade de palavra, discussão e voto; também denominada irresponsabilidade parlamentar, a imunidade material propicia aos membros das Casas do Legislativo a manifestação de suas convicções, quando investidos de mandato popular, sem que, pelas palavras pronunciadas, possam vir a ser judicial ou disciplinarmente punidos.

Quanto à imunidade formal ou inviolabilidade parlamentar, relaciona-se às prerrogativas de natureza processual concedidas aos membros do Parlamento e, sob seu manto, ficam os mesmos resguardados contra a prisão ou o processo penal, ou ainda outros procedimentos que possam constituir constrangimento à atividade legiferante.

O instituto das imunidades parlamentares, não obstante consagrado ao longo dos séculos e hoje se apresente com plena atualidade no direito constitucional moderno, encontrou, entre os liberalistas, tenazes opositores, que rejeitavam qualquer tipo de privilégio ou de restrição às liberdades individuais.

JOÃO BARBALHO, o mais importante comentarista de nossa primeira Constituição republicana, representa, no direito brasileiro, o exemplo mais notável dessa posição; ao comentar os arts. 19 e 20 do diploma constitucional de 1891, manifestou-se no sentido de que:

"É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções políticas por direito próprio; nele não pode haver invioláveis e irresponsáveis entre os que exercitam poderes delegados pela soberania nacional. Não há fundamento nem necessidade dessa exceção aberta em favor das pessoas dos legisladores" (*Constituição Federal Brasileira, Comentários* — Rio de Janeiro — F. Briguiet e Cia. Editores, 1924).

Embora considerando as imunidades parlamentares condição essencial e inseparável da existência das assembleias legislativas, PIMENTA BUENO, em sua obra clássica *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, ressalta aspecto que merece ser lembrado, por sua oportunidade e atualidade:

"Esta inviolabilidade legal não produz a inviolabilidade moral na opinião do País, que certamente tem o direito de apreciar como os seus representantes cumprem o seu mandato e a liber-

dade de reelegê-los ou não, segundo seus atos e opiniões” (Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos — Vol. 5º — Senado Federal — Brasília — 1978, pág. 119).

Curiosamente, a própria Carta republicana de 1891 continha, na parte relativa às prerrogativas inerentes à pessoa do parlamentar e, mais especificamente, à chamada imunidade formal, preceito que veio a ser inteiramente afastado, nos documentos que se seguiram, e que dizia respeito à possibilidade de renúncia à mesma, **verbis**:

“Art. 20 — Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, **se o acusado não optar pelo julgamento imediato**” (grifos meus).

Em 1934, todavia, já se havia consolidado o entendimento segundo o qual as imunidades parlamentares não se destinam a proteger a pessoa do parlamentar, mas visam a preservar valores mais amplos e relevantes, quais sejam a coletividade e a democracia, na medida em que asseguram a independência do Poder Legislativo.

Nenhuma das Cartas Políticas que se seguiram admitiu a renunciabilidade às imunidades, ficando os parlamentares, pois, subordinados à deliberação da respectiva Câmara, no que tange à autorização para serem processados.

Casos há em que ao parlamentar, contra o qual se instaura determinado procedimento penal, interessa, pessoalmente, que o mesmo seja levado a julgamento final, sendo-lhe dada oportunidade de defesa, em que possa provar sua inocência. Se, contudo, sua Câmara negar a licença para o processo, entendendo que o fato atingiria à própria instituição, não lhe é dado abrir mão de sua inviolabilidade.

#### IV — Prerrogativas do Poder Legislativo no Brasil

As idéias constitucionalistas e liberais que, no século XVIII e primeira metade do século XIX, agitavam as Cortes européias e, em especial, a de Portugal influenciaram, grandemente o processo de constitucionalização do Brasil, que, segundo assinalam os historiadores, ter-se-ia desenvolvido paralelamente aos esforços no sentido de promover a libertação completa e definitiva da terra brasileira.

Resultado desse processo é a Carta Constitucional do Império, outorgada a 25 de março de 1824, que acolheu, dentre outros, o princípio da repartição de poderes desenvolvido por MONTESQUIEU; à tradicional divisão tripartite sobrepos, contudo, o elemento de controle e equilíbrio a ser exercitado pelo Poder Moderador, conferido ao Imperador e que preservava, inegavelmente, a essência do autoritarismo monárquico.

Em 1826, iniciavam-se as atividades do Poder Legislativo, através da Assembléia Geral, dividida em Câmara dos Deputados e Senado, este vitalício e aquela temporária, com a elaboração das leis básicas a garantir a liberdade e a soberania do País e sob a proteção de dispositivos que lhe asseguravam as prerrogativas imprescindíveis ao seu livre funcionamento.

E desde então, em todos os documentos constitucionais que a história do Brasil registra, estiveram inscritos preceitos destinados a assegurar as prerrogativas do Poder Legislativo, em sua mais ampla significação.

O estudo das prerrogativas parlamentares abrange, como visto, não apenas as imunidades parlamentares, mas todo o espectro de poderes, privilégios e garantias que compõem os direitos públicos sem os quais não se considera viável o exercício da democracia.

Após o Movimento Revolucionário de 1964, operou-se, em nosso País, o gradativo rompimento de toda uma tradição de respeito e observância àquelas prerrogativas, que, historicamente, sempre foram reservadas ao Poder Legislativo, mediante uma legislação excepcional destinada a fazer face a contingências de natureza política, que colocavam em risco os ideais democráticos com os quais se identifica o povo brasileiro.

O preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964 fala, de forma suficientemente clara, sobre a posição assumida pelo Comando Revolucionário, relativamente à ordem constitucional vigente e, em especial, ao Poder Legislativo, ante os novos e graves problemas que o País enfrentava, nos termos seguintes:

“Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro, que a Revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.”

Esse primeiro documento revolucionário, que veio a receber o nº 1, em razão dos vários outros que se seguiram, integrou-se a toda uma ordem jurídica institucional, vigente não apenas de forma paralela como, por vezes, em posição hierárquica superior à própria ordem constitucional, naquilo em que lhe fosse contrária.

Nesse contexto, tornou-se evidente a crise do Poder Legislativo e o seu sensível declínio, em consequência do progressivo fortalecimento do Executivo, restando ao Judiciário a aplicação da lei oriunda desse processo, tendo-lhe sido subtraída a apreciação de todos os atos praticados com base na legislação institucional.

No que concerne ao Poder Legislativo e suas prerrogativas, parece irrelevante apontar, já agora, os instrumentos através dos quais foram-lhe estas sendo, paulatinamente, subtraídas.

O que importa é analisar, de forma objetiva e realista, a situação como ela se apresenta, hoje, quanto ao tema em debate e avaliar, da mesma maneira, as perspectivas que o quadro político deixa antever.

A Constituição brasileira em vigor trata do Poder Legislativo no Capítulo VI do seu Título I, e a análise de seus dispositivos revela, claramente, em face das Cartas que a antecederam, bem como da melhor doutrina, as alterações mediante as quais lhe foram suprimidas, aos poucos, prerrogativas imprescindíveis ao seu pleno funcionamento.

Cumprе assinalar, contudo, que sobre grande parte dessas questões já se registra, hoje, não apenas uma conscientização geral sobre a necessidade de um retorno às tradições democráticas brasileiras, como, também, o consenso de todas as correntes políticas do País, no sentido de proporcionar o restabelecimento das prerrogativas a elas relacionadas, não obstante restarem, ainda, pontos de estrangulamento em torno dos quais colidem a ansiedade das Casas do Legislativo e a imperiosidade, proclamada pelo Executivo, de manter a sua participação, através de mecanismos próprios, no processo legislativo da criação das leis exigidas pela Nação.

Quatro são, em verdade, as questões relativas às prerrogativas do Poder Legislativo que se constituem, ainda, em pontos de atrito e polêmica no processo de redemocratização que se delineia na atual conjuntura política do País, e que corresponde às aspirações não apenas do próprio Parlamento, como do povo brasileiro em geral, de formação tradicionalmente cristã e democrática.

São elas a inviolabilidade parlamentar, a aprovação de projetos por decurso de prazo, os decretos-leis e o veto, que, por sua importância, merecerão estudo destacado.

Abusos cometidos pelas Casas Legislativas em nome da plenitude de seus poderes e prerrogativas fizeram com que dispositivos de conteúdo nitidamente regimental, ou concernentes à economia interna das mesmas, fossem erigidos à categoria de normas constitucionais de caráter restritivo, embora constitucionais não fossem, do ponto de vista material.

O problema relacionado à autoconvocação em sessão extraordinária é um deles, e a possibilidade de que a mesma ocorresse por provocação do Congresso, quando o entendesse necessário, foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969; a supressão dessa prerrogativa, justificada, à época, pela crise política que o País atravessava, não encontra mais qualquer legitimação no quadro atual.

O art. 30 da Lei Maior diz competir a cada uma das Câmaras elaborar seu regimento interno, dispor sobre sua organização, polícia e provimento de cargos de seus serviços.

O parágrafo único desse artigo impõe, contudo, em seu desdobramento, normas regimentais a serem observadas e que, por sua particularidade e caráter nitidamente fiscalizatório, representam, sem dúvida, condenável intromissão no âmbito restrito do funcionamento interno das Casas do Congresso.

As letras **b**, **c**, **e**, **f**, **g** e **h** do referido parágrafo estão nesse caso, sendo de se esperar sua retirada do texto constitucional; poder-se-ia dizer, mesmo, em relação à letra **b**, proibitiva da realização de mais de uma sessão ordinária por dia, que reflete limitação deprimente para o Congresso.

Merecem destaque, ainda, as letras **e** e **f** do mesmo parágrafo único do art. 30 constitucional, na medida em que restringem, de forma incompatível com o regime democrático, a criação e o funcionamento das comissões parlamentares de inquérito, um dos mais valiosos mecanismos de que dispõe o Legislativo para o exercício de seu poder de fiscalização sobre as atividades do Executivo.

O entendimento segundo o qual é inerente ao Legislativo a função de vigilância sobre os demais poderes consolidou-se, inicialmente, na Inglaterra, oferecendo-se, então, sob duplo aspecto: o Parlamento não só investigava e apurava irregularidades sobre determinado assunto, fixando responsabilidades, como, também, procurava aprimorar a legislação existente sobre o mesmo; em outras palavras, não possuíam as comissões parlamentares de inquérito, no modelo inglês, conotação meramente punitiva, mas, também, construtiva.

Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 não contém dispositivo de atribuição de poderes fiscalizatórios ao Congresso, o que não impediu, todavia, que o mesmo tenha atuado, sempre, na presunção de que tal atividade é essencial e precípua à própria função legislativa, posição essa respaldada, sem qualquer restrição, em julgados da Suprema Corte e no magistério dos maiores constitucionalistas norte-americanos.

No Brasil, conquanto a Constituição de 1891 não tenha previsto, expressamente, a criação de comissões de inquérito de caráter fiscalizatório, PIMENTA BUENO, ao analisar as atribuições da Assembléia Geral, em face do que dispunha o § 9º do art. 15 da Carta Imperial de 1824, já vislumbrava a possibilidade de o "direito de fiscalização", como atributo da própria atividade legiferante, ser exercido "por meio de comissões ou inquéritos que penetrem nos detalhes da gestão administrativa, mormente quanto à administração financeira" (*Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos* — Vol. 5º — Senado Federal — Brasília — 1978, pág. 107).

O emprego das comissões de inquérito só foi introduzido no sistema constitucional brasileiro pela Carta de 1934, que dispunha, em seu art. 36:

"A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros."



A não-atribuição ao Senado Federal de idêntica faculdade deveu-se à posição peculiar que o órgão veio a ocupar, no contexto político da época, tendo-lhe sido reservada a superior função de coordenar os poderes federais entre si (arts. 88, 90, 91 e 92), além de prestar colaboração à Câmara dos Deputados (art. 22), no que concernia à atividade legiferante.

O documento político de 1946 restabeleceu, em seus arts. 53 e parágrafo único, após o lapso representado pela Carta de 1937, a possibilidade de utilização, já agora por ambas as Casas do Congresso, desse eficaz instrumento de controle, em cuja composição deveria prevalecer, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos nacionais que participassem da respectiva Câmara.

A Constituição de 24-1-67, que resultou do Movimento Revolucionário de 1964, manteve, em seu bojo, o poder, até então reconhecido ao Legislativo, de fiscalizar, através das comissões parlamentares de inquérito, os atos do Executivo, atendendo ao sistema de freios e contrapesos que rege a tripartição de poderes, tradicionalmente adotada pelo Brasil (art. 39).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, promulgada, segundo consta de seus **consideranda**, pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, viu-se o Congresso Nacional quase que totalmente despidido da prerrogativa em tela, eis que não apenas foi limitado o número de comissões a serem criadas, como também cerceado o seu funcionamento, através de dispositivos de natureza nitidamente regimental e que impunham restrição despropositada à ação do Parlamento.

Pela letra e do parágrafo único do art. 30 do texto constitucional em vigor, "não será criada comissão parlamentar de inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal".

Parece evidente que em um país de dimensões continentais como o nosso, no qual os problemas fundamentais relacionados ao desenvolvimento social, político e econômico avolumam-se de forma assustadora, somente *cinco fatos ou questões devam merecer fiscalização por parte das Casas do Legislativo.*

Dir-se-á que a ressalva contida no mesmo dispositivo garante a possibilidade de alargamento desse número, em aparente exercício democrático.

A verdade dos fatos demonstra, contudo, que, quando o partido político detentor da maioria parlamentar apóia abertamente a ação do Executivo, o mecanismo transforma-se em letra morta, ao mesmo tempo que essa mesma maioria poderá vir a preencher o limite máximo de cinco comissões de inquérito com assuntos de menor relevância, deixando fora do alcance de qualquer controle do Legislativo questões de maior expressão nacional.

Verifica-se, por outro lado, que, na letra f do mesmo dispositivo, restringiu-se o âmbito geográfico de atuação dessas entidades, através de de-

terminação no sentido de que "a comissão parlamentar de inquérito funcionará na sede do Congresso Nacional, não sendo permitidas despesas com viagens para seus membros".

A ação fiscalizatória do Legislativo está evidentemente comprometida, na medida em que se impede o acesso dos parlamentares ao local em que o fato investigado está-se desenrolando, por vezes, como é o caso das usinas nucleares e do chamado "Projeto Jari".

Tendo sido tais restrições impostas ao Congresso Nacional em nome de abusos porventura cometidos em passado distante, impõe-se, já agora, a sua retirada do texto constitucional, em continuidade ao processo de aperfeiçoamento democrático a que se propõem os últimos governos revolucionários.

Cumprе assinalar, ainda, no que tange ao poder de fiscalização, que, como dito, é inerente à própria função legislativa, a posição incômoda em que se encontra o art. 45 da Lei Maior, nos termos que lhe foram dados pela EC nº 1/69, que repete, com pequena alteração, o art. 48 da Constituição Federal de 1967, *verbis*:

"A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta."

Embora consubstanciando a essência do exercício democrático do controle do poder pelo poder, permanece o dispositivo em nossa Carta, há treze anos, como mero ornamento, vez que abortaram todas as tentativas até hoje feitas no sentido da elaboração da lei nele prevista.

O fenômeno reflete, naturalmente, o desinteresse na criação e aplicação desse poderoso instrumento de fiscalização por parte do Legislativo, desinteresse que resulta de um regime ainda impregnado de autoritarismo, em que a figura do Presidente da República apresenta-se como detentor da maior parcela de decisão política no País.

Há, contudo, quem preconize um presidencialismo forte como requisito indispensável a uma república democrática.

ROBERTO MANGABEIRA UNGER e EDMAR LISBOA BACHA, professores brasileiros da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, após uma estada de duas semanas no Brasil, em que mantiveram contatos com políticos e autoridades, elaboraram interessante estudo, a que denominaram "Projeto de Democracia para o Brasil" e em que enfatizam, preliminarmente, não ser o processo de redemocratização algo a ser adiado para quando o País for rico e seguro, devendo ser, ao contrário, desde logo, iniciado.

E é nesse estudo que ressaltam as conveniências de um presidencialismo forte para o Brasil, à consideração de que, no contexto político e eleitoral vigente, poderia uma presidência nessas condições desempenhar, pelo menos, duas importantes funções, desde que, é óbvio, seja atendido o pressuposto inafastável da eleição direta.

A primeira delas, apontam, é servir como poderosa alavanca de mobilização popular, no sentido de que, por ocasião da eleição, os debates sobre os grandes problemas nacionais superarão as preocupações regionais e setoriais, congregando toda a Nação em torno de ideais comuns.

O Presidente assim eleito terá compromissos assumidos diretamente com o povo e saberá que sua influência e prestígio, inclusive junto ao Congresso, dependerão do seu desempenho, devendo evitar, por conseguinte, a rotina das negociações políticas imediatistas e da composição de interesses em conflito.

O segundo papel a ser preenchido por um Presidente forte, dizem, será o da chefia da burocracia estatal, fazendo com que sua atuação se volte para as tarefas de pesquisa, formulação e execução de projetos de reforma e administração institucional, as quais tornam-se inviáveis para órgãos coletivos, tais como o Congresso e os Conselhos de Planejamento.

A esse presidencialismo forte, com poderes, inclusive, para dissolver o Congresso Nacional, contrapõem os ilustres mestres um Parlamento dotado de amplas prerrogativas e capaz, igualmente, de remover o Presidente da República, pelo voto de dois terços dos seus membros, com o que fica o Executivo recolocado nos efetivos limites de seus poderes.

A breve referência ao projeto dos professores MANGABEIRA UNGER e EDMAR BACHA não visa a questionar a sua viabilidade, mas, tão-somente, a enfatizar a importância, dentro de um Estado democrático, do pleno e livre exercício dos três poderes, mesmo quando se registra a prevalência de um sobre os outros.

#### V — A inviolabilidade, os decretos-leis, o veto e o decurso de prazo

Os quatro temas, como foi dito anteriormente, serão objeto de estudo mais detalhado, vez que se apresentam, no quadro político atual, como os pontos nevrálgicos em torno dos quais ainda não se alcançou o equilíbrio desejado, entre os interesses expressamente manifestados pelo Poder Executivo, de participar do processo legislativo, e o anseio, já agora generalizado, do restabelecimento pleno das prerrogativas do Poder Legislativo.

A partir de estudos realizados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, através de Comissões interpartidárias e encaminhados ao Presidente daquela última Casa em datas de 18-9-79 e 30-11-79, foi elaborada proposta de emenda à Constituição pelo Deputado DJALMA MARINHO, seu primeiro subscritor, seguido das assinaturas de mais 371 Deputados e 47 Senadores, a qual recebeu o nº 59/80 e restabelecia, em grande parte, os predicamentos suprimidos, ao longo do tempo, ao Congresso Nacional.

A proposta, examinada e votada juntamente com outras, que versavam a mesma matéria, não logrou aprovação, tendo sido arquivada.

Não cabe analisar, no presente estudo, as razões que levaram ao arquivamento da proposição, quer em termos de total contradição ou pusila-

nimidade, como dizem uns, seja como resultante de ponderação e sabedoria política, como preferem outros; a história é escrita dia a dia e os historiadores encarregar-se-ão de gravar, para o conhecimento e julgamento das gerações futuras, o comportamento do Congresso Nacional no referido episódio.

Relevante, isso sim, a repercussão que a iniciativa gerou sobre a consciência da Nação, tradicionalmente liberal e democrática e que identifica nas Casas do Poder Legislativo os seus pulmões e a sua voz.

Quanto mais oprimidos estejam os pulmões da Nação e cerceada a sua palavra, pior respirará a democracia brasileira.

## 1 — A inviolabilidade

Diz o **caput** do art. 32 do texto constitucional em vigor:

“Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional.”

O dispositivo traduz a chamada imunidade material ou irresponsabilidade parlamentar, identificada, em suas origens, à “freedom of speech” dos ingleses. enquanto que a “freedom from arrest” corresponde à nossa imunidade formal ou inviolabilidade parlamentar, *stricto sensu*, relacionada esta às prerrogativas de natureza processual assegurada pelos §§ 1º a 7º do mesmo artigo, com exclusão do § 6º

Vê-se que o § 4º do art. 32 reserva aos Deputados e Senadores o denominado “foro privilegiado”, ou seja, a garantia de serem submetidos a julgamento, nos crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal.

O § 1º do artigo em tela dispõe no sentido de que, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, sendo que o § 2º trata, a seguir, do prazo para o pronunciamento sobre a referida licença, findo o qual ter-se-á como concedida, se transcorrido *in albis*.

Ainda no que tange aos casos de flagrante de crime inafiançável, diz o § 3º, seguinte, que serão os autos remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa.

Quando arrolados como testemunhas, os membros do Congresso Nacional gozam do direito previsto no art. 221 do Código de Processo Penal, de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

A Lei nº 6.416, de 24-5-77, reenumerou os parágrafos do referido artigo, concedendo aos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos

Deputados, no § 1º, a faculdade de poderem optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas, por ofício.

O § 7º do art. 32 constitucional adverte, todavia, que tais prerrogativas processuais não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de 30 dias, ao convite judicial.

Quanto à possibilidade de serem os membros do Congresso Nacional processados criminalmente, observa-se que todos os documentos constitucionais brasileiros anteriores ao Movimento Revolucionário de 1964, à exceção da Carta de 1937, a condicionaram à prévia licença da respectiva Câmara. Leiam-se, nesse sentido, os artigos 27 da Constituição Imperial de 1824, 20 da Carta Republicana de 1891, 32 da Constituição de 1934 e 45 do documento de 1946.

A Emenda Constitucional nº 9, de 22-7-64, acrescentou, todavia, um § 3º ao art. 45 mencionado, submetendo a prazo, pela primeira vez na história do direito constitucional brasileiro, o processo de prévia licença para o processamento de parlamentar.

Com a Constituição de 1967 aprimorou-se o mecanismo de pressionamento sobre o referido processo, com a introdução da figura do decurso do prazo, contado contra as Casas do Congresso, tendo a EC nº 1/69 atingido as culminâncias do autoritarismo e lançado ao desprestígio o Poder Legislativo, ao suprimir, totalmente, a exigência tradicional da prévia licença.

O problema relacionado ao decurso de prazo, na hipótese ora focalizada, será melhormente estudada no tópico a esse fim destinado, levados em consideração, inclusive, os termos da EC nº 11/78.

No que tange à questão relativa à licença para processamento dos integrantes do Poder Legislativo, cumpre ressaltar, ainda, que o parágrafo único do art. 154 da Constituição em vigor prevê outra hipótese em que se prescinde de tal autorização, em flagrante cerceamento à imunidade formal de que deve estar revestido o exercício do mandato popular.

Trata-se dos casos de abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, delitos que têm como pena a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Note-se que a Constituição de 1967 ainda submetia o referido processo à exigência da prévia licença da respectiva Câmara, nos termos do seu art. 34, § 3º, prerrogativa essa que veio a ser suprimida pela EC nº 1/69.

O dispositivo em vigor, pelo evidente autoritarismo que encerra, está a exigir a sua imediata retirada do texto constitucional.

A imunidade material, que se traduz na possibilidade de o parlamentar poder manifestar, livremente, seu pensamento, através de opiniões,

palavras e votos, é indiscutivelmente a mais importante das prerrogativas ao mesmo assegurada, nos regimes democráticos, e não poderia deixar de ser assim, tendo-se em vista que a tribuna é o principal instrumento de trabalho dos membros do Poder Legislativo e é por ela que falam não apenas de suas convicções pessoais, como também transmitem os anseios e as vicissitudes daqueles que lhes conferiram o mandato popular.

Se todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido, como reza um dos princípios basilares da democracia, limitar ou impedir a manifestação plena da palavra de seus representantes é, em última análise, silenciar esse mesmo povo.

O reconhecimento de que a plenitude do exercício dessa prerrogativa pelos parlamentares é requisito imprescindível à prática democrática consolidada-se ante a constatação de que a sua supressão ou cerceamento ocorreram, sempre, em fases de autoritarismo político ou em situações de ameaça ou efetiva agressão à segurança interna ou externa dos Estados nos quais havia Legislativo em funcionamento.

As Leis de Espionagem e Sedição, de 1917 e 1918, editadas nos Estados Unidos ao tempo da 1ª Guerra Mundial, bem como a Lei Smith, de 1940, lembradas pelos autores como exemplos de restrição à liberdade de palavra, somente atingiam os congressistas quando na qualidade de cidadãos norte-americanos e não na de titulares de mandato eletivo, enquanto que, na Inglaterra, o "Security Act" alcançou, durante a guerra, representante do partido fascista no Parlamento, em nome da segurança da comunidade britânica.

A história constitucional brasileira não foge à regra, com as alterações introduzidas pela Carta Política de 1937 e pela EC nº 1/69, valendo notar que até mesmo a Constituição de 1967 manteve, em seu art. 34, a fórmula tradicionalmente adotada, em termos de que "os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos".

A essa fórmula acrescentou-se, em 1969, as restrições consubstanciadas nas expressões "salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional", com o que ficaram os congressistas manietados em sua principal prerrogativa.

Essa situação perdurou por nove longos anos, até o advento da EC nº 11, de 13-10-78, resultante da determinação, assumida pelos recentes governos revolucionários, de reconduzir o País às suas mais legítimas tradições democráticas, mediante a eliminação gradativa dos instrumentos de repressão e autoritarismo introduzidos na Constituição ou constantes da legislação excepcional vigente.

Repise-se, nesse sentido, a alta significação do art. 3º da mencionada emenda constitucional, que revogou os Atos Institucionais e Complementares, no que contrariassem a Lei Maior, restabelecendo, com isso, o primado da Constituição, pressuposto essencial ao chamado "estado de direito".

No que tange à imunidade material ou irresponsabilidade parlamentar, tem-se que a EC nº 11/78 retirou do **caput** do art. 32 as expressões relativas aos casos de injúria, difamação ou calúnia, delitos capitulados nos arts. 140, 139 e 138, respectivamente, do Código Penal brasileiro.

Essa alteração, interpretada teleologicamente, conduz, sem dúvida, à conclusão de que, ao assomar à tribuna, no exercício legítimo da representatividade popular, não estará jamais o parlamentar movido pelo **animus** de injuriar, difamar ou caluniar quem quer que seja, independente das palavras que proferir.

A ação delituosa, como se sabe, volta-se, sempre, para fins específicos a serem alcançados e compõe-se de elementos subjetivos e objetivos, representados estes pelo ato ou atos através dos quais ela se manifesta no mundo exterior e aqueles pela vontade que impulsiona o agente a delinquir.

Os elementos subjetivos, identificados, **stricto sensu**, ao dolo e à culpa, se presentes na ação, é que vão estabelecer a antijuridicidade da mesma, na medida em que se opõe aos valores positivamente considerados pela sociedade.

Os crimes de injúria, difamação e calúnia, como descritos no Código Penal, resultam, necessariamente, de ação dolosa, ou seja, em que esteja presente o elemento subjetivo dolo, achando-se incluídos, por outro lado, no Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata dos crimes contra a honra. São, em resumo, crimes dolosos, praticados contra a honra, o valor que a legislação penal procura, no caso, preservar.

A Lei nº 6.620, de 17-12-78, estabelece, em seu art. 2º, o conceito de segurança nacional, definindo, ainda, os crimes contra ela praticados.

Os arts. 33 e parágrafo único e 42, inciso V, do referido diploma legal estão assim redigidos:

“Art. 33 — Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado e de Governadores de Estado, do Distrito Federal ou de Territórios:

**Pena** — reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único — Se o crime for praticado por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social:

**Pena** — reclusão de 2 a 5 anos.”

“Art. 42 — Fazer propaganda subversiva:

.....

V — injuriando, caluniando ou difamando, quando o ofendido for órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário, em razão de suas atribuições;”

Da interpretação sistemática do **caput** do art. 32 da Constituição e dos dispositivos da Lei de Segurança Nacional supratranscritos resulta evidente que os delitos ali previstos jamais poderão ser imputados aos Deputados e Senadores quando do exercício do mandato popular, pela via da manifestação de opiniões, palavras e votos, eis que, nessa situação, são invioláveis, por força da alteração introduzida pela EC nº 11/78.

Em outros termos, deve prevalecer a presunção segundo a qual, no uso da tribuna, às ações praticadas pelos parlamentares e traduzidas por opiniões, palavras e votos, faltará, sempre, o elemento subjetivo ou psíquico **dolo**, representativo do **animus** de injuriar, difamar ou caluniar, imprescindível à caracterização dos crimes contra a honra, valendo repisar, por fim, que tanto o Código Penal quanto a Lei de Segurança Nacional buscam proteger, nos dispositivos mencionados, o mesmo valor social, qual seja, a honra.

A plenitude da inviolabilidade parlamentar da forma assim posta não impede, porém, que os Deputados ou Senadores possam vir a cometer delitos contra a segurança nacional, sendo indispensável, para tanto, que não estejam no exercício da atividade legislativa, sendo-lhes aplicável, nesse caso, o disposto no § 5º do mesmo art. 32 da Lei Maior.

A perquirição do elemento subjetivo que determina a conduta do parlamentar à tribuna deve ser feita, outrossim, quando sobre o mesmo pesarem as imputações previstas no **caput** do art. 154 constitucional, consubstanciadoras do chamado “abuso de direito individual ou político”.

“A ação humana é o exercício da atividade finalística”, diz HANS WELZEL (*El Nuevo Sistema del Derecho Penal — Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista* — Ediciones Ariel — Barcelona — 1964), no sentido de que o homem, em todos os atos de sua vida, age sempre voltado para determinados objetivos a alcançar, desde os mais simples e corriqueiros propósitos até aquelas decisões fundamentais, promotoras, por vezes, de efeitos danosos à sua existência.

Dentro dessa linha de raciocínio, nos delitos de que trata o referido art. 154, as ações praticadas pelos parlamentares, no exercício do mandato popular, somente poderão ensejar o enquadramento dos mesmos quando se voltarem, especificamente, para os fins ali mencionados, quais sejam, “o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção”; torna-se imprescindível que se estabeleça a relação de causalidade entre o ato ou atos argüidos de antijuridicidade e o fim a que se destinam, sem o que resultará impossível a imputação.

Retomando o ponto inicial do tópico, para concluí-lo, resta dizer, apenas, que o restabelecimento da plenitude da inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos é, hoje, condição inafastável à consolidação da abertura política a que se propõem os governos revolucionários.

A atuação dos congressistas deve ser objeto de fiscalização **interna corporis** e os eventuais abusos ou descomedimentos praticados da tribuna poderão ser punidos segundo normas regimentais a serem aplicadas pelas Mesas do Congresso Nacional.



## 2 — Os decretos-leis

A institucionalização dos decretos-leis com sua incorporação ao texto constitucional brasileiro não nos deixa esquecer, todavia, sua origem espúria e inconciliável com a democracia plena, eis que *“próprios dos regimes totalitários.*

Em verdade, surgiram eles, pela primeira vez no Brasil, com a Carta Política de 1937, que dizia em seu art. 74, letra **b**, competir privativamente ao Presidente da República expedir decretos-leis, nos termos de seus arts. 12 e 13, assim redigidos:

“Art. 12 — O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

Art. 13 — O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.”

Dizia, ainda, em seu art. 14, o mesmo documento:

“Art. 14 — O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas.”

Comparados aos termos do atual art. 55, incisos I a III, §§ 1º e 2º, os dispositivos supratranscritos da execrada Carta ditatorial mostram-se até modestos, em matéria de discricionariedade, sendo de se ressaltar a exigência de ato de autorização do Parlamento (art. 12) ou de que o mesmo estivesse em recesso ou tivesse sido dissolvida a Câmara dos Deputados, com as restrições lembradas (art. 13) para que o Presidente da República pudesse expedir decretos-leis! Somente sobre a organização do Governo e da administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas podia fazê-lo livremente, nos termos do art. 14!

Expurgados do sistema constitucional brasileiro pela Constituição promulgada a 18-9-46, ressuscitaram, contudo, pela via da legislação excepcional que se editou após o Movimento Revolucionário de 1964, tendo sido incorporados ao texto constitucional em 1967 (art. 58, incisos I e II e parágrafo único).

Com efeito, permitiu o Ato Institucional nº 2, de 27-10-65, em seu art. 30, que o Presidente da República baixasse decretos-leis sobre matéria de segurança nacional, sendo que, posteriormente, o Ato Institucional nº 4, de 7-12-66, em seu art. 9º, §§ 1º e 2º, autorizou o Chefe do Executivo a emití-los sobre matéria financeira durante o período de convocação extraordinária do Congresso Nacional (§ 1º) e sobre matéria administrativa e financeira, finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do mesmo (§ 2º).

A EC nº 1/69 ampliou a redação do art. 58 da Carta de 1967, introduzindo o inciso III e desdobrando em dois o parágrafo único.

Por outro lado, a EC nº 11/78 modificou substancialmente a questão relativa ao prazo de 60 (sessenta) dias concedido ao Congresso Nacional para aprovar ou rejeitar os decretos-leis, sem poder emendá-los.

Com efeito, verifica-se que, nos termos adotados pela EC nº 1/69, publicado o texto do decreto lei, que tem vigência imediata, era concedido ao Congresso Nacional o prazo de 60 (sessenta) dias para apreciá-lo, estando implícita a contagem do mesmo a partir da publicação do documento.

Ao fixar como termo a quo do referido prazo a data do recebimento do texto do decreto-lei pelo Congresso Nacional, abriu a EC nº 11/78 a possibilidade de o Presidente da República, se tiver interesse, retardar a remessa do documento ao Legislativo, eis que, já em vigor desde a sua publicação, pode gerar, inclusive, nesse lapso de tempo, atos jurídicos válidos e que não se tornarão nulos com uma possível rejeição do decreto-lei, consoante prevê o § 2º do art. 55.

Da sutileza da alteração exsurge, claramente, mais um artifício que poderá vir a ser utilizado para a ampliação e fortalecimento do instituto, vez que nada obriga o Chefe do Poder Executivo à imediata remessa do texto do decreto-lei ao Congresso Nacional logo após sua publicação e vigência.

Importa assinalar, ainda, que os decretos-leis são igualmente contemplados com o mecanismo da aprovação por decurso de prazo, estando os mesmos incluídos na enumeração constante do art. 46 (inciso V), relativo às modalidades normativas objeto do processo legislativo.

Diz o *caput* do art. 55 constitucional que a expedição de decretos-leis pelo Presidente da República poderá ocorrer em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa.

Sobre a apreciação da ocorrência desses requisitos "urgência" ou "interesse público relevante", já há decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a mesma assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da Repú-

blica, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso (vide Recurso Extraordinário nº 62.739/SP, *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 44, págs. 54 e seguintes).

Embora assim seja, verifica-se, na prática, que alguns decretos-leis expedidos sob o fundamento de "urgência" foram, antes, longamente estudados nos gabinetes do Poder Executivo, quando da elaboração dos mesmos.

A mesma observação poderá ser feita em relação aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República para os quais é solicitada a apreciação urgente ou urgentíssima do Congresso Nacional, nos termos do art. 51 e seu § 2º

O projeto de lei de que resultou o chamado Estatuto dos Estrangeiros é um excelente exemplo dessa exdrúxula situação eis que, após um período de gestação de quase oito anos, no Ministério da Justiça, tornou-se matéria de apreciação urgente para o Parlamento, não obstante sua importância e grande repercussão no País, culminando por ser aprovado por decurso de prazo.

### 3 — O veto

O veto, como é sabido, corresponde a uma recusa do Presidente da República em sancionar projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, podendo fazê-lo total ou parcialmente.

No Brasil está ele ligado à própria história do nosso constitucionalismo, vez que presente em todas as nossas Leis Magnas.

Tanto a Carta Imperial de 1824 como a Republicana, de 1891, o previam (arts. 64 e 37, § 1º, respectivamente), mas só o admitiam em sua forma total, valendo lembrar que o insigne JOÃO BARBALHO, ao comentar o dispositivo do documento de 1891, condenou o veto parcial, sob o fundamento de que o mesmo "seria uma verdadeira emenda supressiva de algumas disposições" (*Comentários à Constituição Federal* — Rio — 1902, pág. 146), faculdade que não era, no contexto, reservada ao Presidente da República.

O veto parcial só foi acolhido com a Reforma de 1926 à Carta de 1891, sendo mantido, daí por diante, em todos os documentos constitucionais que se seguiram.

Alguns aspectos merecem maior aprofundamento, no exame do instituto, à consideração de que representam modificações introduzidas em sua sistemática com alterações de sua própria essência.

Os dois primeiros deles dizem respeito à forma de votação a ser adotada na apreciação do veto pelo Congresso Nacional, e ao *quorum* para as deliberações.

Um estudo comparativo demonstra, como se verá, a oscilação, ao longo do tempo, ora por mecanismos mais flexíveis e liberais, ora por fórmulas mais rígidas e autoritárias.

Veja-se:

Constituição	Artigos	Votação	Quorum
1824	64	—	—
1891	37, § 3º	nominal	2/3 dos presentes
1934	45, § 2º	—	maioria absoluta
1937	66, § 3º	nominal	2/3 dos presentes
1946	70, § 3º	—	2/3 dos Deputados e Senadores presentes
1967	62, § 3º	escrutínio secreto	2/3 dos Deputados e Senadores presentes
EC nº 1/69	59, § 3º	pública	2/3 dos membros de cada uma das Casas

Verifica-se que a Constituição de 1967 adotou o escrutínio secreto para a apreciação dos vetos observando, no particular, o procedimento, sem dúvida, mais compatível com o regime democrático, que permite aos congressistas deliberarem de acordo com suas convicções, sem o temor de represálias ou prejuízos políticos.

Assim sendo, impõe-se o retorno ao modelo preconizado no documento constitucional de 1967.

Quanto ao **quorum** atualmente exigido para a aprovação do projeto e conseqüente derrubada do veto, vale lembrar a situação anteriormente focalizada de um Congresso em que o partido político detentor da maioria, em ambas as Casas, dá o seu apoio ao Governo, tornando praticamente impossível a obtenção do número exigido.

Inadmissível, por outro lado, a manutenção do mecanismo da aprovação por decurso de prazo em relação aos vetos, previsto no § 4º do art. 59,

tendo-se em vista que o expediente implica, na prática, dar ao Presidente da República o poder de sobrepor deliberação sua à vontade soberana dos representantes do povo, consubstanciada na aprovação do projeto de lei.

Diz o § 1º do mesmo art. 59, que se o Presidente da República julgar o projeto que lhe foi enviado para sanção, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, poderá vetá-lo, total ou parcialmente, dentro de 15 dias úteis, contados do dia em que o receber e comunicará ao Presidente do Senado Federal, dentro de 48 horas, os motivos do veto.

A fundamentação da recusa da sanção por inconstitucionalidade do projeto de lei dificilmente ocorre, à vista de que o processo legislativo compreende o controle prévio da constitucionalidade das proposições apresentadas, através das Comissões de Constituição e Justiça existentes em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Isso leva a que o interesse público contrariado venha a ser mais frequentemente invocado para embasar o veto.

A apreciação da ocorrência de interesse público por parte do Presidente da República constitui questão política, situada na esfera de sua discricionariedade, como já foi assinalado, anteriormente, em relação aos decretos-leis.

Hipótese há, contudo, em que a ofensa ao interesse público não pode ou, pelo menos, não deve, por princípio rudimentar de lógica, ser invocada pelo Chefe do Poder Executivo para vetar, total ou parcialmente, projeto de lei: trata-se das proposições de iniciativa do próprio Presidente da República, que lograram aprovação pelo Congresso.

Em outras palavras, é de se presumir que, ao elaborar anteprojeto de lei para, após, submetê-lo ao Legislativo, leve o Presidente da República em consideração o interesse público que deve nortear todas as suas iniciativas no campo legislativo. Em assim sendo, é difícil imaginar-se que, aprovado pelo Congresso projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, venha o mesmo a utilizar-se do veto relativamente a dispositivos por ele próprio incluídos no documento e que, por presunção, já atenderam ao pressuposto do interesse público.

Se o fizer, estará, obviamente, extrapolando os limites da discricionariedade que lhe é reservada, adentrando o campo da arbitrariedade, especialmente se tal ocorrer em atendimento a situações de casuismo político.

#### 4 — O decurso de prazo

O instituto da aprovação de proposições por decurso de prazo acha-se inserido, hoje, em vários dispositivos da Constituição e o seu estudo envolve questão pertinente ao direito, em geral, e relativa à interpretação e às conseqüências dos atos omissivos, ou seja, do silêncio ou inexistência de manifestação expressa.

Constata-se a presença do mecanismo em quatro hipóteses nas quais deve haver deliberação por parte do Congresso Nacional; são elas:

- 1 — licença para processamento criminal de Deputados e Senadores (art. 32, § 2º);
- 2 — projetos de lei de iniciativa do Presidente da República (art. 51 e § 2º);
- 3 — apreciação de decretos-leis (art. 55, § 1º);
- 4 — apreciação do veto (art. 59, § 4º).

Sobre a lentidão com que se desenrola, no âmbito das Casas do Legislativo, o processo de nomogênese, ou seja, de elaboração das leis, tendo como conseqüência a mora das mesmas em relação aos fatos sociais, já foi feita menção, no início deste trabalho.

Algumas razões que explicam essa morosidade foram lembradas, valendo acrescentar, ainda, a falta de repercussão política de que alguns projetos de maior monta se revestem, provocando o desinteresse dos congressistas, sendo exemplo digno de lembrança o projeto do novo Código Civil, que dormita, há vários anos, nas gavetas dos mesmos.

Não se pode condenar de pronto, pois, a introdução desse novo procedimento na mecânica de elaboração legislativa, sendo de se apontar, pelo menos, um de seus aspectos positivos: despertou os brios do Congresso Nacional alertando-o para a importante questão.

Em verdade, o que torna inaceitável o problema dos prazos, nos termos em que se encontra colocado no texto constitucional vigente, é a supressão total da manifestação do Congresso Nacional naquilo que constitui a sua atividade típica e precípua: a função legiferante.

Não se pode conceber, dentro de um Estado que se pretenda democrático, a existência de diplomas legais despidos da legitimação que somente a aprovação do Poder Legislativo pode emprestar.

Urge, portanto, encontrar fórmula capaz de conciliar a utilização dos prazos, na elaboração legislativa, à imperiosidade do pronunciamento do Congresso Nacional sobre as proposições que por ele tramitam.

A inclusão obrigatória do projeto em Ordem do Dia, por 15 sessões ordinárias consecutivas, foi adotada pela Constituição de 1967, relativamente à licença prévia para o processamento criminal dos parlamentares (art. 34, § 2º), enquanto que a Proposta de Emenda Constitucional nº 59/80, antes referida, sugeriu a seguinte redação para o mesmo dispositivo, o § 2º do atual art. 32:

“Se a Câmara respectiva não se pronunciar dentro de 40 (quarenta) dias a contar do seu recebimento, o pedido será incluído na Ordem do Dia, imediatamente após os projetos de lei, os decre-

tos-leis e os vetos com prazos igualmente vencidos, ficando sobrestadas, até a votação do mesmo, todas as demais matérias.”

Note-se, ao ensejo, a ordem de prioridade que a proposta contém, relativamente às matérias submetidas a prazo, em termos de serem examinadas:

1º — os projetos de lei;

2º — os decretos-leis;

3º — os vetos e

4º — os pedidos de licença para processamento criminal de parlamentares.

Qualquer que seja a solução a ser adotada, um ponto parece ser pacífico, se se pretende, efetivamente, a redemocratização do País e a devolução ao Poder Legislativo dos predicamentos sem os quais o mesmo não poderá atuar democraticamente: mantidos os prazos para a elaboração legislativa, em qualquer de suas modalidades, não se pode excluir, em nenhuma hipótese, a deliberação expressa do Congresso Nacional.

Recorde-se, a propósito, a lição de PIMENTA BUENO, ao comentar o dispositivo da Carta Imperial, que tratava do poder de iniciativa do processo legislativo, deferido ao Executivo, através de seus Ministros de Estado, pelo art. 53:

“Para premunir, todavia, a sociedade ou as liberdades públicas de alguma pretensão ministerial que pudesse afetá-las, ou de alguns sacrifícios porventura mais custosos, a Constituição com razão determinou que tais propostas fossem apresentadas na Câmara dos Deputados, fossem por ela examinadas, e só depois disso convertidas em projetos de lei, quando de sua apreciação resulte a convicção da conveniência da medida” (op. cit., pág. 145).

## VI — Conclusão

O tema do presente trabalho vem sendo objeto de estudos e debates, quer no âmbito do próprio Poder Legislativo, como fora dele, por parte de intelectuais, doutrinadores e todos aqueles que, dotados de formação liberal e democrática, se interessam pelo futuro do nosso País.

Várias sugestões vêm sendo feitas no sentido de promover, entre nós, o restabelecimento do prestígio que os Parlamentos costumam desfrutar nos Estados em que se observam os postulados da verdadeira democracia.

Vale destacar, dentre essas, a que preconiza uma maior utilização do mecanismo da delegação de poderes, através de atos específicos e dos quais resultariam as chamadas leis delegadas, previstas no art. 52, da Constituição, e que representam a única exceção prevista à regra geral da indelegabilidade das funções típicas dos três poderes, nos termos do parágrafo do art. 6º

Com isso, argumenta-se, reassumiria o Poder Legislativo a integridade de sua autonomia e prestígio, ficando o Executivo na dependência de um ato expresso de delegação de poderes para o exercício da atividade legiferante.

O Prof. A. MACHADO PAUPÉRIO, em sua obra **Teoria Geral do Estado** (Forense, Rio, 1971, págs. 254/255), estuda o tema, manifestando-se contra os atos de delegação a organismos internos (comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas) sob o fundamento de que “os projetos governamentais exigem técnicos competentes e experimentados e estes, via de regra, não se encontram nas comissões parlamentares ou, pelo menos, são representados por número excessivamente reduzido”.

Sugere o mesmo autor, mais adiante, a constituição de comissões mistas, formadas de elementos parlamentares e extraparlamentares, indicados estes pelo Governo e selecionados entre os muitos especialistas nas matérias de interesse da lei em elaboração.

Favoravelmente à delegação de poderes a comissões do próprio Congresso, como mecanismo de agilização do processo legislativo, manifestou-se, recentemente, o Dr. EDUARDO SEABRA FAGUNDES, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, em depoimento prestado à Comissão Mista incumbida de examinar as propostas de emenda à Constituição relativas às prerrogativas do Poder Legislativo.

O que importa, em conclusão, é alcançar o objetivo maior, representado pelo restabelecimento da plenitude das prerrogativas de que deve estar investido o Poder Legislativo.

E, nesse sentido, mostram-se confiantes o povo brasileiro e seus representantes no Congresso Nacional, dispostos, todos, a dar integral apoio às medidas que visem a assegurar o almejado Estado de Direito no Brasil.

## VII — Bibliografia

ACCIOLI, Wilson — **Instituições de Direito Constitucional**.  
Forense, Rio de Janeiro, 1978.

BARBALHO, João — **Constituição Federal Brasileira — Comentários**.  
F. Briguiet e Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1924.

PAUPÉRIO, A. Machado — **Teoria Geral do Estado**. Forense, Rio de Janeiro, 1971.

PIMENTA BUENO, José Antônio — **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos — Vol. V — Senado Federal, Brasília, 1978.

PINTO FERREIRA — **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. Vol. I, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1971.



# As idéias fundamentais da Constituição de 1891

CLOVIS V. DO COUTO E SILVA

Catedrático de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. A mais importante das Constituições brasileiras foi, decerto, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Não só pela sua longevidade no período Republicano, porque vigorou até o advento da Constituição de 1934, é verdade que com a reforma de 3 de setembro de 1926, a qual em vários lugares emendou a Constituição Republicana, como porquanto se adotaram princípios revolucionários à época e em vigor ainda hoje, como o da Federação, o do presidencialismo, o da separação de poderes, e, com ele, a competência do Judiciário de declarar a *inconstitucionalidade de leis*.

Com a Proclamação da República editou-se o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Nesse decreto esclarecia-se a forma de organização a adotar, a Federação (arts. 1º e 2º). Para deixar bem claro que se substituíam em definitivo o Estado Unitário e Monárquico pelo Republicano e Federativo, o art. 7º dizia expressamente que "sendo a República Federativa Brasileira a forma de Governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem re-

---

Comunicação apresentada no I Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito, realizado em João Pessoa, de 28 de setembro a 3 de outubro de 1960, sob o patrocínio do Governo da Paraíba e da Associação Brasileira de Filosofia Social e Jurídica.

conhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular”.

2. Sob a vigência dessa Constituição, aconteceram os fatos mais marcantes da vida política brasileira, a começar pela Revolução de 1930 em que, por força do art. 1º do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, se determinou que “o Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda a sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do País”. Mas no mesmo passo em seu art. 4º, dispunha que continuavam em vigor as “Constituições federal e estaduais, as demais leis e decretos federais, assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais, todos, porém, inclusive as próprias Constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decretos ou atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um”.

A Constituição que sobreveio foi a de 1934; aliás de vida efêmera, pois em 1937, foi substituída pela denominada Constituição do Estado Novo.

Além da Federação e da República, como foi mencionado, adotaram-se, entre outros princípios, o sistema presidencial, a separação dos poderes, e a faculdade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis, embora seja essa última decorrência do princípio da separação dos poderes.

### I — O “Modelo Interno” da Constituição de 1891

3. O *modelo interno* de uma Constituição, ou o modelo normativo, é o conjunto de princípios adotados pela Constituição, e o modo como se relaciona com o modelo externo ou *descritivo*, isto é, com a organização externa do sistema ou modelo constitucional. O modelo interno é assim o conteúdo, o conjunto das disposições normativas, vinculadas entre si, e o sistema externo, o continente, como se manifestam exteriormente essas disposições constitucionais, com as suas lacunas, que nem sempre se complementam; em outros casos, triunfa a construção, ou interpretação integradora.

Pelo enunciado do decreto do Governo Provisório, resultante da Revolução Republicana, torna-se claro que as idéias fundamentais eram a forma republicana de Governo, o sistema presidencial, e o regime federativo. Esses princípios fundamentais se contrapunham, nitidamente, aos da Constituição até aquela época em vigor: a Constituição Monárquica de 1824. O seu sistema de organização era o do Estado Unitário e as Províncias não detinham

poderes ou uma soberania limitada, que passaram a ter com o advento da Constituição de 1891 e, de alguma forma, permanecem até hoje. Em razão dessas modificações, os autores têm-se inclinado a examinar a influência da doutrina política americana na Constituição de 1891. Seria possível, até certo ponto, falar em recepção de princípios e conceitos. Não se pode dizer, entretanto, na sua generalidade, haver a Constituição de 1891 operado uma recepção das idéias fundamentais da Constituição americana, decorrente da Convenção de Filadélfia, de 1787. E é curioso observar que os conceitos de Federação e da República produziram um resultado bastante diverso em ambos os países. Nos Estados Unidos, as colônias que se reuniam sob o pacto fundamental e assumiam a forma federativa eram consideradas até então como Estados que possuíam grande amplitude de independência, para não dizer que eram Estados independentes. Era necessário, pois, que essas mesmas entidades alienassem em favor da União várias prerrogativas que até então detinham. O aspecto capital estaria em que esses estados praticamente independentes deveriam tornar-se Estados federados. Aos políticos americanos que, à época, cuidaram do problema, não passou despercebida a dificuldade de estabelecer, nessa nova formulação, o *ponto de equilíbrio*, tendendo alguns para uma maior relevância da União e outros, pondo a sua tônica na maior autonomia dos Estados. No particular é conhecida a opinião de HAMILTON, um dos autores do *Federalist*, que tinha certa inclinação para que se atribuíssem à União maiores poderes, porquanto temia que os Estados, demasiadamente independentes, criassem com o tempo problemas tão graves que acabariam por destruir o pacto federativo.

4. Não menor era o número daqueles que viam como melhor a solução contrária; a perda da identidade local e a atribuição à União de parcela ponderável de poderes locais poderiam ensejar lutas fratricidas pela autonomia com a absorção pela União dos Estados e o término do pacto federativo. A solução pareceu estar na teoria dos poderes residuais. Deferiam-se aos Estados todos os poderes que não fossem conferidos expressa ou implicitamente à União. Importaria em afirmar, sob o ângulo jurídico, que os poderes da União deveriam ser interpretados restritivamente, porquanto, fora os poderes explícitos ou implícitos da União, os demais deveriam caber a cada uma das unidades federadas.

5. No Brasil, a situação se apresentava totalmente oposta, porquanto partia-se do Estado Unitário para o Estado Federado, ou seja, os Estados não detinham, salvo em períodos excepcionais ou revolucionários, poderes de soberania; não possuíam nenhuma vivência federativa. Era o Estado central que se cindia e atribuía às antigas províncias poderes que nunca tinham tido, transformando-as em Estados federados. O primeiro problema estaria em saber se os Estados poderiam, no comando dessa nova competência, atribuírem-se formas de organização peculiares diversas da vigente na União e nos diversos Estados. Assim, na verdade, procedeu o Estado do Rio Grande do Sul com a denominada Constituição Positivista, de 14 de julho de 1891, em que o ideário político de AUGUSTO COMTE se transformou em direito positivo constitucional, o que, como se sabe, ensejou várias questões de natureza jurídica e até mesmo a revolução de 1893.

6. O outro problema estaria na concepção do princípio da separação de poderes como elemento constitucional fundamental, como *técnica* de liberdade. É curioso observar como essa concepção francesa que vem de MONTESQUIEU tomou no mundo americano uma outra significação. Diversamente do que se pensava na França, em que a separação de poderes era um limite à função criadora do juiz, nos Estados Unidos não se manifestou essa seqüela prejudicial, sobretudo no trato das questões de direito público. Ao contrário, o Judiciário continuou como era desde sempre com as suas funções criadoras num sistema em que o precedente, o *stare decisis*, é realmente importante, mas que não deve obstruir nem impedir através do exame das *rationes decidendi* e dos *obiter dicta* a superação das regras estabelecidas, quando a mudança das condições sociais e econômicas assim o viesse a exigir. No direito brasileiro, ocorreu exatamente o contrário. Certos de a interpretação cingir-se tão-somente ao texto da Constituição, e como, por outro lado, se chegou mesmo a temer uma espécie de predomínio dos juizes, limitados foram desde sempre os seus poderes. A inclusão dos princípios federativos e republicanos não trouxe, na aplicação, resultados semelhantes aos do Judiciário americano sobre a sua Constituição. Mas já se afirmou que a Constituição organiza os condutos através dos quais se manifesta a Revolução *de cima para baixo*. E que os partidos constituem o elemento necessário através do qual se exprimem politicamente as novas idéias. Uma Constituição minuciosa, porém de repertório modesto de significações, é para logo um convite a que se manifestem forças políticas extraconstitucionais. As forças políticas não radicam tão-somente nos partidos políticos, os instrumentos por excelência das Constituições democráticas. Estabelecidos fixamente os princípios constitucionais, e sendo a sua reforma matéria muito difícil, não raro proliferam as revoluções. Sucede que entre nós, secularmente, houve a prevalência do Executivo sobre o Legislativo.

Muito embora nas monarquias parlamentares diminua o poder do monarca, ele sempre os exerce, ainda que em inferioridade com os do primeiro ministro. Entre nós, passou a constituir o *poder neutro*, que tanto enfatizou BENJAMIM CONSTANT <sup>(1)</sup>.

7. Ainda assim, a transformação da forma monárquica na republicana não se processou em nenhum país de modo fácil. Se observarmos a história de nossa República, que é no fundo a história de muitas sedições e revoluções, não vamos encontrar muita diferença da história da transformação da monarquia na república portuguesa em 1910. Aqui, como lá, essa transformação ocasionou momentos de terrível intranqüilidade, de insatisfação política, e de profunda instabilidade das suas instituições fundamentais. Em ambos os pai-

---

(1) A respeito, vide o ainda clássico ensaio de CARLOS MAXIMILIANO, "Origem e Evolução do Direito Constitucional Brasileiro", in *Comentários à Constituição de 1891*, 1918, págs. 8-127.

Para o exame do constitucionalismo brasileiro, merece, por igual, ser consultado o excelente *Direito Constitucional*, de MARCELLO CAETANO (Forense, 1977), especialmente a Parte III, "As Constituições do Brasil", págs. 466-602.

ses, tudo isso resultou, enfim, em Estados autoritários. No Brasil, houve, ainda sob o império da Constituição de 1891, a Revolução de 1930, que acabaria por transformar o País num Estado autoritário, de que é exemplo a Constituição de 1937, depois da vida efêmera da de 1934. Ainda está por fazer-se o verdadeiro exame da ideologia dessa Constituição, para estabelecer-se, com nitidez e clareza, o verdadeiro tipo de Estado que então se estabeleceu.

A peculiaridade da Constituição de 1937 parece estar na sua natureza corporativa (2), muito embora nunca tenha sido posta em prática. Conforme está nas Disposições Transitórias, com o seu advento (art. 186), decretou-se o *Estado de Emergência* e o Presidente da República assumiu todos os poderes prescritos nos arts. 166 e segs. da mesma Constituição até a realização do plebiscito que nunca se efetuou.

Embora existam entre o Estado Novo brasileiro e o português certas analogias, parece certo que o Estado Novo foi, aqui, muito mais autoritário do que em Portugal (3), mesmo porque o Governo foi exercido permanentemente em estado de emergência (4), e não havia um ideário político de ampla ressonância ideológica baseado numa solução fora das determinadas pelos variados tipos de fascismo, ao contrário do que sucedeu em Portugal.

8. Em razão de todos esses fatores de instabilidade, não coube, talvez, ao Poder Judiciário brasileiro, sob o império da Constituição de 1891, a mesma tarefa e importância que assumiu no desenvolvimento das instituições constitucionais americanas. Faltou, é certo, um corpo de doutrina que realmente pudesse significar senão a opinião de todo o povo pelo menos o das elites, como sucedeu com a Constituição americana que teve atrás de si a contribuição de publicistas notáveis. Tudo isso contribuiu para que a Constituição americana pudesse ter um início bem mais orgânico, do que a brasileira. Posteriormente à República, manifestaram-se dificuldades em encontrar o "ponto de equilíbrio" entre as suas instituições básicas, voltando-se para o lado do autoritarismo em suas mais variadas formas. A aplicação da Constituição também manifestou problemas. O Supremo Tribunal Federal, em vários momentos viu-se forçado a ter que recuar na aplicação das próprias garantias constitucionais. Nesse

---

(2) Conselho de Economia Nacional, arts. 38 e segs., 57 e segs., especialmente art. 61.

(3) Uma interessante análise do Estado Novo português, e de sua Constituição, nos dá FRANCO NOGUEIRA, *Salazar*, vol. II, págs. 14 e segs., 1977, cuja Constituição destrói a substância da democracia parlamentar: a responsabilidade do Executivo perante o Legislativo, o partidário político. Mas conserva o aparato exterior e formal de um regime democrático (pág. 211). Sobre a formação de SALAZAR, católico militante, e conhecedor profundo da doutrina da Igreja, bem como da economia da sua época, veja-se, por todos, GUILHERME BRAGA DA CRUZ (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, vol. I, págs. 639 e segs., Coimbra, 1975).

(4) Ao invés de uma Constituição ainda que apenas formalmente democrática, tivemos permanentemente o Estado de Emergência, editando-se diversos decretos-leis, como o de nº 1.202, de 8 de abril de 1939, que consolida vários aspectos ditatoriais do Estado Novo, inclusive referente aos Governadores de Estado (Interventores). Aliás, a figura do interventor é ainda anterior ao Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, art. 11, que o formalizou.

sentido, pode-se dizer que RUI BARBOSA foi o paladino da Constituição de 1891, não só pela sua participação na Constituinte, como depois como advogado perante o Supremo Tribunal Federal, nas questões de maior importância, e através das quais se fixou o seu conteúdo<sup>(5)</sup>. A criação, por exemplo, de remédios jurídicos novos, como o mandado de segurança a partir do *habeas corpus* à proteção de outros direitos que não o da vida e da liberdade, bem demonstra, é certo, um progressivo aumento na esfera de importância do Poder Judiciário. Mas ainda assim, longe está de representar o mesmo progresso que teve a Suprema Corte no curso de toda a história americana e sobretudo em face do Poder Executivo. Nem sempre a posição da Suprema Corte foi negativa perante as posições do Executivo, mas sempre soube contrabalançar, com perfeição, os interesses da nação com as situações ocasionais da política. Para isso, toda uma técnica de interpretação e de aplicação da Constituição foi-se aperfeiçoando nos Estados Unidos, em que os juizes sempre foram libertos de um místico servilismo à lei. Ao contrário, o direito parece-lhes mais algo proposto do que algo que lhes é dado; mais um início para raciocinar juridicamente do que o término desse mesmo raciocínio. Volta-se sempre ao tema inicial. A formação exegética do brasileiro resultou sempre na dificuldade de dar ao Judiciário maiores poderes ainda quando formalmente se tinha adotado o Estado judicial. E isso é tão certo, ainda quando, só recentemente, em alguns países da Europa se tenha facultado ao Judiciário a declaração de inconstitucionalidade das leis. No Brasil, era doutrina antiga, mas outras definições igualmente importantes dos preceitos constitucionais, talvez pelo sistema externo da própria Constituição, não chegaram a dominar os juizes brasileiros; quem sabe porque o legislador houvesse regulado, minuciosamente, os preceitos, tanto que, muitas vezes, certas disposições careceram de aplicação prática, como sucedeu com a relativa aos poderes implícitos da União<sup>(6)</sup>, pois a competência da União e dos Estados foi disciplinada exaustivamente.

9. Não se deve, porém, exagerar a contribuição dos juizes norte-americanos. Eles nem sempre se manifestam criadores em todos os campos. Um jurista americano consagrado, Prof. JOHN DAWSON, mencionou essa aparente contradição ou ambivalência ao verificar que os juristas da *common law* ao examinar um estatuto, onde se previa uma disposição genérica, uma cláusula geral, contra ela se rebelaram por sua amplitude, esquecidos, talvez, que aquele era o modo de legislar que dera longevidade a alguns institutos de seu sistema constitucional<sup>(7)</sup>.

(5) Aliás, a Justiça era, segundo RUI BARBOSA, a *chave de todo esse problema, o problema da verdade republicana*. Por todos, veja-se o magnífico ensaio de DARIO DE ALMEIDA MAGALHAES, *Rui Barbosa no Supremo Tribunal*, Casa de Rui Barbosa, 1949.

(6) Constituição de 1891, art. 65, nº 2.

(7) *The General Clauses viewed from a Distance*, *Rabel's Z* 41 (1977) págs. 441-456. A formulação genérica dos preceitos na atualidade é importante se com ela se evitar uma *Constituição ideológica*, identificada com idéias políticas radicais, ferindo assim o *princípio de não identificação*, cuja obediência parece ser uma necessidade para uma Constituição realmente democrática.

Todavia, já se afirmou que a Constituição americana é o resultado das decisões de seus juizes, porquanto as proposições mais importantes para a concreção são formuladas com generalidade, isto é, numa *denominação moderna*, e com origem no direito constitucional americano, como verdadeiras *cláusulas gerais*.

## II – O “Modelo Externo” da Constituição de 1891

10. A Constituição de 1891 é, diversamente da Constituição de 1824, uma Constituição secularizada, na qual o Estado e a Igreja estão absolutamente separados. Não se alude, como na Constituição monárquica, que o governante exerce seus poderes *por graça de Deus* segundo a fórmula que vem da Idade Média (8). Em seu lugar, estão os representantes do povo, reunidos em Congresso constituinte. Quanto ao modo de organizar sua matéria, a Constituição Monárquica, no Título 1º, que compreende os artigos 1º a 5º, tratava do Império do Brasil, seu território, governo, dinastia e religião. Nesse lugar, a Constituição Republicana de 1891, no seu Título 1º, exara as regras fundamentais da organização federal (Disposições Preliminares, arts. 1º a 15). O Título 4º da Constituição Monárquica regula o Poder Legislativo e corresponde taxinomicamente à Seção I, do Capítulo 1º, do Poder Legislativo, na Constituição Republicana. Depois, cuida no Título 5º, do Imperador, substituído na Seção II da Constituição Republicana, pelo Poder Executivo. A Constituição Monárquica, no Capítulo III, do Título 5º, dispõe sobre a família imperial, e de sua dotação; no Capítulo IV, da sucessão do Império; no Capítulo V, da Regência na Menoridade ou Impedimento do Imperador; no Capítulo VI, do Ministério; no Capítulo VII, do Conselho de Estado (9), e no Capítulo VIII, da Força Militar. Essas matérias, na Constituição de 1891, estão em parte englobadas, no que eram compatíveis com a forma republicana, na Seção II, do Poder Executivo, que trata, entre outros assuntos, do Presidente da República, do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado. Mas o sistema, que era parlamentar e unitário, passou a ser republicano e federativo. No Título 6º, da Constituição de 1824, alude-se ao Poder Judiciário, dos Juizes e Tribunais de Justiça, nos arts. 151 a 164, que corresponde à Seção III do Título I, do Poder Judiciário, na Constituição de 1891 (arts. 55 a 62) com a diferença de que a magistratura era no

---

(8) É importante lembrar que *Rex Dei Gratia*, na Idade Média, significava que o rei se emancipava do *populus* e reconhecia livremente a Deus como a fonte de seu poder real (veja-se, sobretudo, W. ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Age*, London, 1966, págs. 114 e segs.).

(9) Suprimido pelo Ato Adicional de 1834. Aliás, o Ato Adicional entre outras modificações de importância instituiu a Regência como eletiva e temporária, e também, o que é muito importante, determinou a constituição das Assembléias Legislativas Provinciais.

caso unitária e agora, por força da Federação, tem-se a Justiça Federal. O Título 7º da Constituição de 1824, que trata *Da Administração e Economia das Províncias*, possui o seu equivalente no Título II dos Estados (arts. 63 a 67) da Constituição de 1891. O Título III da Constituição de 1891 cuida dos Municípios; o Título 8º da Constituição de 1824 trata das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros (arts. 173 e segs.) equivalente, no seu lugar, ao Título IV da Constituição de 1891, dos cidadãos brasileiros, Seção I, das qualidades do cidadão brasileiro (arts. 69 a 71); e Seção II, declaração de direitos (arts. 72 a 78). Há, ainda, na Constituição de 1891, o Título V, destinado às Disposições Gerais (arts. 79 a 91), e às Disposições Transitórias (arts. 1º a 8º). Verifica-se, por essa sumária enumeração, que há semelhança com a forma externa da Constituição Monárquica, embora os novos princípios fossem precisamente os opostos.

O modo de legislar, minucioso, com certas modificações de localização da matéria, o sistema externo são, fora de dúvida, o que se estabeleceu na Constituição Monárquica de 1824, a qual externamente deve ter sido o modelo de referência adotado pelos Constituintes de 1891. Na Constituição de 1891, faltam disposições relativas ao modo de tratar a questão social, que então se vinha anunciando em todo o mundo.

11. Observe-se, porém, que a estrutura brasileira à época era agrária como já o fora durante o Império. Foi com a Constituição de Weimar que a disciplina dos problemas sociais resultantes da industrialização assumiu a categoria de preceito constitucional. Antes dela, as Constituições reproduziam o pensamento liberal e tinham sua maior relevância na enumeração dos direitos individuais do cidadão. Os direitos de natureza social ainda não se faziam presentes. O Estado era o Estado liberal, que se caracteriza pelo fato de praticamente tudo ficar como encargo dos particulares, sendo mínima a intervenção do poder público. Ele não era ainda um formador do meio econômico como veio a ser posteriormente à Guerra de 1914.

### III — A Política e a Constituição de 1891

12. Cumpre examinar o aspecto importante de saber como, dentro do sistema legislativo, se comportaram as novas idéias infundidas no corpo da Constituição. Já mencionamos que o estilo de legislar era profundamente dissemelhante ao adotado pela Constituição americana de 1787. A particularidade estava, também, em que no tipo de Constituição aberta, cuja tônica é dada às cláusulas gerais, de que é exemplo o conceito de *due process of law*, é fundamental a posição do Poder Judiciário. No direito brasileiro, a função criadora do Poder Judiciário nunca ultrapassou certos limites. Havia, para isso, toda uma tradição de o Judiciário ser tão-somente um intérprete da lei, não podendo complementá-la em medida relevante, pois a isso se opunha uma concepção estrita da separação dos poderes. Ninguém ignora que na elaboração da Constituição americana, sobretudo no *Federalist*, muito se discutiu a respeito dessa mesma concepção, mas ocorre que lá, de modo diverso do que aqui, ela tomava



um outro significado, e jamais serviu como limite absoluto à faculdade reveladora e criadora do Poder Judiciário, como, aliás, já referimos. Talvez, com certo exagero, afirma um jurista americano, MERRYMAN (10), que o dogma da separação estrita dos Poderes Legislativo e Judiciário e o da submissão do juiz à lei foram das exportações de maior sucesso na história do imperialismo cultural, no mundo do direito civil. Apesar disso, tem-se como certo que as forças internas ao sistema constitucional dependem, sobretudo, de um bem organizado sistema partidário. Na sua falta, cresce de importância o Poder Judiciário, mas este recebe a influência de muitos fatores e também de outros poderes, e nem sempre pode atingir a categoria de elemento fundamental no desenvolvimento harmônico do modelo da Constituição. Na história constitucional americana, salienta-se sempre a função do Poder Judiciário; na atualidade, os teóricos do Estado dão ênfase aos partidos políticos (11), sob pena de os fatores políticos extraconstitucionais, por exemplo, organizações das mais variadas espécies, sindicatos, florescerem para além de suas finalidades, diminuindo a importância dos partidos e, com isso, a longevidade das Constituições. Pense-se num *sindicalismo anárquico e revolucionário, e a sua força destruidora do monopólio político dos partidos.*

13. No direito brasileiro, no período em que a Constituição de 1891 estava em vigor, cumpre salientar a Reforma Constitucional de 3 de setembro de 1926. Mediante essa reforma, procura-se novamente o *ponto de equilíbrio* do federalismo mais decididamente em favor da União, ao ampliarem-se os casos de intervenção nos Estados (art. 6º). Comentando essa disposição, afirma OSWALDO TRIGUEIRO (12): “o que se pretendia impor ao País não era o federalismo dos Estados Unidos ou da Suíça — em que a autonomia jamais foi objeto de contestação — mas o federalismo do México e da Argentina, onde a freqüente e tantas vezes abusiva intervenção do poder federal na vida dos Estados repudia na prática o regime federativo modelado nos textos legais”.

Pois foi essa restrição à autonomia dos Estados uma das causas da Revolução de 1930. Como quer que seja, não se encontrou o *ponto de equilíbrio* no sistema federativo e, curiosamente, a revolução que devia dar maior autonomia aos Estados acabou por estabelecer uma ditadura. Atendendo talvez a uma

---

(10) *Judicial Responsibility in the United States*, Rabel's Z 41 (1977) pág. 333. Não se pode afirmar, porém, que, se a Constituição de 1891 tivesse maior número de cláusulas gerais, as crises políticas não teriam a mesma repercussão, pois poderia o Judiciário, em muitos casos, decidir a controvérsia, tornando problema jurídico mera questão política, como sucedeu nos Estados Unidos, pelo menos na opinião do justice JACKSON: *Struggles over power that in Europe call out regiments of troops, in America call out regiments of lawyers*, in BERNARD SCHWARTZ, *American Constitutional Law*, pág. 207, 1955. O compromisso entre os políticos nos grandes problemas foi que impediu, por vezes, a eclosão de revoluções.

(11) H. KRUGER, *Allgemeine Staatslehre*, § 15, pág. 199, 1964.

(12) *Direito Constitucional Estadual*, Forense, 1980, pág. 32. Nos Estados Unidos com o tempo, sobretudo a partir do *New Deal*, foi necessário abandonar o federalismo clássico (*dual system*) da Constituição de 1787, substituído pelo *federalismo cooperativo*, no fundo pela prevalência da União (vide, por todos, B. SCHWARTZ, *American Constitutional Law*, 1955, págs. 164 e segs.).

idéia que preocupara a ROSSETI, o companheiro de GARIBALDI, de que a monarquia haveria de desaparecer na Federação (13), assim também a Revolução teria pouco tempo de duração se houvesse dado maior autonomia aos Estados (14).

14. O processo político possui desenvolvimento próprio e a sua direção não raro separa-se das motivações e finalidades dos que a fizeram desencadear. Em que se transformou a federação, o sistema presidencial, e a separação dos poderes, que, juntamente com a República, constituíam os princípios fundamentais da Constituição de 1891?

Parece que, num movimento pendular, têm-se alternado o Estado federado e o unitário, o Estado democrático e o autoritário; e até mesmo a supressão de um dos poderes veio a ocorrer. Todavia o povo não pode deixar de obedecer àquilo que substancialmente lhe é peculiar (15) e entre nós isso parece estar no repúdio à tese segundo a qual a conquista dos valores materiais e de segurança deva ter como preço inarredável a privação dos direitos fundamentais do homem (16).

O retorno permanente à democracia (17) constitui a direção fundamental do nosso processo político, independentemente de todos os fatores contrários, especialmente a debilidade de nossos partidos políticos, ou, em geral, a falta de compreensão por seus integrantes de suas finalidades essenciais.

---

(13) LINDOLFO COLLOR, *Garibaldi e a Guerra dos Farrapos*, pág. 22, Civilização Brasileira, 1977.

(14) Na plataforma da Aliança Liberal, entre outros aspectos, criticava-se vivamente o sistema eleitoral, exigia-se o voto secreto, uma justiça eleitoral, e alude-se à questão social, dando-se ênfase na necessidade de uma legislação social. Visava-se, pois, a estabelecer um eficiente sistema partidário, como elemento importante para o funcionamento efetivo da democracia.

(15) MIGUEL REALE, *Política de ontem e de hoje*, pág. 19, 1978.

(16) MIGUEL REALE, *op. cit.* loc. cit.

(17) FERDINAND A. HERMENS ("Return to Democratic Government", in *The Year Book of World Affairs*, 1978, London, págs. 191-207), salienta os riscos da abertura política, em longo ensaio, por força da organização e utilização de termos dúbios, da semântica revolucionária, pelos partidos liberticidas; e a planificação para o *day after* da tomada do poder, o que nunca sucede nas revoluções verdadeiramente democráticas. Por isso, muitas vezes, o processo de abertura ou descompressão pode acabar no seu oposto, em ditadura fortemente ideológica, e o desejado Estado de Direito se transformar em mera legalidade democrática; isto ficou bastante claro quando se votou o nº 4, do art. 3º, da atual Constituição portuguesa, segundo o qual o *Estado será submetido à Constituição e funda-se na legalidade democrática*. O representante socialista, MANOEL ALEGRE, afirmou que o Partido Socialista na clandestinidade utilizou a expressão *Estado de Direito em sua declaração de princípios, mas que a Constituição que estavam a elaborar não poderia consagrar o conceito abstrato de Estado de Direito* porquanto o pacto/plataforma não comporta, antes, pelo contrário, *nega-o, o princípio da divisão e da separação dos poderes essencial ao Estado de Direito* (CALDEIRA-SILVA, *Constituição Política da República Portuguesa*, 1976, "Projectos, Votação e Posição dos Partidos", Lisboa, 1976, pág. 492). Felizmente, a ditadura lá não se instalou.

# Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta

**ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**

Ph.D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati), Ex-Assessor Jurídico da ONU em Genebra, Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

## SUMÁRIO

- I. Observações preliminares
- II. O costume internacional
- III. Os tratados internacionais
- IV. Os princípios gerais do direito
- V. Valor da jurisprudência internacional (decisões judiciais e arbitrais)
- VI. Valor da doutrina
- VII. O elemento de equidade
- VIII. A questão dos atos jurídicos unilaterais
- IX. A questão das resoluções das organizações internacionais

### *I. Observações preliminares*

O problema das “fontes” do direito internacional continua desafiando os teóricos da disciplina. O advento de novos atores no plano internacional tem contribuído para ampliar os modos pelos quais o direito internacional hoje se manifesta. Os autores do passado tendiam a ressaltar a distinção entre as fontes *formais* clássicas e a chamada “fonte” *material*, que era antes o substrato jurídico de que se origina-

vam as fontes externas (costume, tratados etc.) (1). Ainda hoje, talvez o ponto de partida mais conveniente, senão natural, para o estudo da matéria seja o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, virtualmente idêntico ao mesmo artigo do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (2).

Dispõe o art. 38 que, na solução de controvérsias que lhe forem submetidas, a Corte aplicará as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito, acrescidos, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito, das decisões judiciais e da doutrina; é, enfim, facultado à Corte decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem. O histórico legislativo desse dispositivo remonta a 1920, quando uma comissão consultiva de juristas foi nomeada pelo Conselho da Liga das Nações para preparar o projeto para o estabelecimento de uma corte permanente de justiça internacional. A comissão reuniu-se em Haia de 16 de junho a 24 de julho de 1920. O projeto do art. 38 do Estatuto foi redigido pelo Barão DESCAMPS (incluindo tratados, costume, princípios gerais do direito, jurisprudência internacional), e decisivamente discutido, além do autor, por Mr. ROOT e Lord PHILLIMORE (3).

O dispositivo de imediato atraiu a atenção dos internacionalistas, por enumerar "fontes" do direito internacional, chegando mesmo a se tornar alvo de algumas críticas no decorrer dos anos (4). Há, no entanto, que se ter em mente que o art. 38 jamais pretendeu constituir-se em fórmula peremptória e exaustiva das fontes do direito internacional, mas tão-somente em guia à atividade da Corte Internacional (5).

Com efeito, todo o capítulo das "fontes" do direito internacional poderia ser estudado à luz do problema fundamental do *consentimento* no direito internacional. A questão é, como sempre foi, altamente controvertida, não comportando respostas simples, e dependendo em grande parte da formação e premissas orientando cada autor. Cumpre registrar, no entanto, a oscilação entre duas teses opostas, determinada até certo ponto pelas idéias prevalecentes em cada época. Assim, por exem-

( 1 ) GEORGES SCELLE, "Essai sur les sources formelles du droit international", *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Gény*, vol. III, Paris, Rec. Sirey, 1934, pp. 400-430.

( 2 ) Afora pequenas variações de fraseologia (na frase introdutória) e na numeração de parágrafos e subparágrafos; cf. BIN CHENG, op. cit. infra n.º 95, pp. 2 e 21.

( 3 ) Para um estudo recente dos *Procès-Verbaux*, cf. MAARTEN BOS, "The Recognized Manifestations of International Law — A New Theory of (Sources)", *20 German Yearbook of International Law* (1977) pp. 18 e 33-39.

( 4 ) Como, por exemplo, a de que fora muito influenciado por considerações de ordem política, representando um acordo ou compromisso entre as exigências da técnica jurídica e as possibilidades das relações intergovernamentais: G. SCELLE, op. cit. supra n.º 1, pp. 400-430.

( 5 ) MAX SORENSEN, *Les Sources du Droit International*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, pp. 28-33.

plo, em parecer de 1923, no caso da *Carélia Oriental*, a Corte Permanente de Justiça Internacional endossou a tese do consentimento dos Estados como base do direito internacional, ao afirmar ser um princípio básico do direito internacional, que nenhum Estado poderia, sem seu consentimento, ser compelido a submeter suas disputas a mediação, arbitragem ou qualquer outro método de solução pacífica de conflitos internacionais. Posteriormente, porém, no parecer de 1950 sobre a *Interpretação dos Tratados de Paz*, Bulgária, Hungria e Romênia objetaram que, como não haviam consentido na jurisdição da Corte Internacional de Justiça, não poderia esta emitir parecer sobre o caso. A Corte, ao rejeitar tal argumento, observou que o "princípio Carélia Oriental" envolvia investigação dos méritos de uma disputa, ao passo que o presente caso dos *Tratados de Paz* dizia respeito somente ao procedimento para a solução do litígio e não a sua substância. De modo consistente, também no recente caso da *Namíbia* (1971), recusou-se a Corte a aplicar o "princípio Carélia Oriental" em se tratando de parecer, embora se tenha dado ao trabalho de explicar as circunstâncias distinguindo-as das do caso da Carélia Oriental (6).

Há controvérsia perene entre os autores acerca da questão se o art. 38 do Estatuto da Corte de Haia estabelece ou não uma hierarquia de fontes do direito internacional público. A rigor, as dúvidas se aplicariam apenas a tratados, costume e princípios gerais do direito, uma vez que o próprio art. 38 cuida de estabelecer a jurisprudência e a doutrina como meios auxiliares e atribuir função limitada à equidade. Para os que adotam uma fundamentação jusnaturalista do direito internacional, torna-se menos difícil apreender o relacionamento entre princípios gerais do direito, tratados e costume: nessa ótica, tratados e costume seriam atualizações ou positivações dos princípios gerais do direito, adaptadas às situações históricas variáveis (7). Mas esta é apenas uma das concepções existentes (cf. infra). O que pode ser tido como ponto pacífico é que as chamadas "fontes" do direito internacional apresentam-se em constante e dinâmica interação.

Outro ponto que recentemente vem se tornando mais claro, e sobre o qual já existe considerável consenso entre os autores, é a posição proeminente de tratados e costume — desfrutando normalmente de *igual* autoridade — dentre as fontes do direito internacional (8). Houve mesmo quem defendesse a tese de que o costume internacional pode ser

( 6 ) Cf. discussão sobre a questão in D.W. GREIG, *International Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres, Butterworths, 1976, pp. 4-40.

( 7 ) A. TRUYOL Y SERRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Coimbra, A. Amado Ed., 1962, pp. 141-143.

( 8 ) Autores soviéticos chegam mesmo ao ponto de recusar-se a reconhecer quaisquer fontes do direito internacional outras que os tratados e o costume; cf. M. AKKHURST, "The Hierarchy of the Sources of International Law", 47 *British Year Book of International Law* (1974-1975), pp. 273-285. E há autores soviéticos que acrescentam que os tratados prevalecem sobre o Direito Internacional costumeiro por se basearem no acordo expresso dos Estados cf. R. R. BAXTER, op. cit. infra n.º 9, pp. 101-102.

encontrado nos tratados assim como os tratados podem, com o decorrer dos tempos, passar ao direito costumeiro internacional, e mesmo exercer efeitos, *qua* evidência do direito internacional consuetudinário, sobre Estados não-partes contratantes (9). Exceção feita a esse último ponto, que tem sido recentemente contestado (10), é hoje admissível que um tratado se sobreponha a um costume preexistente, assim como que um costume subsequente se sobreponha a um tratado (11). Um tratado multilateral pode refletir a prática dos Estados partes, pode induzir Estados não-partes a se conformarem com alguns de seus dispositivos, pode por sua implementação interagir com a prática dos Estados na formação de novo costume (12).

Também os tratados bilaterais, assim como os multilaterais, podem servir de evidência do direito costumeiro. Por exemplo, tratados bilaterais consulares muito influenciaram o desenvolvimento do direito internacional costumeiro sobre cônsules, hoje codificado na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963; outra ilustração reside na presença da regra do prévio esgotamento dos recursos de direito interno em tratados bilaterais atestando sua validade como regra de direito costumeiro (13).

O papel reconhecidamente preponderante de tratados e costume dentre as "fontes" do direito internacional geral vem sofrendo uma certa revisão no contexto específico das relações interamericanas. Tal revisão tem suas raízes na antiga polêmica acerca da existência ou não de um direito internacional americano. Segundo tese recentemente advogada, no plano das relações interamericanas, diferentemente do que ocorre no direito internacional geral, ao costume estaria reservado um papel secundário entre as fontes (que melhor se integrariam, e.g., através das conferências interamericanas); dentre os numerosos tratados regionais, relativamente poucos foram os que lograram obter o número suficiente de ratificações para entrar em vigor, exercendo papel exíguo na produção de regras jurídicas internacionais, excetuados os chamados trata-

(9) R. R. BAXTER, "Treaties and Custom" 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1970), pp. 31-104; A. D. McNAIR, "Treaties Producing Effects "Erga Omnes", *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II, Milão, Giuffrè, 1957, pp. 23-38.

(10) PH. CAHIER, "Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers", 143 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1974), pp. 589-738.

(11) M. AKEHURST, op. cit. supra n.º 8, pp. 273-285.

(12) R. R. BAXTER, op. cit. supra n.º 9, pp. 31-104. — Sobre a possibilidade de certas normas de Direito Internacional serem convencionais com relação a Estados-Partes de tratados que as contêm, e costumeiras com relação a outros Estados, cf. M. VIRALLY, "The Sources...", op. cit. infra n.º 38, p. 129.

(13) R. R. BAXTER, op. cit. supra n.º 9, pp. 87 e 101. Mas há também que se admitir que os tratados podem ser conflitantes entre si e exercer influência negativa, que a retirada de Estados-Partes também pode ter sua influência, que até mesmo a conduta de não-conformidade dos Estados pode ajudar a limitar ou alterar o direito costumeiro, *ibid.*, pp. 89 e 93.

dos “constitutivos” (14). Em contrapartida, a doutrina, que no direito internacional geral encontra-se relegada a posição bastante modesta, no direito internacional americano tem exercido considerável influência na formação de normas internacionais tanto consuetudinárias quanto convencionais (15). E — elemento ainda mais importante para o estudo das fontes do chamado direito internacional americano — as resoluções ou decisões das Conferências Internacionais, situando-se “a meio caminho entre a convenção e o costume”, constituir-se-iam na “fonte do direito internacional americano por excelência” (16).

Uma derradeira advertência seria pertinente antes de passarmos em revista as categorias de “fontes” do direito internacional individualmente: há exemplos marcantes ressaltando o fato de que a enumeração de “fontes” do direito internacional contida no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, conforme já indicado, não é, como jamais foi ou poderia ser, exaustiva. Assim, no caso da *Barcelona Traction* (Bélgica versus Espanha, Segunda Fase, 1970), a Corte Internacional de Justiça baseou-se em uma miscelânea de jurisprudência arbitral, decisões prévias da própria Corte, tratados bilaterais e multilaterais, e princípios gerais de direito interno para demonstrar que a Bélgica não tinha *standing* para proteger a Companhia *Barcelona Traction*; e anos antes, no caso *Nottebohm* (Liechtenstein versus Guatemala, 1955), a Corte Internacional de Justiça foi encontrar sua evidência de direito internacional costumeiro em decisões arbitrais, decisões de tribunais internos em casos de nacionalidade, doutrina, um dispositivo de seu próprio Estatuto, uma série de tratados bilaterais do século XIX (não mais em força) entre os Estados Unidos e outros Estados, uma convenção pan-americana de 1906, e um tratado de codificação de 1930 (17).

Assim, ocorre, às vezes, na prática, a impossibilidade de se basear uma decisão em apenas uma determinada categoria das fontes oficialmente consagradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de

(14) Como, e.g., a Carta da OEA (com as modificações de 1967), o TIAR (1947), os instrumentos criando o BID (1959) e a ALALC (1960). CÉSAR SEPÚLVEDA, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, México, Ed. Porrúa, 1975, pp. 43-69. O autor é igualmente crítico em relação à atuação dos órgãos da OEA (cf. *ibid.*, pp. 108-110), acrescentando que também a contribuição da jurisprudência arbitral e judiciária é, no contexto das relações interamericanas, bem mais modesta do que talvez o pretendessem os autores de formação anglo-saxônica (*ibid.*, pp. 85-91).

(15) O que talvez se explique pelas “relações peculiares” entre os países latino-americanos e os Estados Unidos, como exemplificado, e.g., pela Doutrina CALVO (de igualdade entre nacionais e estrangeiros em matéria de direitos civis), a Cláusula CALVO (de renúncia à invocação de proteção diplomática), a Doutrina JEFFERSON (sobre reconhecimento de governos), a Doutrina STIMSON (de não-reconhecimento da aquisição de territórios pela força); por vezes, tais doutrinas podem transcender o âmbito regional, como a contribuição da tese de DRAGO (de proibição do uso da força na cobrança de dívidas contratuais de um Estado) para a cristalização do princípio da proibição geral do uso da força nas relações internacionais, hoje consagrado no artigo 2 (4) da Carta da ONU. C. SEPÚLVEDA, *op. cit.* supra n.º 14, pp. 71-84.

(16) *Ibid.*, pp. 94-95.

(17) *Cit.* in R. E. BAXTER, *op. cit.* supra n.º 9, pp. 36-37.

Justiça. Outra ilustração reside na transformação do velho princípio pelo qual reservas a um tratado multilateral só seriam admissíveis se aceitas por todas as demais partes, princípio este que hoje perdeu praticamente sua validade. Para esta mudança de posição, contribuíram, conjuntamente, um parecer da Corte Internacional (de 1951, caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*), uma resolução da Assembleia-Geral da ONU sobre reservas a convenções multilaterais (Resolução 598 (VI), de 12 de janeiro de 1952, contendo instruções ao Secretário-Geral e recomendação aos membros), o trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU e os arts. 19-23 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ainda não em vigor) <sup>(18)</sup>. Tendo isto em mente, talvez se possa concordar com a sugestão de que, ao invés de se classificar abstratamente as modalidades de fontes, mais apropriado seria examinar o *corpus* global de "autoridade juridicamente significativa para uma determinada decisão"; o art. 38 do Estatuto da CIJ representaria, pois, ao invés de enumeração exaustiva das "fontes", provavelmente nada mais do que "um catálogo descritivo com razoável grau de exatidão histórica" <sup>(19)</sup>.

Dos exemplos acima se pode, ademais, depreender que as "fontes" do direito internacional não são categorias estáticas: encontram-se em constante e dinâmica interação, não se exaurindo em classificações teóricas que refletem tão-somente os meios de manifestação do direito internacional prevalentes em determinado momento histórico.

## II. O costume internacional

O próprio art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça qualifica devidamente o costume internacional ao referir-se a ele como "prova de uma prática geral aceita como sendo o direito". Donde os dois elementos clássicos constitutivos do costume: o elemento objetivo, representado pela própria prática internacional, e o elemento subjetivo, a *opinio juris sive necessitatis*, i.e., a convicção de que tal prática é de direito e aceita como tal. Tal configuração do costume internacional é ainda a predominantemente aceita em nossos dias.

No entanto, foi ela alvo de crítica contundente por parte de KELSEN e seus seguidores (a escola da "teoria pura do direito"), endossada por GUGGENHEIM, no sentido de que o elemento objetivo seria suficiente para criar o costume como fonte de direito, uma vez que o elemento subjetivo da *opinio juris* seria de difícil comprovação além de pressupor a existência de uma regra de direito autônoma que tampouco poderia ser provada; somente a doutrina voluntarista poderia sustentar que a vontade comum dos Estados seria o fundamento último do direito internacional, mas surgiria então o problema dos Estados terceiros que não aceitaram explícita ou implicitamente determinada regra costu-

(18) Cit. in CH. SCHREUER "Recommendations and the Traditional Sources of International Law", 20 *German Yearbook of International Law* (1977), p. 113.

(19) *Ibid.*, pp. 113-114. Sobre a atividade da Corte Internacional de Justiça com base em decisões de organizações internacionais, cf. observações *infra*.



meira <sup>(20)</sup>. Tal doutrina tornaria evidentemente supérfluo o costume como fonte autônoma do direito internacional, e o processo de formação da norma costumeira só se materializaria mediante uma ficção, a de uma norma preestabelecida, elemento impossível de se provar — o que levaria necessária e fatalmente à renúncia ou rejeição do elemento subjetivo do costume (*opinio juris*) <sup>(21)</sup>.

Por outro lado, muitos autores consideram útil ou necessário o conceito de *opinio juris* como meio de se provar a existência de certas normas costumeiras, insistindo na necessidade e relevância do elemento psicológico na formação do costume quando, e.g., os Estados disputam o conteúdo do direito consuetudinário <sup>(22)</sup>. É possível que a interação de reivindicações rivais por parte dos Estados venha a atuar no sentido de formação do costume internacional <sup>(23)</sup>. A esse propósito, uma corrente de pensamento que floresceu recentemente nos Estados Unidos sustenta que um *claim-oriented approach*, além de estender maior força de persuasão à repetição de certos atos no plano internacional, implicaria em simplificação da teoria do costume, ao demonstrar que, por exemplo, em situações de conflito ou negociação, tenderia a prevalecer a parte que apresentasse o argumento mais forte (não necessariamente a que tentasse tão-somente se conformar com o que o mantiveram os teóricos do direito internacional) <sup>(24)</sup>.

Já se destacou como traço característico do direito costumeiro internacional sua formação não pela repetição de atos que visem necessária e expressamente a criação do direito internacional, mas sim por uma apreciação baseada na observação criteriosa da conduta dos Estados no plano internacional <sup>(25)</sup>. No plano teórico, há também que se registrar

(20) Cf. observações infra a esse respeito.

(21) PAUL GUGGENHEIM, "Les deux éléments de la coutume en droit international", *La Technique et les Principes du Droit Public — Etudes en l'Honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 275-284.

(22) ANTHONY A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, pp. 242 n.º 28, e 74. Cf. também JOSEF L. KUNZ, "The Nature of Customary International Law" 47 *American Journal of International Law* (1953), p. 665.

(23) D. W. GREIG, *op. cit.* supra n.º 6, p. 19.

(24) A. A. D'AMATO, *op. cit.* supra n.º 22, pp. 271-272.

(25) MAX SORENSEN, *op. cit.* supra n.º 5, p. 85; H. W. BRIGGS, "The Colombian — Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law", 45 *American Journal of International Law* (1951), p. 729. Há os que sustentam a contribuição dos ordenamentos tanto internacional quanto interno para a criação de normas consuetudinárias, como ilustrado, *inter alia*, por certos documentos históricos de direito interno (ordenações) na regulamentação da guerra marítima, pela contribuição de sentenças de tribunais nacionais de presas na formação do direito do mar; cf. GERSON DE B. M. BOSON, "Fontes do Direito Internacional", 8 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1956), pp. 23-24. Ainda no tocante à *opinio juris*, quer se aplique o termo à "convicção" dos Estados, quer se aplique às declarações do Estado como pretende M. AKERHURST (*op. cit.* infra n.º 39, pp. 36-37), tal distinção parece irrelevante, dado que é normalmente a partir das declarações e notas oficiais dos Estados que se tenta deprender e identificar suas "convicções". Para uma discussão teórica recente sobre o elemento da *opinio juris*, cf. R. M. WALDEN, "Customary International Law: A Jurisprudential Analysis", 13 *Israel Law Review* (1978), pp. 86-102.

a tentativa de ROBERTO AGO de explicação de um direito internacional costumeiro "espontâneo" (26), a que se opôs JOSEF KUNZ (27).

O problema dos elementos constitutivos e processo de criação de regras costumeiras foi amplamente debatido diante da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lotus* (1927), que opôs a França à Turquia. A disputa originara em uma colisão no alto-mar entre o navio francês *Lotus* e o navio turco *Boz-Kourt*, afundando este último e desaparecendo oito cidadãos turcos; ao chegar o *Lotus* em Constantinopla, seu oficial e o capitão do *Boz-Kourt* foram presos e incriminados; o oficial francês contestou a jurisdição da corte criminal de Istanbul. Levado o caso à Corte Permanente de Justiça Internacional, opinou esta que a Turquia não violara os princípios de direito internacional, pois não havia norma que impedisse a Turquia de agir como agiu. No decorrer do processo diante da Corte de Haia, de início o Governo turco argüiu, em seu memorial, que o costume internacional deve refletir o sentimento geral dos membros da "sociedade internacional"; ser aplicado uniformemente; ser suficientemente antigo, estável e constante, tendo ademais um caráter de reciprocidade; faltando uma dessas condições, não estaria configurado o costume como "fonte" do direito internacional.

O Governo francês, a seu turno, invocou precedentes para defender a tese do caráter territorial da jurisdição do Estado, no que foi contestado pelo Governo turco que, advogando concepção voluntarista do direito internacional, argumentou que o costume não poderia se aplicar necessariamente a todos os Estados — que não contribuíram para sua formação ou a ele não aderiram — independentemente de sua vontade. Em seus argumentos orais, o representante francês (BASDEVANT) defendeu a tese de que havia uma prática *negativa* bem estabelecida pela qual não se persegue o suposto autor de um abaloamento em país outro que o do pavilhão, e tal prática refletia um *consensus gentium*, a opinião comum dos Estados. Contestando, o agente turco (ESSAT BEY) argüiu que, para impedir os Estados de exercer sua jurisdição, uma abstenção apenas — o ponto de vista de um Estado apenas, no caso a França — não bastaria: na ausência de dispositivos convencionais estabelecendo uma regra relativa a perseguições penais em abaloamentos no alto-mar, caberia examinar se tal princípio houvera sido estabelecido pelo costume internacional, e este só se configuraria através de manifestação coletiva, repetida, recíproca da vontade dos diversos Estados atuando no plano internacional.

Em seu julgamento, a Corte Permanente de Justiça Internacional enfatizou o elemento da vontade dos Estados independentes na forma-

( 26 ) I.e., a internacionalidade de uma norma resultaria de sua natureza e não necessariamente do caráter de sua "fonte", pois poderiam elas surgir "espontaneamente"; cf. comentários in J. J. LADOR-LEDERER, "Some Observations on the "Vienna School" in International Law", 17 *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1970) pp. 137-138.

( 27 ) Cf., e.g., J. L. KUNZ, "The Nature of Customary International Law", 47 *American Journal of International Law* (1953) pp. 664-665.

ção de regras internacionais convencionais e costumeiras, e admitiu que, na prática, os Estados de fato freqüentemente se abstiveram de exercer perseguições penais, mas — acrescentou a Corte significativamente — somente se tais abstenções houvessem sido motivadas pela *consciência de um dever de se abster* é que se poderia conceber a configuração de um costume internacional nesse sentido, a ser levado em conta no caso em questão (28). Em voto dissidente, o Juiz NYHOLM ressaltou que o exame ou busca de uma regra de direito internacional comporta uma investigação da maneira pela qual o costume nasce e se cristaliza em “fonte” do direito internacional; sua relevância é acentuada pela ausência de um legislativo internacional, e é pela repetição contínua de certos atos que começa a manifestar-se uma consciência jurídica internacional (29).

O que parece transparecer da decisão da Corte e do processo no caso *Lotus* é uma importância atribuída em princípio ao elemento subjetivo do costume, a *opinio juris sive necessitatis*. É indubitável que o voluntarismo se fez presente no julgamento da Corte, parecendo sugerir uma penetração do pensamento positivista no raciocínio de seus juizes. Um exame desse ponto escaparia aos propósitos do presente estudo; cumpre-nos, no entanto, registrar a tendência mais recente da Corte de se distanciar, e mesmo desvincular-se, da outrora prevalecente concepção voluntarista do direito internacional (30). Ainda no tocante à *opinio juris*, mesmo nas proposições de princípio da Corte no caso *Lotus* (supra), verifica-se uma certa cautela no sentido de evitar asserções categóricas sobre a existência ou não do elemento psíquico do costume nas circunstâncias do caso. Tal ponto conduz a outro problema de capital importância, o da *prova do costume*, que anos depois se tornaria alvo de atenção da Corte Internacional de Justiça no caso do *Asilo* (Colômbia versus Peru, 1950) (31).

Na ocasião, *inter alia*, a Colômbia invocou a existência de um pretenso costume regional ou local, do chamado direito internacional ame-

( 28) Cf. materiais reproduzidos in: K. MAREK, *Répertoire des Décisions et des Documents de la Procédure Ecrite et Orale de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice*, Vol. 2: *Les Sources du Droit International*, Geneva, I.U.H.E.I., 1967, pp. 801-831.

( 29) Tanto o Juiz WEISS quanto o Juiz ALTAMIRA (dissidentes) ressaltaram o consentimento geral como elemento necessário à formação de regras costumeiras; acrescentou ALTAMIRA que não se pode elevar à categoria de costume (*per se* um fato positivo) a inexistência da repetição de atos mais ou menos numerosos (abstenção) geralmente considerados necessários ao estabelecimento de uma regra costumeira; cf. *ibid.*, pp. 801-831.

( 30) Cf. observações e referências (à jurisprudência da Corte) *infra*, a propósito do *ius cogens*.

( 31) Os fatos são conhecidos: em suma, após rebelião no Peru em 1948, foi ordenada a prisão de HAYA DE LA TORRE, que procurou asilo na Embaixada colombiana em Lima. A Colômbia concedeu-lhe asilo diplomático e solicitou salvo-conduto ao Peru, que contestou a medida. Levado o caso à Corte Internacional de Justiça, decidiu esta que a concessão do asilo não estava em conformidade com a Convenção de Havana de 1928; no ano seguinte (1951) a Corte proferiu nova sentença sobre o caso.

ricano, contestado pelo Peru. A Corte, sobre este ponto específico, decidiu que diante de tantas incertezas e aparentes contradições (quanto ao exercício do asilo diplomático), era-lhe impossível constatar a existência de um costume constante e uniforme, aceito como de direito; fazendo abstração do elemento psíquico do costume, salientou a Corte que cabe à parte que invoca um determinado tipo de costume e nele se baseia provar que ele efetivamente existe (32). Quanto aos meios de comprovação de um costume, o direito internacional contemporâneo parece admitir várias formas de prova e liberdade de apreciação (33). E há considerável *corpus* de jurisprudência internacional, prática dos Estados e doutrina endossando o princípio da divisão ou distribuição do ônus da prova (quanto a determinadas exceções preliminares) entre as partes litigantes no processo legal internacional (34).

Já se caracterizou o direito internacional consuetudinário como "a generalização da prática dos Estados" (35), comportando variações e matizes de Estado a Estado, e mesmo uma certa distância entre os pronunciamentos oficiais dos canais competentes dos Governos e as linhas de conduta de política externa efetivamente adotadas e seguidas pelas chancelarias (36). Surge aqui um problema contemporâneo, próprio à época da descolonização, qual seja, o de se determinar a aplicação ou não do direito costumeiro internacional aos novos Estados recém-emancipados politicamente. A questão é controvertida, circundada de incertezas. Se se aplicasse a teoria positivista do consentimento como fundamento último do direito internacional, sérias dificuldades surgiriam, pois só as normas com as quais concordassem inteiramente os novos Estados ser-lhes-iam automaticamente obrigatórias; ora, sabe-se que na prática os Estados nem têm preferido, ao invés de tentar rejeitar precipitada e irrealisticamente certas normas que possam vir a ser-lhes adversas, admitir sua existência e tentar modificá-las o mais

(32) Cf. observações in PAUL GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, Genebra, Libr. Univ. George & Cie., 1953, pp. 46-48 e 506; cf. também H. W. BRIGGS, *op. cit.* supra n.º 25, pp. 728-731.

(33) Cf., e.g., PAUL GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, 2.ª ed. rev., Genebra, Libr. Univ. George & Cie., 1967, p. 105; cf. também M. SORENSEN, *op. cit.* supra n.º 5, p. 209; ROGER PINTO, "L'organisation judiciaire internationale", *Juris-Classeur de Droit International*, fascicule 248, 1961, p. 8. Quanto aos elementos para a comprovação do costume no plano internacional, cf. o valioso memorando do Secretário-Geral da ONU, *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available*, N. Y., U.N. publ. n.º 1949-V-6, 1949, pp. 3-114.

(34) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law", *9 Droit international et comparé — RDH/HRJ* (1976) pp. 81-121.

(35) Cf. *cit.* in CLIVE PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, University Press/Oceana, 1965, pp. 58 e 62, e cf. pp. 56-62.

(36) CLIVE PARRY, "The Practice of States", *44 Transactions of the Grotius Society* (1958-1959) pp. 167 e 159, e cf. pp. 145-186. Sobre as dificuldades na avaliação da prática dos Estados como "evidência" do Direito Internacional consuetudinário, cf. J. L. KUNZ, *op. cit.* supra n.º 22, pp. 667-668.

rápida e eficazmente através de sua atuação nesse sentido em foros internacionais como a Assembléia Geral da ONU (37).

VIRALLY observa pertinentemente que "não há, com efeito, nenhum exemplo na prática moderna em que reservas tenham sido feitas à aplicação de regras do direito internacional geral. Por outro lado, o surgimento de muitos Estados novos com idéias jurídicas distintas e práticas diferentes pode acarretar mudanças apreciáveis e rápidas no direito internacional por meios normais para a formação de costume" (38).

Tem-se recentemente realçado um ponto comum aos dois problemas, o da prova do costume e o da aplicação ou não de normas costumeiras aos novos Estados, a saber, a própria *relatividade* da prática dos Estados. Conforme já visto, a prova do costume pode tornar-se relevante especialmente no tocante ao costume regional (caso do *Asilo*, supra). Mas grande parte do registro da prática dos Estados encontra-se guardada e não examinada nos arquivos diplomáticos, dificultando assim a prova da existência de regras costumeiras. O que não dizer da prática dos Estados recém-emancipados politicamente, no mais das vezes não publicada, e mesmo inexistente sobre determinadas questões de direito internacional! A prova do costume internacional torna-se, assim, uma questão relativa e não absoluta, e o Estado que puder citar mais precedentes levará vantagem sobre seu oponente, independentemente da modalidade de solução pacífica da controvérsia (39).

Estados que não disponham de diplomatas e juristas com conhecimento especializado das "fontes" do direito internacional e com total acesso e disponibilidade para um exame cuidadoso das evidências — por vezes conflitantes — do direito costumeiro, terão que se contentar com a citação de documentos mais facilmente acessíveis, como tratados bilaterais e multilaterais, resoluções da Assembléia Geral da ONU, resoluções de associações científicas como o *Institut de Droit International* e a *International Law Association* (40). É inevitável que Estados constantemente atentos aos seus interesses em diversas partes do mundo e que publiquem periodicamente os dados de sua prática internacional (e. g., em forma de digestos) exerçam maior influência no desenvolvimento do direito costumeiro do que outros, não por ser sua prática

(37) Os novos Estados têm, efetivamente, feito largo uso da Assembléia Geral da ONU, em áreas como, e.g., a da soberania permanente sobre os recursos naturais, a da exploração do espaço cósmico, a de regulamentação das atividades das corporações transnacionais, a da descolonização; cf. D. W. GREIG, *op. cit. supra* n.º 6, pp. 28-30; A. A. OANÇADO TRINDADE, "Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo", 24 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1976), pp. 123-158.

(38) MICHEL VIRALLY, "The Sources of International Law", *Manual of Public International Law* (ed. Max Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 138-139.

(39) MICHAEL AKENHURST, "Custom as a Source of International Law", 47 *British Year Book of International Law* (1974-1975) pp. 13-14 e 18-19.

(40) Cf. *ibid.*, p. 51.

“intrinsecamente mais importante” do que a dos demais, mas pela publicidade e divulgação que lhe são dadas (41).

Outro problema relativo ao costume internacional é o da criação mais ou menos “imediate” de normas costumeiras em áreas novas do direito internacional em que não havia regulamentação alguma anteriormente. Fornecem exemplo marcante as resoluções 1721 (XVI), 1802 (XVII), 1962 (XVIII) e 1963 (XIX) — particularmente a 1962 (XVIII) — da Assembléia Geral da ONU sobre a exploração e uso do espaço, resultantes em grande parte de um acordo tácito entre os dois principais atores espaciais, e que vieram a refletir, no dizer de alguns autores, um “costume incipiente” (inchoate custom) sobre a matéria (42).

As resoluções 1721 (XVI), de 20 de dezembro de 1961, e 1962 (XVIII), de 13 de dezembro de 1963, são hoje aclamadas como o “capítulo inicial” do tratamento do direito espacial contemporâneo. Sabe-se, hoje, porém, que o “acordo” entre as duas superpotências — EUA e URSS — que possibilitou a adoção de tais resoluções não passou sem controvérsia: quanto à forma de tal “acordo”, enquanto a União Soviética preferia um tratado, os Estados Unidos insistiam em uma resolução da Assembléia Geral, fórmula esta que a União Soviética foi finalmente persuadida a aceitar, dado o procedimento complicado e politicamente incerto da conclusão de tratados de acordo com o direito constitucional norte-americano (43). Em artigo sobre a questão publicado em Nova Délhi, BIN CHENG sugeriu a imaginativa expressão, que hoje já se tornou célebre, “direito costumeiro imediato” (instant customary law), para a atividade regulamentadora acima mencionada (44).

Assim como GUGGENHEIM anteriormente propusera a rejeição do elemento subjetivo (*opinio juris*) do costume internacional, BIN CHENG, à luz dos desenvolvimentos no direito espacial, sugeria por outro lado que o direito internacional consuetudinário tinha na realidade apenas um elemento constitutivo, a *opinio juris*, pois é a prática geral aceita como de direito que fornece evidência da regra costumeira e não vice-versa. Como no plano internacional os Estados são até certo ponto criadores das normas que regem o convívio internacional, argumenta o autor, tais normas devem ser tidas por obrigatórias ainda que venham existindo por período de tempo bastante curto; da *opinio juris communis* adviria assim o “direito internacional costumeiro imediato”, e as resoluções da Assembléia-Geral da ONU, como a 1721 e a 1962 (tecnicamente não obrigatórias), desempenhariam a função de identi-

(41) *Ibid.*, p. 23. Admite o autor que mesmo as *retivindicações* avançadas pelos Estados no contexto de casos concretos podem contribuir para a formação de novas regras do direito costumeiro; *ibid.*, p. 5.

(42) G. ARANGIO-RUIZ, “The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations”, 137 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) p. 525.

(43) BIN CHENG, *op. cit. infra* n.º 44, pp. 23-33.

(44) BIN CHENG, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, 3 *Indian Journal of International Law* (1965) pp. 23-48.

ficar a *opinio juris* latente dos Estados-Membros da ONU e delinear a existência e conteúdo das novas normas costumeiras, contra as quais não poderiam os Estados-Membros de boa fé se investir. Assim, o costume, constituído apenas pela *opinio juris communis* ou *generalis* dos Estados (elemento realçado pela própria Corte de Haia nos casos *Lotus* e do *Asilo*, supra), pode não somente surgir “imediatamente” — como no caso das resoluções 1721 e 1962 —, como também se modificar em qualquer época (45).

A despeito de sua originalidade, tal construção vem muito recentemente sendo alvo de críticas. Segundo estas, resoluções da Assembléia Geral da ONU (como as citadas acima) não poderiam *per se* constituir-se em direito internacional costumeiro, pois, dado seu caráter recomendatório, não poderiam tornar-se obrigatórias aos Estados-Membros da ONU. Assim, a expressão “direito costumeiro imediato” mostrar-se-ia contraditória, e melhor seria concentrar em outros meios para explicar a influência de tais resoluções da ONU do que “falsificar o costume” para esse propósito (46). No entanto, a natureza jurídica e os efeitos dos atos das organizações internacionais, assim como a contribuição da jurisprudência internacional para a formação de regras costumeiras, serão mais adequadamente analisados *infra*.

### III. Os tratados internacionais

O crescimento impressionante somente da *United Nations Treaty Series* já seria suficiente para atestar a grande importância da utilização de tratados na prática internacional e das regras deles derivadas para o direito internacional contemporâneo; apenas na primeira década coberta pela UNTS, que se estende de 1945 a 1955, foram editados 225 volumes contendo 3.633 tratados registrados e publicados pelo Secretariado da ONU; já em meados de 1963 a coleção havia atingido 470 volumes contendo 7.420 tratados registrados (47). Diferenças de enfoque surgem, no entanto, no tratamento dos tratados como “fonte” do direito internacional.

Enquanto alguns autores britânicos, por exemplo, tendem a manter que os tratados não são “fontes” do direito internacional mas sim fontes de obrigações (FITZMAURICE, PARRY), certos autores continentais discordam de tal ponto de vista (VERDROSS); em posição intermediária entre as escolas britânica e continental, MAARTEN BOS propõe, em estudo recente, que os tratados são “fontes” do direito internacional

(45) Sugere ainda BIN CHENG que, no caso das resoluções espaciais da ONU, tudo indicava que os Estados Unidos admitiam que um “direito costumeiro imediato” pudesse ser criado por meio de resoluções adotadas unanimemente pela Assembléia Geral da ONU. Mesmo assim, o autor acaba por admitir que, a longo prazo, o método convencional de se criar o Direito Internacional pela conclusão de tratados permanece o mais indicado ou apropriado, o mais certo e o menos controverso. Cf. BIN CHENG, *op. cit.* supra n.º 44, pp. 23-48. Cf. também I. HERCZEG, “Space Treaties and Law-Making Process in International Law”, *Questions of International Law* (ed. Hungarian Branch of the International Law Association), Budapeste, Progressprint, 1971, pp. 51-63, *esp.* p. 53.

(46) MAARTEN BOS, *op. cit.*, supra n.º 3, pp. 27 e 68.

(47) Dados cit. int M. VIRALLY, *op. cit.*, supra n.º 38, p. 123.

desde que aumentem ou codifiquem o *corpus* de regras já existentes, e são fontes de obrigações quando, ao contrário, desempenham a função de um contrato no direito interno moderno (48).

Não caberia, em capítulo dedicado às "fontes" do direito internacional, descer a detalhes do direito dos tratados, como fazem alguns manuais de direito internacional; as considerações que se seguem se restringem a pontos básicos diretamente pertinentes ao estudo das "fontes". O primeiro deles não poderia ser outro que o do relacionamento próprio entre os tratados e a noção de soberania estatal. Assim, no caso do *WIMBLEDON* (julgamento de 17 de agosto de 1923), a Corte Permanente de Justiça Internacional esclareceu que a conclusão de um tratado, qualquer que seja ele, jamais implica em abandono da soberania do Estado: a faculdade de contrair compromissos internacionais e seu fiel cumprimento constituem precisamente atributos da soberania do Estado. Esta não pode ser invocada de encontro ou choque com obrigações convencionais; a jurisprudência internacional aponta no sentido de que os dispositivos do direito interno ou constitucionais não podem ser invocados para evadir obrigações internacionais prevalecendo sobre dispositivos de tratados em vigor. É este um princípio que rege as obrigações internacionais, um princípio de responsabilidade internacional e mesmo de direito costumeiro: um Estado *não* pode evadir-se de suas obrigações internacionais sob o pretexto de sua pretensa incompatibilidade com o seu ordenamento jurídico interno (ou quaisquer atos legislativos ou executivos) (49).

Pode-se mesmo acrescentar que hoje a idéia de soberania não exerce influência de peso na *interpretação* de tratados (50), exceto talvez na chamada regra da interpretação restritiva; mas mesmo essa regra encontra-se em processo de franco declínio, senão de desaparecimento. O que a esse respeito se deve ter em mente é que toda obrigação convencional limita os poderes soberanos de *ambos* ou *todos* os Estados partes, e se tal regra de interpretação restringisse uma parte contratante, teria o efeito de restringir igualmente as demais partes, o que pareceria um absurdo (51).

(48) MAARTEN BOS, *op. cit.*, supra n.º 3, pp. 20-24.

(49) LORD McNAIR, "Treaties and Sovereignty", *Symbolae Verzijl* (présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXème anniversaire), Haia, M. Nijhoff, 1958, pp. 222-237; K. MAREK, *Répertoire...*, *op. cit.* supra n.º 28, pp. 623-674; ROBERTO AGO, "Third Report on State Responsibility", *Year book of the International Law Commission* (1971) — II, Parte I, pp. 226/233. Na disputa franco-britânica acerca dos *Decretos de Nacionalidade em Túnis e Marrocos* (1923), a Corte Permanente de Justiça Internacional estipulou que a competência em princípio exclusiva dos Estados em matéria de nacionalidade poderia vir a ser limitada por compromissos assumidos com outros Estados por meio de convenções internacionais; nesse caso, a competência do Estado, em princípio exclusiva, encontrar-se-ia limitada pelas regras de direito internacional; cf. K. MAREK, *op. cit.* supra n.º 28, pp. 623-674.

(50) Cf. as regras de interpretação contidas nos arts. 31-33 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, de 1969, e comentários in M. K. YASSEEN, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", 151 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1976) pp. 9-112.

(51) LORD McNAIR, *op. cit.* supra n.º 49, pp. 222-237, esp. pp. 236-237.



Voltando às observações iniciais deste estudo, é pertinente observar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) não dispõe sobre o direito que rege a obrigação internacional dos Estados, mas sim sobre os instrumentos incorporando tais obrigações, quais sejam, os tratados. Ademais, preocupada com problemas práticos, a Convenção rejeita as classificações abstratas de tratados, tão comuns no passado (como, e.g., a distinção entre *traité-contrat* e *traité-loi*)<sup>(52)</sup>. Das oito partes e anexo componentes da Convenção de Viena, destacam-se as Partes I-IV (artigos 1-41) como representativas do direito e prática internacionais existentes sobre a matéria, e a Parte V (artigos 42-72), sobre nulidade, terminação e suspensão de aplicação de tratados, como refletindo o “desenvolvimento progressivo” do direito internacional<sup>(53)</sup>.

A Convenção de Viena considera “tratado” um termo genérico (abrangendo, e.g., “acordo, ato, carta, convenção, pacto” etc.), significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular. Não há formas prescritas (excluindo-se apenas acordos orais, embora até estes possam ter força jurídica), podendo o tratado comportar mais de um instrumento. Hoje, curiosamente, refere-se até mesmo ao “pacto de cavalheiros” (*gentlemen's agreement*) — colocado em evidência pelos trabalhos correntes da III Conferência da ONU sobre o Direito do Mar — como “fonte” do direito internacional<sup>(54)</sup>.

Somente tratados entre Estados recaem no âmbito da Convenção de Viena (art. 1º), o que é surpreendente depois de ter a Corte Internacional de Justiça estipulado, em 1949, no caso das *Reparações de Danos*, serem as organizações internacionais (no caso, a ONU) dotadas de personalidade jurídica no plano internacional. No transcorrer da

(52) S. ROSENNE, “Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties”, *Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, pp. 202-227.

(53) Sobre a Convenção em geral, cf.: I. M. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 1-145; G. E. do NASCIMENTO E SILVA, *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, ed. Ministério das Relações Exteriores 1971, pp. 11-88; P. REUTER, *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, Paris, Libr. Armand Colin, 1970, pp. 5-89; E. de LA GUARDIA e M. DELPECH, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, pp. 1 ss.; e cf. os preciosos comentários da Comissão de Direito Internacional da ONU, in: *International Law Commission Reports* (1966) pp. 10 ss.

(54) P. M. EISEMANN, “Le Gentlemen's agreement comme source du droit international”, 106 *Journal du Droit International* (Clunet) (1979) pp. 326-349. O autor caracteriza o “pacto de cavalheiros” como um compromisso voluntariamente assumido pelos Estados, quando muito com efeitos jurídicos incompletos, coberto pelo princípio da boa fé e de significação sobretudo política. Recentemente, o *gentlemen's agreement* foi também utilizado na sessão de 1977 da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável nos Conflitos Armados (cf. *ibid.*, pp. 335-336). Para EISEMANN, cumpre estudar o “pacto de cavalheiros” no capítulo das fontes do Direito Internacional principalmente ao se considerar o “dogmatismo do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça” e sua incapacidade de abranger o conjunto de atos normativos que contribuem para a formação das regras do Direito Internacional, *ibid.*, p. 326.

Conferência de Viena de 1968-1969, tal exclusão causou estranheza a muitas delegações <sup>(55)</sup>, tanto que o art. 3º da Convenção houve por bem acrescentar que a exclusão não prejudicaria o valor jurídico de acordos internacionais entre Estados e outros sujeitos de direito internacional e a aplicação a esses acordos das regras contidas na Convenção às quais estariam submetidos em virtude do direito internacional, independentemente da Convenção de Viena. Ao determinar que um acordo internacional deve ser regido pelo direito internacional (art. 2º), a Convenção de Viena deixa claro ser tal acordo, portanto, distinto de instrumentos regidos pelas normas dos sistemas jurídicos internos ou nacionais. Mesmo no período intermediário entre a assinatura e a entrada em vigor de um tratado, encontram-se os Estados na obrigação de não derrotar o objeto e propósito do tratado (art. 18 da Convenção), dispositivo este que decorre do princípio da boa fé <sup>(56)</sup>, aceito tanto na doutrina quanto na prática. A noção de "objeto e propósito" de um tratado, consagrada na Convenção, foi inicialmente introduzida pela Corte Internacional de Justiça em 1951 no caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio* <sup>(57)</sup>.

Foi este mesmo caso que marcou a passagem gradual, em matéria de reservas a tratados, da regra da unanimidade, prevalente antes de 1950, pela qual uma reserva a um tratado requeria sua aprovação expressa ou tácita por todos os Estados partes, ao teste da compatibilidade. Já em 1962 propunha a Comissão de Direito Internacional da ONU que a aceitação por outro Estado parte de uma reserva torna o Estado que formulou a reserva parte do tratado em relação ao Estado que a aceitou, a objeção por outro Estado parte de uma reserva impede a entrada em vigor do tratado entre o Estado que objeta e o que faz a reserva (a não ser que o Estado que objeta expresse intenção contrária), e um ato expressando o consentimento de um Estado em se ver obrigado por um tratado (e contendo uma reserva) é eficaz tão logo pelo menos outro Estado parte tenha aceito a reserva. De modo geral, a Convenção de Viena incorporou a flexível doutrina pan-americana sobre reservas, consoante tendência nesse sentido da prática internacional nas três últimas décadas <sup>(58)</sup>.

( 55) Comentários in P. K. MENON, "The Law of Treaties with Special Reference to the Vienna Convention of 1969", 56 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1978) pp. 133-147, esp. pp. 137-139. O art. 4 estabelece a irretroatividade da Convenção de Viena, e o artigo seguinte admite aplicar-se a Convenção a tratado que seja o ato constitutivo de uma organização internacional.

( 56) Cf., a respeito, MANFRED LACHS, "Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law" *Declarations on Principles, a Quest for Universal Peace-Liber Amicorum Discipulorumque B. V. A. Roling*, Leyden, Bijthoff, 1977, pp. 47-55; ROGER PINTO, *Le droit des relations internationales*, Paris, Payot, 1972, pp. 127-134; BIN CHENG, *op. cit.* infra n.º 95, pp. 105-160.

( 57) S. ROSENNE, *op. cit.* supra n.º 52, p. 223.

( 58) I. M. SINCLAIR, "Vienna Conference on the Law of Treaties", 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 47-69. Sobre a questão, cf. arts. 19 e 20 da Convenção de Viena.

É significativo que, na seção devotada à nulidade de tratados, tenha a Convenção de Viena incluído a coação como vício do consentimento (arts. 51-52). E os arts. 58 e 64 estabelecem a nulidade e terminação de tratados que estejam em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral <sup>(59)</sup> (*jus cogens*). Tais dispositivos podem servir de ilustração das polaridades de tensão entre o bilateralismo e os interesses gerais da chamada "comunidade internacional": a Convenção oscila constantemente entre ambos, pois, por exemplo, se por um lado se salienta o *jus cogens*, por outro lado é importante notar que a Convenção não adota a tese — tão defendida no passado por McNAIR <sup>(60)</sup> — de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* <sup>(61)</sup>. Conforme observado por ROSENNE, no decorrer dos prolongados trabalhos preparatórios sobre a matéria da Comissão de Direito Internacional da ONU, pode-se constatar a presença da noção de *community interest*: primeiramente utilizada por YEPES em 1950, a idéia passou depois a aparecer no 1º relatório de BRIERLY (o primeiro relator), no 1º relatório de H. LAUTERPACHT (o segundo relator), ausentando-se dos relatórios de FITZMAURICE (o terceiro relator) para enfim ressurgir no 2º relatório de WALDOCK (o quarto e último relator sobre o tema) <sup>(62)</sup>.

A noção parece ter sido reconhecida pela Convenção de Viena como um todo, tornando, assim, possível que o direito que ela enuncia não venha a ser aplicado em base exclusivamente bilateralista: se isto vier realmente a ocorrer, os principais beneficiários serão "os Estados fracos e pequenos" <sup>(63)</sup>. Muito embora a Convenção de Viena ainda não esteja em vigor no momento presente, sua simples existência e o sucesso alcançado na Conferência de Viena representam um prêmio ao grande esforço intelectual dos membros da Comissão de Direito Internacional da ONU e um marco significativo no tormentoso processo histórico da codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional <sup>(64)</sup>.

Se, por um lado, a Convenção de Viena deixou de adotar o conceito de tratados estabelecendo "regimes jurídicos de caráter objetivo" (supra), por outro lado, veio ela a consagrar significativamente o conceito de *jus cogens* <sup>(65)</sup>, i.e., de normas imperativas de direito interna-

( 59) Cf. também o art. 71 da Convenção.

( 60) Cf. A. D. McNAIR, *op. cit.*, supra n.º 9, pp. 23-36.

( 61) S. ROSENNE, *op. cit.*, supra n.º 52, p. 207; e cf. Ph. CAHIER, *op. cit.*, supra n.º 10, pp. 589-736.

( 62) Cf. S. ROSENNE, *op. cit.* supra n.º 52, pp. 212-219.

( 63) *Ibid.*, pp. 226-227.

( 64) I. M. SINCLAIR, *op. cit.* supra n.º 53, pp. 144-145.

( 65) Para um histórico do conceito, remontando ao antigo direito romano, mas ressurgindo principalmente a partir do século XIX, c. JERZY SZTUCKI, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties — A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 e 97-108.

cional geral. Os *travaux préparatoires* da Convenção contêm algumas incertezas doutrinárias a respeito <sup>(66)</sup>, tendo a expressão *jus cogens* encontrado mesmo oposição no início dos debates de 1963; o termo como tal apareceu pela primeira vez no 3º relatório de FITZMAURICE, voltando a surgir posteriormente no 2º relatório de WALDOCK <sup>(67)</sup>. Mesmo antes da Conferência de Viena, nos debates de 1963 e 1966 da Assembleia Geral da ONU (Sexta Comissão), ficou claro que a maioria dos internacionalistas dos países em desenvolvimento e dos países do Leste europeu atribuíam a maior importância ao conceito de *jus cogens*, o mesmo ocorrendo durante a Conferência, em que quase não houve oposição total ao conceito, muito embora as delegações dos países ocidentais (com o apoio de algumas delegações latino-americanas e afro-asiáticas) insistissem cautelosamente na necessidade de critérios — ainda que vagos — para a determinação das regras de direito internacional que constituíssem *jus cogens* <sup>(68)</sup>. Tanto depois quanto antes da adoção do conceito pela Convenção de Viena de 1969, abundante bibliografia especializada vinha florescendo no propósito de examinar e desenvolver a noção no contexto do direito internacional contemporâneo <sup>(69)</sup>, supe-

( 66 ) Parecendo indicar que o *jus cogens* pode ser estabelecido por tratados e/ou costume; M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 8, pp. 281-285.

( 67 ) J. SZTUCKI, *op. cit.* supra n.º 65, pp. 104-105 e 108.

( 68 ) I. M. SINCLAIR, *op. cit.* supra n.º 58, pp. 66-69; I. M. SINCLAIR, *op. cit.* supra n.º 53, pp. 124-129. Dentre estas últimas situa-se a delegação suíça, cuja declaração a respeito encontra-se reproduzida in P. REUTER, *op. cit.* supra n.º 53, pp. 86-87. O consultor jurídico do *Foreign Office* britânico adotou igualmente posição cuidadosa, chamando a atenção para as dificuldades da configuração de normas de *jus cogens* acarretadas principalmente por diferenças ideológicas e disparidades na distribuição da riqueza mundial entre os Estados; embora admitindo a validade do conceito de *jus cogens* no direito internacional contemporâneo, advertiu para a necessidade de seu desenvolvimento com sabedoria, em prol da chamada comunidade internacional, e não para servir a propósitos políticos a curto prazo, o que poderia minar a "confiança na segurança dos tratados"; I. M. SINCLAIR, *op. cit.* supra n.º 53, pp. 129-131.

( 69 ) Cf., além das citações acima, e.g.: CH. L. ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1976, pp. 1 ss.; E. SUY, "The Concept of Jus Cogens in Public International Law", *Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Lagonissi, Grécia, 3-8 de abril de 1966), Genebra, C.E.I.P., 1967, pp. 17-77; CH. DE VISSCHER, "Positivisme et jus cogens", 75 *Revue Générale de Droit International Public* (1971) pp. 5-11; M. VIRALLY, "Réflexions sur le jus cogens", 12 *Annuaire Français de Droit International* (1966) pp. 5-29; A. VERDROSS, "Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law", 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; J. A. BARBERIS, "La liberté de traiter des Etats et le jus cogens", 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Z.f. a.o. R.u.V.) (1970) pp. 19-45; U. SCHEUNER "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law", 27 e 29 *Z.f. a.o.R.u.V.* (1967 e 1969) pp. 520-532 e 28-38, respectivamente; H. MOSLER, "Jus cogens im Völkerrecht", 25 *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* (1968) pp. 1-40; G. SCHWARZENBERGER, "The Problem of International Public Policy", 18 *Current Legal Problems* (1965) pp. 191-214; K. MAREK, "Contribution à l'étude du jus cogens en droit international", *Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à P. Guggenheim*, Genebra, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. SCHWEITZER, "Jus cogens im Völkerrecht", 15 *Archiv des Völkerrechts* (1971) pp. 197-223.

rando as previsões e comentários céticos de autores que se precipitaram inadvertidamente em juízos prematuros <sup>(70)</sup>.

Persiste, no entanto, mesmo em nossos dias, o problema central do conteúdo discernível do *jus cogens*. Comentário da Comissão de Direito Internacional da ONU já sugerira, como incompatíveis com as regras de *jus cogens*, tratados que contemplassem o uso ilícito da força (contrário aos princípios da Carta da ONU), ou qualquer outro ato criminoso sob o direito internacional (tráfico de escravos, pirataria, genocídio) <sup>(71)</sup>. E já em parecer de 1951, no caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*, a Corte Internacional de Justiça ressaltara que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram reconhecidamente "obrigatórios aos Estados, mesmo na ausência de qualquer obrigação convencional" <sup>(72)</sup>.

Mais recentemente, em celebrada passagem da decisão do caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), a Corte chegou ao ponto de afirmar que há certas obrigações internacionais *erga omnes*, obrigações de um Estado *vis-à-vis* a "comunidade internacional" como um todo, que são do interesse de todos os Estados; "tais obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da proibição de atos de agressão, e de genocídio, e também dos princípios e regras relativos aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos correspondentes de proteção *ingressaram no corpus do direito internacional geral* (...); outros são atribuídos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal <sup>(73)</sup>. Assim, não deveria passar despercebido que, nos recentes casos dos *Testes Nucleares* (Austrália e Nova Zelândia *versus* França, 1973-1974), um dos Governos reclamantes, a Nova Zelândia, argumentou *inter alia* que os testes nucleares empreendidos pelo Governo francês na região do Pacífico Sul violavam não apenas o direito da Nova Zelândia de não permitir que nenhum material radioativo penetrasse em seu território, espaço aéreo e águas territoriais, *assim*

(70) A luz, e.g. das considerações anteriores e indicações bibliográficas da nota n.º 69, *supra*, é estranho que um ilustre autor tenha afirmado que a noção de *jus cogens* "não foi pensada nem aprofundada quando dos debates de Viena" (P. REUTER, *op. cit.* *supra* n.º 53, p. 21). Acrescenta o autor que, muito embora os casos de nulidade dos acordos internacionais — expõem a concepção moderna dos vícios do consentimento — e a noção de *jus cogens* constituam as novas tendências e a "parte progressista" da Convenção de Viena, os aspectos tradicionais da Convenção apresentam-se mais fortes e eficazes que os demais (cf. *ibid.*, pp. 22 e 24); ora, seria altamente surpreendente se se passasse o contrário...

(71) Cit. in I. M. SINCLAIR, *op. cit.* *supra* n.º 53, pp. 121-122, e cf. pp. 130-131; cf. também relatos in S. P. A. FERRER, "Los conceptos *jus cogens* e *jus dispositivum* y la labor de la Comisión de Derecho Internacional", 21 *Revista Española de Derecho Internacional* (1968) pp. 763-780; E. SCHWELB, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission", 61 *American Journal of International Law* (1967) pp. 946-975.

(72) Parecer de 28 de maio de 1951, *ICJ Reports* (1951) p. 23.

(73) Julgamento de 5 de fevereiro de 1970, *ICJ Reports* (1970), p. 32, §§ 33-34 (ênfase nossa).

como os de outros territórios do Pacífico e também "os direitos de todos os membros da comunidade internacional, incluindo a Nova Zelândia, de que nenhum teste nuclear produzindo *fallout* radioativo fosse efetuado" (74).

Mesmo nos idos de 1927, no caso *Lotus* visto acima, o argumento endossado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no dizer de um de seus juizes, de que "sob o direito internacional tudo o que não é proibido é permitido", foi alvo de severas críticas não só de voto dissidente no próprio caso (75) como de internacionalistas da época (76). Hoje ninguém duvida de que a era da base supostamente interestatal exclusiva do direito internacional pertence ao passado, e a tese esposada pela antiga Corte de Haia em 1927 de que o direito internacional governa relações interestatais com fundamento em regras jurídicas emanando tão-somente da "vontade" dos próprios Estados dificilmente refletiria com fidelidade a dinâmica do convívio internacional contemporâneo. Tal concepção somente poderia ter florescido em época "politicamente segura em termos globais" (77), bem diferente da de hoje (78), que testemunha o impasse nuclear, a crescente vulnerabilidade do Estado territorial, a multilateralização dos contatos internacionais e a intensificação e complexidade das relações transnacionais.

Nada impede que dispositivos de tratados venham a ingressar no *corpus* do direito internacional geral, isto é, venham a gerar regras do

- (74) *Application Instituting Proceedings*, de 9 de maio de 1973, pp. 8 e 15-16. Este aspecto foi talvez mais significativo do que o desenrolar final do caso, em que, dada a suspensão dos testes pela França, a Corte tendo ordenado medidas provisórias de proteção (cf. *ICJ Reports* (1973) pp. 99-106), recuou em seu julgamento de 20 de dezembro de 1974, mantendo que a disputa deixara de existir e evitando assim pronunciar sobre sua própria competência e a admissibilidade das petições (cf. *ICJ Reports* (1974) pp. 253-272 e 457-478), um ponto altamente questionável.
- (75) Cf. voto dissidente do Julz LODER, C.P.J.I., caso *Lotus*, Série A, n.º 10, julgamento de 7 de setembro de 1927, p. 34 (tal concepção estava em desacordo com o "espírito do Direito Internacional").
- (76) J. L. BRIERLY, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 144; H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pp. 409-412 e 94-96; e, mais recentemente, G. HERCZEGH, "Sociology of International Relations and International Law", *Questions of International Law* (ed. G. Haraszti), Budapeste, Progresprint, 1971, pp. 66-71 e 77.
- (77) MAARTEN BOS, "Dominant Interests in International Law", 21 *Revista Española de Derecho Internacional* (1968) p. 234.
- (78) KAPLAN e KATZENBACH argumentam que o estudo das fontes do Direito Internacional deveria ater-se não apenas aos dados técnicos mas também às considerações políticas (subjacentes às decisões judiciais internacionais). Assim, por exemplo, a evolução, ocorrida há alguns anos atrás, do sistema de equilíbrio de poder para o bipolar flexível acarretou várias implicações para a política interna dos Estados e para a preservação ou não de pelo menos alguns tratados; M. A. KAPLAN e N. DE B. KATZENBACH, *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Zahar, 1964, pp. 282-283, 283-284, e cf. p. 366. Sobre a questão da "mudança fundamental de circunstâncias" no direito os tratados contemporâneos (art. 62 da Convenção de Viena), cf., e.g., E. B. IMPALLOMENI, *Il Principio 'Rebus Sic Stantibus' nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Milão, Giuffrè, 1974, pp. 1-50; e, anteriormente, e.g., O. J. LISSITZYN, "Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*)", 61 *American Journal of International Law* (1967) pp. 895-922.

direito consuetudinário internacional. Tal possibilidade foi cautelosa-mente admitida pela própria Corte Internacional de Justiça, no mesmo ano da conclusão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (79). Conforme relata um participante da Conferência de Viena, na ocasião o representante da Suécia observou que grande parte do conteúdo da Convenção de 1969 “expressava simplesmente regras já existentes no direito costumeiro internacional”, ao passo que o representante suíço, a seu turno, acrescentou que para preencher as lacunas que persistiam “ainda se tornava necessário, na prática das relações internacionais, recair no costume” (80).

Com efeito, os próprios arts. 3º e 4º da Convenção contêm a expressão “independentemente da Convenção” que, na explicação do *chairman* do Comitê de Redação da Conferência de Viena (YASSEEN), tornou-se necessária “a fim de demonstrar que as regras estabelecidas na Convenção poderiam se aplicar, não como artigos da Convenção, mas com outros fundamentos, porque derivavam de outra fonte; por exemplo, o costume (81). SINCLAIR destaca ainda, a esse respeito, a referência do art. 38 (infra) ao direito costumeiro internacional (podendo este ampliar a aplicação de regras convencionais), e o disposto no art. 43 acerca de obrigações impostas aos Estados pelo direito internacional independentemente de um tratado (82): em todo caso, é sempre bom ter em mente que não se trata propriamente de efeitos de tratados *vis-à-vis* Estados terceiros, mas sim de um processo pelo qual dispositivos originalmente convencionais podem tornar-se obrigatórios a Estados terceiros *qua* regras do direito internacional costumeiro; o processo, tecnicamente alheio ao direito dos tratados propriamente dito, é fundamentalmente o de formação do costume internacional (83) (supra).

A esse respeito, a advertência contida no art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é inequívoca, ao dispor expressamente que “nada nos arts. 30 a 33 (84) impedirá uma regra prevista em um

( 79) Em relação ao princípio da equidistância (para a delimitação de áreas da plataforma continental entre Estados adjacentes) consagrado no art. 6.º da Convenção de Genebra de 1958 sobre a Plataforma Continental; cf. caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países-Baixos *versus* República Federal da Alemanha), julgamento de 20 de fevereiro de 1969, *ICJ Reports* (1969) p. 41.

( 80) Cit. in I. M. SINCLAIR, *op. cit. supra* n.º 53, pp. 9 e 11.

( 81) Cit. in *ibid.*, p. 8.

( 82) Dispõe o art. 43 da Convenção de Viena que “a nulidade, a terminação, a denúncia, a retirada de uma das partes ou a suspensão da aplicação de um tratado como consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado não prejudicarão, de qualquer forma, o dever de um Estado de cumprir qualquer obrigação incorporada no tratado à qual estaria sujeito de conformidade com o Direito Internacional, independentemente do tratado”.

( 83) I. M. SINCLAIR, *op. cit. supra* n.º 53, p. 10, e cf. pp. 23-26: a Convenção de Viena é em parte declaratória do direito costumeiro existente, e constitui em parte “desenvolvimento progressivo” do Direito Internacional, que por sua vez pode vir a gerar (novas) regras de direito costumeiro internacional.

( 84) Os arts. 31 a 33 versam sobre a interpretação de tratados, ao passo que o art. 30 diz respeito à aplicação de tratados sucessivos sobre o mesmo assunto.

tratado de tornar-se obrigatória para terceiros Estados como regras *consuetudinárias* de direito internacional, *reconhecidas como tais*" (86). Mas, se uma regra incorporada inicialmente em um tratado é ou não aceita posteriormente como uma regra de direito consuetudinário, "é uma questão de fato", não cabendo aplicar critérios apriorísticos para tentar distinguir entre normas capazes e incapazes de se desenvolverem em regras costumeiras (86).

Enfim, há que focalizar um aspecto relevante mas até hoje negligenciado, qual seja, a significação de certas convenções não ratificadas para a formação do costume internacional. Conforme observou EUSTATHIADES, os esforços contemporâneos de codificação, que vão "bem mais além da mera expressão do direito internacional costumeiro" do que convenções de outrora, caracterizam-se cada vez mais pela inclusão do elemento do "desenvolvimento progressivo" do direito internacional (87). Ora, pode ocorrer que mesmo alguma das chamadas "convenções de codificação" (tais como, e.g., a própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, as Convenções de Genebra de 1958 sobre o Direito do Mar, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963) não logre — ainda que por algum tempo — obter o número suficiente e necessário de ratificações para entrar em vigor.

As razões dessa não-ratificação podem variar desde uma oposição genuína ao conteúdo de uma convenção até dificuldades puramente técnicas ou administrativas (e.g., falta de especialistas ou conhecimento insuficiente do tema da convenção, dificuldades de tradução etc.), e nem sempre um atraso na ratificação significa oposição à convenção (88). É inegável que uma "convenção de codificação" assinada e que não tenha entrado em vigor mas que tenha garantido um número substancial de ratificações significativas possa contribuir para a formação do costume internacional, e que uma regra nela incorporada possa sob certas condições tornar-se uma regra do direito internacional geral (89).

Invocando a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos,

( 85) (Ênfase nossa). Esta última expressão, "reconhecidas como tais", requer uma referência às considerações que acima traçamos sobre a *opinio juris* como elemento componente do costume internacional (supra). A esse respeito, cf., e.g., as ponderações da Corte Internacional de Justiça no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte*, *ICJ Reports* (1969) p. 41, § 71.

( 86) M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 39, p. 50.

( 87) C. TH. EUSTATHIADES, *Unratified Codification Conventions* (Gilberto Amado Memorial Lectures), Genebra, United Nations Publ., 1973, pp. 2 e 10.

( 88) Pode ocorrer que o Estado simplesmente não considere a ratificação tão urgente quanto certos problemas internos; cf. *ibid.*, pp. 3-4 e 7.

( 89) *Ibid.*, pp. 7-8 e 12-13; "no passado a força de uma convenção assinada e não ratificada no Direito Internacional geral estava fora de dúvida no caso de uma convenção declaratória do direito costumeiro, e hoje tal força é fortalecida por sua extensão a convenções de codificação contendo novas regras em adição às existentes, i.e. pelo fato de abranger igualmente as novas regras" (*ibid.*, p. 7).



v. República Federal da Alemanha, 1969), ponderou EUSTATHIADES que "no caso de uma convenção de codificação *lato sensu*, em outras palavras uma convenção que codifique e (desenvolva progressivamente) o direito internacional, uma convenção que por assim dizer contenha inovações, o processo de codificação considerado independentemente da ratificação pode gerar novas regras costumeiras e assim alterar os direitos e deveres dos Estados independentemente do consentimento que a convenção deles requeira para tornar-se válida como tal" (80).

A propósito, vale ressaltar a rejeição categórica de FITZMAURICE da proposição de que o consentimento dos Estados seria a fonte última das regras do direito internacional: tal posição voluntarista-positivista é, a seu ver, contraditória e inconsistente, uma vez que o consentimento, externalizado por tratados ou pela prática dos Estados, é *ex hypothesi* incapaz de explicar ou justificar sua própria validade ou seus efeitos jurídicos, e tampouco a existência e validade dos princípios de direito essenciais a todo e qualquer sistema jurídico (81).

#### IV. Os princípios gerais do direito

A inclusão dos princípios gerais do direito dentre as "fontes" do direito internacional consignadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Haia poderia ser explicada, conforme já indicado, por uma fundamentação jusnaturalista do direito internacional que, no entanto, corresponderia tão-somente a uma das concepções existentes (cf. supra). Tal inclusão veio a confirmar uma prática arbitral anterior, que contribuiu para a configuração da terceira "fonte" do direito internacional, historicamente mais recente que o costume e os tratados (82).

Persistem, no entanto, diversas dúvidas e incertezas acerca do sentido dos princípios gerais do direito: para uns, a expressão diria respeito aos princípios de direito internacional propriamente dito, enquanto que para outros aos princípios dos direitos internos dos diversos Estados (83);

(80) *Ibid.*, p. 13.

(81) G. G. FITZMAURICE, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", *Symbolae Verzijl* (présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXème anniversaire), Haga, M. Nijhoff, 1958, pp. 162-167 e 175; por conseguinte, o consentimento "jamais poderá constituir a única fonte formal do direito internacional" (*ibid.*, p. 167). KAPLAN e KATZENBACH rejeitam a tese do consentimento como elemento essencial e preponderante na formação do costume internacional obrigatório; para eles, o "consentimento", assim entendido, nada mais é do que "uma fleção usada para harmonizar a prática com a teoria"; M. A. KAPLAN e N. DE B. KATZENBACH, *op. cit.* supra n.º 78, p. 272.

(82) PAUL GUGGENHEIM, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1958) pp. 72-76 e 80-81.

(83) VIRALLY, por exemplo, advoga que os "princípios gerais do direito" derivam dos sistemas jurídicos nacionais, ou do direito interno em geral, ao passo que os "princípios do direito internacional" derivam do costume e dos tratados. Para ele, os "princípios de direito internacional" consignados em declarações de organizações internacionais não constituem *per se* uma fonte distinta do direito internacional, dada a inexistência de um "Legislativo" internacional; poderiam, no entanto, vir a tornar-se regras de direito internacional se originados em tratados ou no costume. MICHEL VIRALLY, *op. cit.* supra n.º 38, pp. 144-146.

para uns seriam princípios de direito natural, enquanto outros combatem tal posição; há ainda a referência aos princípios reconhecidos pelas chamadas "nações civilizadas" (94). Enquanto a linha divisória entre tratados e costumes é clara, nem sempre é tão fácil distinguir as regras costumeiras dos princípios gerais do direito (95).

Na verdade, controvérsias se fizeram presentes durante a própria redação do art. 38 do Estatuto da Corte de Haia em junho e julho de 1920. A Comissão Consultiva de Juristas, trabalhando na questão, tinha composição ilustre: ADATCI, ALTAMIRA, CLOVIS BEVILAQUA (substituído posteriormente por RAUL FERNANDES), Barão DESCAMPS, HAGERUP, ALBERT DE LA PRADELLE, LODER, Lord PHILLIMORE, RICCI-BUSATTI, ELIHU ROOT (assistido por J. B. SCOTT), sendo ANZILOTTI o Secretário-Geral da Comissão (96). Os principais protagonistas do debate sobre os princípios gerais do direito foram o Barão DESCAMPS, Lord PHILLIMORE e Mr. ROOT.

O Barão DESCAMPS, que acreditava em uma "justiça objetiva" (presente em teorias do direito natural), propusera originalmente à Comissão a expressão "consciência jurídica dos povos civilizados", contra cujo subjetivismo se insurgiu Mr. ROOT. (A expressão fora também utilizada por CLOVIS BEVILAQUA). Lord PHILLIMORE elaborou, juntamente com Mr. ROOT, uma emenda à proposta de DESCAMPS. A conciliação, entre os princípios de "justiça objetiva" de DESCAMPS, e os princípios de "direito comum" (PHILLIMORE) ou reconhecidos pelas nações "civilizadas" *in foro doméstico* (ROOT), operou-se com a expressão "princípios gerais do direito" (97).

A expressão incorpora, no entanto, a tensão da polaridade entre o jusnaturalismo (os princípios universais de justiça objetiva) e o positivismo (a busca dos princípios de direito cristalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais) (98). É, porém, inegável que a expressão estabelece um claro liame entre o direito interno e o direito internacional (99). Mais recentemente se tem insistido em um estudo científico dos direitos

(94) D. W. GREIG, *op. cit. supra* n.º 6, p. 27, e cf. pp. 26-31; BIN CHENG, *op. cit. infra* n.º 95, pp. 2-8.

(95) BIN CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 23. Cf. também as observações críticas de OH. CHAUMONT, "Cours général de droit international public", 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1970) pp. 456-464.

(96) Cit. in BIN CHENG, *op. cit. supra* n.º 95, p. 6, n.º 19.

(97) P. GUGGENHEIM, *op. cit. supra* n.º 92, pp. 76-77; BIN CHENG, *op. cit. supra* n.º 95, pp. 6-21; MAARTEN BOS, *op. cit. supra* n.º 3, pp. 33-39.

(98) Uma confrontação das duas teses é visível pela comparação dos escritos de, e.g., TRUYOL (*op. cit. supra* n.º 7, pp. 141-143), de um lado, e GUGGENHEIM, enfático defensor da concepção positivista da expressão, de outro lado (*op. cit. supra* n.º 92, pp. 77-79).

(99) MAARTEN BOS, *op. cit. supra* n.º 3, pp. 33-39.

internos dos diversos Estados como o guia mais seguro para a identificação dos princípios gerais do direito; tal estudo requereria um levantamento o mais completo possível de direito comparado <sup>(100)</sup>. Subsistem ainda, no entanto, algumas dificuldades, como a incerteza se um princípio geral do direito deve ser comum a todos os países ou a apenas a determinada maioria deles; AKEHURST sugere que "grande parte da dificuldade de se provar os princípios gerais do direito poderia ser evitada se os tribunais internacionais se limitassem a aplicar os princípios gerais do direito comuns às partes litigantes, sem indagar se tais princípios existem nos direitos internos de outros Estados" <sup>(101)</sup>. Já a pretensão de dificuldade gerada pelo fato de não serem os princípios gerais do direito reconhecidos como "fonte" do direito internacional na União Soviética <sup>(102)</sup> não deveria ser exagerada, pois são eles reconhecidos como "fonte" do direito internacional em países como a China, a Hungria e a Iugoslávia <sup>(103)</sup>.

Já na década de cinquenta se tentavam identificar exemplos de princípios gerais do direito reconhecidos pelas chamadas "nações civilizadas", tais como o princípio da boa fé, o princípio da *res judicata*, o princípio proscrevendo o abuso de direitos, dentre outros <sup>(104)</sup>. Em relação aos princípios gerais do direito nos procedimentos judiciais, há que se mencionar um substancial estudo, sob os auspícios da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, da ONU, sobre a igualdade na administração da justiça, baseado em dados concernentes aos sistemas jurídicos internos de inúmeros Estados <sup>(105)</sup>. Vale, ademais, lembrar que o art. 38 da Corte Internacional, tal como adotado (isto é, contendo referências *inter alia* ao costume e aos princípios gerais do direito), vem, na ponderação de um especialista na matéria, repudiar a tese de que "somente as regras criadas por meio de um processo formal são válidas", e sustentar o ponto de vista de que, "como os sistemas

(100) M. AKEHURST, "Equity and General Principles of Law", 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 817-819; A. A. CANÇADO TRINDADE, "La méthode comparative en droit international: une perspective européenne", 55 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1977) pp. 273-287; L. G. Green, "Comparative Law as a 'Source' of International Law", 42 *Tulane Law Review* (1967) pp. 52-66.

(101) M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 100, pp. 824 e 820.

(102) *Ibid.*, pp. 815-816; e cf. observações críticas de G. I. TUNKIN, *Droit International Public — Problèmes Théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 119-127.

(103) M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 100, p. 815. O argumento central do autor é o de que os princípios gerais do direito parecem fornecer o melhor critério ou base para determinar o conteúdo da própria equidade, e o reconhecimento de tais princípios como "fonte" do direito internacional torna a equidade (como conceito autônomo) redundante como uma espécie de subgrupo dos princípios gerais do direito; cf. *ibid.*, pp. 801-825. Sobre a equidade, cf. observações infra.

(104) Cf. BIN CHENG, *op. cit.* supra n.º 95, pp. 25-26 e seguintes; cf. também M. VIRALLY, *op. cit.* supra n.º 38, p. 148; G. DE B. M. BOSON, *op. cit.* supra n.º 25, p. 27.

(105) Cf. M. A. ABU RANNAT, *Study of Equality in the Administration of Justice*, N. Y., United Nations, 1972, pp. 1-270.

jurídicos internos, o direito internacional contém um certo número de princípios não formulados" (106).

#### V. Valor da jurisprudência internacional (decisões judiciais e arbitrais)

Não há como negar à grande massa de decisões arbitrais e judiciais o caráter de "fonte" do direito internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raro de peso desigual (i. e., algumas mais inovadoras ou criativas do que outras). Decisões da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, podem conter um reconhecimento judicial, ou mesmo proceder à aplicação de um costume geral — como nos casos do *Lotus* (1927), do *Wimbledon* (1923), do *Canal de Corfu* (1947), das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio* (1951), de *Nottebohm* (1955) — ou de um costume especial — a exemplo dos casos do *Asilo* (1950), dos Nacionais dos EUA em Marrocos (1952) e do *Direito de Passagem* (1960) (107).

Há que se observar, no entanto, que os tribunais de onde emanam as "decisões judiciais" aqui consideradas compreendem não apenas os tribunais internacionais, mas também os administrativos internacionais e os internos (108). Não se poderia deixar de considerar estes últimos, conforme acentua o estudo de FALK, dada a ênfase "horizontal" do ordenamento jurídico internacional, de estrutura descentralizada, e em que são chamados a exercer importante função os tribunais nacionais, na área em que as ordens jurídicas nacional e internacional interagem (109).

Muito embora não fizesse a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça referência expressa alguma a qualquer norma costumeira baseada na atividade dos tribunais internos, já na década de cinquenta houve juízes que se anteciparam, referindo-se a essa questão em votos

(106) BING CHENG, *op. cit.* supra n.º 95, p. 23. Sobre a utilidade, para os tribunais, de recorrer aos princípios gerais do direito", cf. M. O. HUDSON, *International Tribunals — Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, p. 108. E sobre a aplicação dos "princípios gerais do direito" nas decisões de organismos internacionais (e.g., a OIT), cf., e.g., M. A. KAPLAN e N. DE B. KATZENBACH, *op. cit.* supra n.º 78, p. 281. M. BOS sugere que "fontes" não escritas do direito internacional, como os princípios gerais do direito e o costume, prestam-se mais à dedução, ao passo que "fontes" escritas, como os tratados, certas decisões judiciais, e algumas decisões, de organizações internacionais, prestam-se mais à indução. MAARTEN BOS, *op. cit.* infra n.º 3, p. 76.

(107) Cit. in A. A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, pp. 251-252. Sobre o precedente judicial como fonte do direito internacional, cf. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958, pp. 20-22, e cf. também pp. 155-157 e 368-393.

(108) D. W. GREIG, *op. cit.* supra n.º 6, pp. 31-39. Para um estudo recente da jurisprudência dos tribunais administrativos internacionais, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations", 57 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1979) pp. 81-123, e referências.

(109) R. A. FALK, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, 1964, pp. 21-52 e 170.

dissidentes: assim, no caso das *Zonas de Pesca* (1951), o Juiz READ se referiu à utilização, *inter alia*, por inúmeros tribunais internos, do método de delimitação da extensão das águas territoriais, a partir da linha costeira; pouco depois, no caso do *Ouro Monetário em Roma* (1954), o Juiz LEVI CARNEIRO também recorreu à prática dos órgãos judiciários internos<sup>(110)</sup>. Estes últimos podem, com efeito, em muito facilitar a operação do próprio direito internacional (em âmbito nacional)<sup>(111)</sup>.

Há mesmo quem sugira que talvez a contribuição mais significativa dos tribunais internacionais nos últimos 180 anos para a elucidação e desenvolvimento das regras do direito internacional costumeiro tenha ocorrido na área de proteção dos direitos de estrangeiros (i.e., nacionais no exterior), em relação aos quais estabeleceram-se *standards* pelos tribunais internos em inúmeros países, particularmente em relação aos direitos básicos à vida e à liberdade pessoal<sup>(112)</sup>. Vê-se nessa área uma interação significativa das atividades dos tribunais internacionais e dos tribunais internos.

Assim como decisões judiciais de tribunais internacionais podem clarificar certas questões de direito interno, decisões judiciais de tribunais nacionais podem igualmente trazer uma importante contribuição ao discorrerem acerca de questões de direito internacional<sup>(113)</sup>. Há, aqui, um campo fértil de estudos aberto aos pesquisadores, como o enfoque voltado para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para o exame ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para a implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos<sup>(114)</sup>. Controvérsias acerca da suposta "primazia" de uma, ou

(110) Cf. *ICJ Reports* (1951) p. 192 e (1954) p. 44, respectivamente, cit. in J. A. BARBERIS, "Les arrêts des tribunaux nationaux et la formation du droit international coutumier", *46 Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1968) pp. 247-253; acrescenta o autor que, mesmo à luz da jurisprudência anterior da OPJI, assim como da doutrina, é possível e viável a criação de regras costumeiras por meio da jurisprudência interna (nacional).

(111) F. MORGENSTERN, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", *27 British Year Book of International Law* (1950) p. 90.

(112) BIN CHENG, "The Contribution of International Courts and Tribunals to the Protection of Human Rights under International Customary Law", *International Protection of Human Rights — Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Eide & A. Schou, Oslo 1967), Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 167-175. Cf. também, mais recentemente, C. H. SCHREUER, "The Impact of International Institutions on the Protection of Human Rights in Domestic Courts", *4 Israel Yearbook on Human Rights* (1974) pp. 60-88.

(113) C. H. SCHREUER, "The Authority of International Judicial Practice in Domestic Courts", *23 International and Comparative Law Quarterly* (1974) p. 698; e cf. C. H. SCHREUER, "The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts", *24 International and Comparative Law Quarterly* (1975) pp. 180-183.

(114) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", *17 Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-360, e referências bibliográficas.

outra, ordem jurídica — a nacional e a internacional —, tornam-se, assim, supérfluas. Por esse novo enfoque pode-se evitar o antagonismo irreconciliável e ocioso entre as duas posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas.

## VI. Valor da doutrina

O próprio art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça cuida-se de indicar expressamente que a doutrina, assim como as decisões judiciais, constituem meio *auxiliar* para a determinação das regras de direito. A referência à doutrina é acompanhada de um qualificativo, a saber, “a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações” (115). Talvez a influência dos autores tenha sido mais marcante na época de formação do direito internacional do que em nossos dias (116), a exemplo dos clássicos (117). Muito embora ocupe a doutrina hoje posição relativamente modesta dentre as “fontes” do direito internacional, não se deve, no entanto, negligenciá-la.

Em alguns casos raros, um ou outro autor logrou influenciar a própria evolução do direito internacional em áreas específicas, como é o caso da sistematização de BORCHARD de vasto material, antes de sua obra desordenado, acerca da proteção diplomática de cidadãos no exterior (118). Outro exemplo diz respeito ao direito do mar: muito embora tenham os Estados reivindicado direitos restritos em áreas adjacentes ao seu mar territorial muito antes de GIDEL começar a escrever sobre tais reivindicações (119), “foi GIDEL quem produziu o conceito de zona contígua como base para discussão acerca da validade de tais reivindicações” (120).

Uma característica da doutrina, que pode não raro ser tida como uma limitação, é o fato de refletir as percepções do direito internacional prevalecentes em cada país; lembrem-se, por exemplo, nesse sentido, certos hábitos derivados do próprio sistema jurídico interno e a tendência de preferir citações de autores do próprio idioma (121). Acrescenta-se o risco de um abordamento dogmático e autoritário, e portanto irrealista e inadequado, da disciplina. Certamente sempre haverá varia-

(115) Artigo 38(1) (d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

(116) Cf., nesse sentido, M. AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, 2.<sup>a</sup> ed., London, G. Allen & Unwin, 1971, p. 55.

(117) E.g., *inter alia*, HUGONIS GROTIJ, *De Jure Belli ac Pacis* (ed. B. M. Telders), The Hague, M. Nijhoff, ed. 1948, pp. 1-195.

(118) E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, N.Y., Bank Law Publ. Co., 1918, pp. 1 ss.; e cf. ponderações a respeito in CLIVE PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, University Press Oceana, 1965, p. 107.

(119) Cf. GILBERT GIDEL, *Le Droit International Public de la Mer*, 3 vols. Châteauroux, Mel-lottée, 1932-1934.

(120) M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 116, pp. 55-56.

(121) *Ibid.*, pp. 55-56, também para exemplos.

ções na interpretação das normas do direito internacional de país, a país, e é natural e até certo ponto inevitável que isto ocorra. O que é de se evitar é uma ênfase *exagerada* em idiosincrasias, que nem sempre refletem com fidelidade as regras do convívio internacional.

Recentemente, em 1977, sugeriu MAARTEN BOS que a importância dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU talvez transcenda a da doutrina, não só por representar — como a doutrina — os ensinamentos dos publicistas mais altamente qualificados, mas também por possuir uma *qualidade internacional* não encontrável na doutrina tradicional, e por refletir hoje o pensamento de um corpo quase diplomático, realista, não distanciado das chancelarias e dos órgãos políticos da ONU e de outras organizações internacionais <sup>(122)</sup>.

Tal composição atual da Comissão não é mero fruto do acaso e chega a contrastar com sua formação de anos atrás, em que juristas eminentes compunham a Comissão. Seus primeiros projetos, talvez demasiado pessoais, raramente se prestaram ao uso dos Governos, o que acarretou uma crescente “politização” da Comissão. Hoje encontra-se ela mais voltada à elaboração, com o concurso de diversos Estados, de “textos verdadeiramente úteis e amplamente debatidos de forma a atingir os fins almejados de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional” <sup>(123)</sup>. Daí resulta que o atual trabalho da Comissão de Direito Internacional apresenta, na feliz observação de JENNINGS, uma certa confrontação em nível científico dos interesses variados de diferentes Estados <sup>(124)</sup>.

Ainda na mesma linha de trabalhos conjuntos ou de equipe, cabe citar as obras de associações científicas internacionais, como os renomados *Institut de Droit International* e *International Law Association*, cujos *anúários* e *relatórios*, respectivamente, constituem um manancial precioso de ensinamentos que permitem acompanhar a evolução da doutrina sobre determinados temas de direito internacional <sup>(124a)</sup>.

## VII. O elemento de equidade

No decorrer do trabalho de redação, em 1920, do art. 38 do Estatuto da Corte de Haia, a Comissão Consultiva de Juristas (cf. supra) concebeu a função da equidade como sendo bastante restrita, só devendo se

(122) M. BOS, *op. cit.* supra n.º 3, p. 64.

(123) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 100, p. 275.

(124) R. Y. JENNINGS, “Recent Developments in the International Law Commission: Ist Relation to the Sources of International Law”, 13 *International and Comparative Law Quarterly* (1964) p. 390.

(124.<sup>a</sup>) Cf.: Institut de Droit International, *Livre du Centenaire 1873-1973 Evolution et Perspectives du Droit International*, Bâle, Karger, 1973, pp. 124-473; G. FITZMAURICE, “The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law”, 138 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1973) pp. 211-259; International Law Association, *The Present State of International Law, 1873-1973* Kluwer, Deventer, 1973, pp. 3-392.

aplicar se autorizada pelas partes; na ocasião, um dos membros da Comissão, Mr. ROOT, advertiu a respeito que a futura Corte não deveria ter o poder de legiferar <sup>(125)</sup>. Com efeito, a noção de equidade, que pelo § 2º do art. 38 do Estatuto da Corte ocupa posição tão-somente secundária dentre as “fontes” do direito internacional, sempre foi acompanhada de dúvidas e incertezas <sup>(126)</sup>. O art. 38 (2) limita-se a preservar “a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

A doutrina encontra-se dividida até mesmo no que tange às relações entre a equidade e as demais “fontes” do direito internacional consagradas no art. 38 do Estatuto da Corte. A distinção, por exemplo, entre a equidade e os princípios gerais do direito nem sempre foi compreendida com suficiente clareza. A esse respeito, vale recordar o ensinamento de CHARLES DE VISSCHER de que, enquanto os princípios gerais do direito, assim como os tratados e o costume, revestem-se de “um caráter de generalidade ou de positividade”, a equidade, por outro lado, “caracteriza-se essencialmente como uma expressão individualizada da justiça” <sup>(127)</sup>.

Segundo a celebrada classificação tripartite das funções da equidade, pode esta aplicar-se *infra legem* (adaptando o direito aos fatos dos casos concretos), *praeter legem* (preenchendo lacunas no direito), ou *contra legem* (como meio de recusar-se a aplicar leis injustas). Nem sempre esta classificação tem refletido com fidelidade a prática da matéria, e admite-se que essas três funções possam até certo ponto mesmo fundir-se entre si. A doutrina concorda em que a equidade *contra legem* não poderia aplicar-se na ausência de uma autorização expressa nesse sentido (como no art. 38 (2) do Estatuto da Corte, supra); a equidade *praeter legem* é de reduzida aplicação na atualidade, pelo simples fato de que as lacunas no direito internacional são hoje muito menos numerosas do que no passado; resta, assim, a equidade *infra legem*, a forma mais usual de sua aplicação, como, por exemplo, em disputas fronteiriças <sup>(128)</sup>.

Recentemente tem-se ressaltado os riscos de aplicação da equidade, particularmente em períodos e situações de rápidas mudanças, pelos elementos de incerteza, exceção e subjetivismo que pode vir a introduzir; talvez por isso tenham os tribunais internacionais muitas vezes juntado a referências à equidade uma invocação simultânea do costume, de tra-

(125) MAX SORENSEN, *op. cit. supra* n.º 5, pp. 28-33.

(126) Sobre tais incertezas e divergências, cf. e.g., CHARLES ROUSSEAU, *Droit International Public*, vol. I, Paris, Sirey, 1970, pp. 400-405.

(127) CHARLES DE VISSCHER, *De l'Equité dans le Règlement Arbitral ou Judiciaire des Litiges de Droit International Public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 6-7.

(128) M. AKEHURST, “Equity and General Principles of Law”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 801-813; CH. DE VISSCHER, *op. cit. supra* n.º 127, pp. 12-13. E cf., e.g., caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte*, *ICJ Reports* (1969) pp. 32-33, 49-50 e 53, §§ 47, 91-92 e 100; caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase), explicação de voto do Juiz G. FITZMAURICE, *ICJ Reports* (1970) pp. 84-86.



tados (aplicáveis ou não), de princípios gerais do direito ou de decisões arbitrais anteriores (129). Por outro lado, pode-se argumentar que como as origens de muitas das regras do direito internacional geral encontram-se na “conciliação histórica dos interesses em conflito”, compete à equidade continuar procedendo à “adaptação judiciária das regras às circunstâncias dos casos concretos” (130).

Com efeito, têm-se recentemente invocado tanto a equidade quanto os princípios gerais do direito (131-132) em relação à proteção internacional dos direitos humanos: a equidade, no reconhecimento de certos “poderes inerentes” aos órgãos de implementação dos mecanismos ou procedimentos de proteção (133); os princípios gerais do direito, no reconhecimento de certos direitos fundamentais consagrados tanto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU quanto em algumas constituições nacionais e conseqüente rejeição do voluntarismo positivista (134).

HJERTONSSON vislumbra, no julgamento de 1969 da Corte Internacional de Justiça no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos *versus* República Federal da Alemanha), um exemplo de decisão baseada em “considerações de equidade” (135). De fato, ao indicar no caso que não havia um único método de delimitação aplicável em todas as circunstâncias, a Corte levou em conta vários fatores de natureza geográfica, geológica e econômica, tais como, e.g., a configuração geral do litoral, a estrutura físico-geológica, os recursos naturais, as áreas de plataforma continental envolvidas e o grau de proporcionalidade (na delimitação) (136).

### VIII. A questão dos atos jurídicos unilaterais

Dada a descentralização do ordenamento jurídico internacional, em que coexistem em regime de coordenação entidades politicamente organizadas como os Estados, não é de se surpreender que os atos unilaterais

(129) M. AKKHURST, *op. cit. supra* n.º 128, pp. 811-812, CH. DE VISSCHER, *op. cit. supra* n.º 127, p. 4.

(130) CH. DE VISSCHER, *op. cit. supra* n.º 127, p. 9.

(131) B. G. RAMCHARAN, “Equity in the International Law of Human Rights”, 5 *Dalhousie Law Journal* (1979) pp. 45-72.

(132) N. K. HEVENER e S. A. MOSHER, “General Principles of Law and the U. N. Covenant on Civil and Political Rights”, 27 *International and Comparative Law Quarterly* (1978) pp. 596-613.

(133) B. G. RAMCHARAN, *op. cit. supra* n.º 131, pp. 52, 59 e 65-66.

(134) N. K. HEVENER e S. A. MOSHER, *op. cit. supra* n.º 132, pp. 596-597, 601, 603-604 e 612-613.

(135) KARIN HJERTONSSON, *The New Law of the Sea — Influence of the Latin American States on Recent Developments of the Law of the Sea*, Leiden/Stockholm, Sijthoff/Norsstedts, 1973, p. 166, e cf. pp. 163-168; sobre o costume e o direito do mar em geral, cf. *ibid.*, pp. 117-175.

(136) Cf. *ICJ Reports* (1969) p. 54.

emanando desses últimos possam gerar *efeitos jurídicos*. A prática internacional admite, com efeito, que se possam assumir obrigações internacionais por meio de uma manifestação unilateral de vontade real e inequívoca; surge aqui, novamente, o problema fundamental do *consentimento* no direito internacional<sup>(137)</sup>, a que já nos referimos no início do presente estudo. Na observação de ERIK SUY, o ato unilateral corresponde a uma manifestação de vontade de um sujeito do direito internacional à qual este último vincula determinadas conseqüências; o ato emana de um só sujeito, não devendo depender, quanto à sua eficácia, de outro ato jurídico<sup>(138)</sup>.

Para SUY, seria demasiado rígido e formalístico sustentar que só os tratados e convenções gerassem compromissos obrigatórios para os Estados; o mesmo pode ocorrer com os atos unilaterais, que contribuem para a formação do costume e favorecem a segurança e harmonia nas relações internacionais; são atos unilaterais previstos pelo direito costumeiro, e.g., o protesto, a notificação, a promessa, a renúncia, o reconhecimento. Para ilustrar sua importância, relembrem-se, e.g., a “declaração IHLEN” (de 1919), exemplo famoso de *promessa*, e, como exemplo de *protesto*, a rejeição pela Comissão arbitral em 1911, no caso *El Chamizal*, da pretensão dos Estados Unidos de prescrição aquisitiva e posse ininterrupta de território, realçando as contestações constantemente levantadas pelo México<sup>(139)</sup>.

Há autores que são categóricos em afirmar que o ato unilateral pode gerar costume e de fato constitui-se em fonte do direito internacional<sup>(140)</sup>, assim como há os que concordam com tal assertiva mas com certas reservas<sup>(141)</sup>. Mesmo a enumeração, acima, de atos unilaterais não passa sem dificuldades. O *reconhecimento*, por exemplo, excetuadas as muito raras vezes em que se dá por meio de um tratado, é frequentemente um ato unilateral<sup>(142)</sup>, mas não obstante ocupa uma “posição

(137) G. VENTURINI, “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats”, 112 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1964) pp. 387-388, 391 e 400-401.

(138) ERIK SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 44.

(139) E. SUY, *op. cit.* supra n.º 138, pp. 1-290.

(140) *Cf.*, e.g., CH. ROUSSEAU, *op. cit.* supra n.º 126, vol. I, pp. 416-418.

(141) E.g., os atos unilaterais, produzindo efeitos jurídicos mediante a aquiescência de outros Estados, atuam como fonte quando determinada norma internacional lhes atribua tal conseqüência (de criar situações objetivas e obrigatórias); A. MIAJA DE LA MUELA, “Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales”, 20 *Revista Española de Derecho Internacional* (1967) pp. 456-459, também para uma exposição de correntes doutrinárias a respeito. VIRALLY observa que os atos unilaterais dos Estados são muito frequentemente considerados no direito internacional “no contexto de outras fontes daquele direito, a saber, o costume e os tratados”; M. VIRALLY, *op. cit.* supra n.º 38, p. 155. *Cf.* também as ponderações críticas de CH. CHAUMONT, *op. cit.* supra n.º 95, pp. 464-469.

(142) CH. ROUSSEAU, *op. cit.* supra n.º 126, vol. I, p. 426.

peculiar" no quadro geral das declarações unilaterais no direito internacional (143).

Na grande maioria das vezes o reconhecimento, independentemente da forma com que é estendido, constitui um ato jurídico de manifestação de vontade unilateral com base no princípio da efetividade, ou melhor, na apreciação por parte de um Estado da efetividade em determinada situação, aceitando todas as conseqüências decorrentes para si de tal ato (144). Por outro lado, o não-reconhecimento é também utilizado na prática para tentar impedir que uma situação de fato produza efeitos jurídicos (145).

É justamente em relação aos efeitos do reconhecimento que surgiu a disputa clássica entre as teses declaratória e constitutiva. A identificação do Estado é matéria controvertida, que na prática tem-se operado empiricamente, escapando freqüentemente a critérios fixos ou regras preestabelecidas (146). No que tange particularmente ao reconhecimento, os adeptos da *tese constitutiva* sustentam que o ato de reconhecimento é decisivo até mesmo para o surgimento da personalidade internacional do novo Estado e dos direitos e deveres normalmente a ela associados, ao passo que os defensores da *tese declaratória* advogam que o ato de reconhecimento é tão-somente um ato político, formal, que normalmente precede o estabelecimento de relações diplomáticas com um Estado que já existe como tal. Não surpreende que a *tese declaratória* seja hoje bem mais aceita: é certamente um exagero condicionar a própria configuração da personalidade internacional de um novo Estado e dos direitos e deveres concomitantes à vontade soberana dos Estados que o reconhecem, já estabelecidos; estamos aqui diante de um excesso do positivismo voluntarista radical, hoje ultrapassado, que pretendia há algu-

(143) A. P. RUBIN, "The International Legal Effects of Unilateral Declarations", 71 *American Journal of International Law* (1977) p. 5. Argumenta o autor que, em sua recente decisão no caso dos *Testes Nucleares* (Austrália e Nova Zelândia *versus* França, 1974), a Corte Internacional de Justiça teria agido *ultra vires*, ao atribuir ênfase excessiva a declarações unilaterais (como se fossem obrigatórias no caso); segundo o autor, para decidir o litígio de acordo com o direito internacional a Corte não poderia recorrer a fontes outras que as enumeradas no art. 38 de seu Estatuto (e declarações unilaterais permanecem excluídas do art. 38); cf. *ibid.*, pp. 1-30.

(144) ERIK SUY, *op. cit.* supra n.º 138, pp. 189-214; P. REUTER, *Institutions internationales*, 6.ª ed., Paris, P.U.F., 1969, pp. 120-128.

(145) Cf. exemplos in, e.g., ALF ROSS, *A Textbook of International Law — General Part*, London, Longmans, 1947, pp. 118-123; O. A. COLLIARD, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 1956 pp. 195-208; e cf. E. SUY, *op. cit.* supra n.º 138, pp. 189-214.

(146) Cf., a respeito, o estudo de KRYSZYNA MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2.ª ed. Genève, Droz, 1968, pp. 1-619; e cf. também J. VERHOEVEN, "L'Etat et l'ordre juridique international — remarques", 82 *Revue Générale de Droit International Public* (1978) pp. 749-774; JAMES CRAWFORD, "The Criteria for Statehood in International Law", 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977) pp. 93-182; CH. ROUSSEAU, "L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international", 73 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1948) pp. 213-219; JAMES CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 3-423.

mas décadas que a vontade arbitrária dos Estados constituisse fonte não apenas de alguns de seus direitos mas também de sua própria existência (147).

Tal posição é realmente insustentável, pois chegaria a tornar a própria existência de um Estado uma questão relativa, dependente do reconhecimento individual de cada outro Estado (148); e, o que é mais grave, se o Estado não reconhecido fosse juridicamente não existente, tudo então seria permissível com relação a ele, bastando aqui recordar a declaração de HITLER da não existência da Tcheco-Eslováquia às vésperas da invasão alemã de 15 de março de 1939, e a proclamação da União Soviética da extinção da Polônia antes da invasão soviética daquele país de 17 de setembro de 1939 (149).

As considerações acima aconselham certamente muita cautela no tratamento dos atos unilaterais do Estado sob o capítulo das fontes do direito internacional. No que diz respeito ao reconhecimento, a polêmica clássica desenvolve-se entre os que consideram, de um lado, o Estado, e de outro, o sistema jurídico (o direito internacional "objetivo") como fonte última dos direitos e deveres internacionais (150). A favor desta segunda posição tem-se ressaltado a inclusão dos "princípios gerais do direito" dentre as fontes do direito internacional enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. (151).

Ademais, é significativo observar que um Estado pode perfeitamente "existir" sem travar relações internacionais com alguns outros Estados, e não obstante possuir certos direitos e contrair certos deveres. Há sempre Estados não reconhecidos por outros, negociações são conduzidas *a despeito do não-reconhecimento*, até mesmo acordos são concluídos com base no não-reconhecimento, e insiste-se às vezes na responsabilidade internacional de Estados ou Governos não reconhecidos. Em suma, os Estados não encaram outros Estados não reconhecidos como isentos das normas do direito internacional (152). Tudo isto demonstra que a determinação das condições de existência de um Estado cabe ao próprio direito internacional. Não é, pois, sem razão, que se no passado o estudo da qualidade de Estado (statehood) vinculou-se estreitamente ao do ato unilateral do reconhecimento, por influência do positivismo voluntarista-

(147) H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, pp. 2, 51, 59, 62-63, 75 e 77.

(148) TI-CHIANG CHEN, *The International Law of Recognition*, London, Stevens, 1951, pp. 40-42.

(149) K. MAREK, *op. cit.* supra n.º 146, pp. 146 e 148-149, e cf. também pp. 149-150; T. CH. CHEN, *op. cit.* supra n.º 148, pp. 33-38.

(150) T. CH. CHEN, *op. cit.* supra n.º 148, p. 3; K. MAREK, *op. cit.* supra n.º 146, pp. 134 e 144. Cf. também as ponderações de HANS KELSEN, "Recognition in International Law — Theoretical Observations", 35 *American Journal of International Law* (1941) pp. 605-617.

(151) T. CH. CHEN, *op. cit.* supra n.º 148, pp. 28-29.

(152) K. MAREK, *op. cit.* supra n.º 146, pp. 142-144; T. CH. CHEN, *op. cit.* supra n.º 148, pp. 33-38; J. CRAWFORD, "The Criteria...", *op. cit.* supra n.º 146, pp. 93ss.; e cf. A. J. J. TAMMES, "The Legal System as a Source of International Law", 1 *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1954) pp. 374-384.

ta, a teoria e a prática modernas têm voltado sua atenção para as questões de *statehood* e regras afins (e. g., quanto ao *status*, competência etc., das diversas unidades territoriais governamentais), independentemente do ato jurídico do reconhecimento, muito embora ainda não haja atualmente definição jurídica satisfatória de *statehood* <sup>(153)</sup>.

Outro problema relativo à enumeração proposta dos atos unilaterais no direito internacional reside no fato de que o catálogo — abrangendo, como já visto, o reconhecimento, a promessa, o protesto, a notificação, a renúncia — não inclui certos atos das autoridades legislativas ou governamentais (tais como “proclamações” presidenciais, leis, decretos etc.) que podem vir a ter significação ou repercussão no plano internacional. Os autores dividem-se entre os que acentuam que tais atos têm sido levados em conta no tratamento de certas questões de direito internacional <sup>(154)</sup> (como, e.g., no direito do mar), e os que dogmaticamente se recusam a admitir que aqueles atos “internos” e pronunciamentos ou proclamações de autoridades governamentais (em âmbito nacional) possam influenciar na criação de obrigações internacionais <sup>(155)</sup>.

No direito do mar, por exemplo, há que ressaltar-se que as noções de zona contígua, mar territorial (seguido do mar patrimonial e mais recentemente da zona econômica exclusiva) formaram-se mais por meio de atos unilaterais de regulamentação por parte de cada Estado individualmente do que através de tratados multilaterais. Foi o que ocorreu também com a extensão do mar territorial a um limite de 200 milhas por parte de alguns Estados latino-americanos, por meio de atos unilaterais “internos” (proclamações, leis, decretos etc.). Foi também o que ocorreu com a plataforma continental a partir da celebrada proclamação de TRUMAN de 1945. Chegou-se mesmo a sugerir que, nessa área do direito internacional, os múltiplos atos unilaterais, e também multilaterais, dos Estados latino-americanos, e sua repetição consistente durante um período de mais de trinta anos, contribuíram decisivamente para a formação de normas consuetudinárias, como a do limite exterior de 200 milhas do mar territorial <sup>(156)</sup>. No momento presente, no entanto, seria mais prudente aguardar os resultados da corrente III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, com atenção voltada a conceitos emergentes que parecem refletir um consenso mais generalizado, como o de zona econômica exclusiva.

Alguns autores têm tentado abordar os atos unilaterais dos Estados e os atos das organizações internacionais conjuntamente <sup>(157)</sup>. Parece-nos, no entanto, que tal procedimento pode dar margem a algumas in-

(153) J. CRAWFORD, “The Criteria...”, *op. cit.* supra n.º 146, pp. 93-182; K. MAREK, *op. cit.* supra n.º 146, pp. 160 e 158; T. CH. CHEN, *op. cit.* supra n.º 148, pp. 55 e 63.

(154) J. DEHAUSSY, “Les actes juridiques unilatéraux en droit international public: à propos d’une théorie restrictive”, 92 *Journal du Droit International (Clunet)* (1965) pp. 55-56, e *cf.* p. 63.

(155) *Cf.*, e.g. A. P. RUBIN, *op. cit.* supra n.º 143, p. 27.

(156) A. A. ARAMBURU MENCHACA, “La Costumbre y la Delimitación de los Espacios Marítimos en el Continente Americano”, 38 *Revista de Derecho y Ciencias Políticas (Lima, Peru)* (1974) pp. 5-39; *cf.* também K. HJERTONSSON, *op. cit.* supra n.º 135, pp. 7-179.

certezas, e que seria talvez mais apropriado procedermos a um exame dos atos das organizações internacionais separadamente do estudo dos atos unilaterais dos Estados.

### IX. A questão das resoluções das organizações internacionais

As três últimas décadas têm acompanhado a evolução do importante fenômeno da ascensão e expansão das organizações internacionais, e gradual ampliação de seus poderes de regulamentação, variando de caso a caso. Conforme definição proposta em 1956 à Comissão de Direito Internacional da ONU, entende-se por organização internacional “uma coletividade de Estados estabelecida por um tratado, com uma constituição e órgãos comuns, possuindo uma personalidade distinta da de seus Estados-Membros, e sendo um sujeito de direito internacional com capacidade para concluir acordos” (158). Já em 1937, KOPELMANAS, ressaltando a relevância da criação do direito por meio do costume (particularmente no caso do direito internacional), lançava uma pertinente advertência: embora no passado se acreditasse que tão-somente os órgãos estatais contribuíam para a formação do costume por sua prática internacional, chegaria a época em que a atuação de órgãos internacionais (e.g., de organizações internacionais) também devesse ser levada em conta. KOPELMANAS chegou mesmo a afirmar que “a análise do direito positivo nos permite concluir que todos os sujeitos de direito que se encontram em contato próximo ou mesmo distante com as relações internacionais contribuem para a formação do costume internacional” (159).

Mais recentemente observou-se, na mesma linha de pensamento, que só se poderia negar à prática das organizações internacionais a capacidade de contribuir para a formação do costume (160) com base em uma concepção tradicional e “estritamente voluntarista” do direito internacional que mantivesse o monopólio da vontade tão-somente dos Estados para a criação do direito internacional (161); ora, quando pouco seria “paradoxal reconhecer às organizações o poder de concluir acordos

(157) Cf. J. DEHAUSSY, *op. cit.* supra n.º 154, pp. 45, 53-54 e 59-61; A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.* supra n.º 141, pp. 431-434.

(158) Cit. in *Yearbook of the International Law Commission* (1956) — II, p. 108; a definição foi proposta por G. G. FITZMAURICE, *rapporteur* de direito dos tratados.

(159) LAZARE KOPELMANAS, “Custom as a Means of the Creation of International Law”, 18 *British Year Book of International Law* (1937) p. 151; assim, exerce papel principal ou preponderante o próprio conteúdo da regra costumeira; a despeito das incertezas quanto à existência ou não de uma regra costumeira e dos fatores extralegais sempre presentes, é o costume não obstante mais adequado às relações internacionais do que a regulamentação legislativa (*ibid.*, p. 151).

(160) Sobre tal capacidade, declarou o Juiz AMMOUN, em sua explicação de voto no caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), que “as posições tomadas por delegados de Estados em conferências e organizações internacionais, e particularmente nas Nações Unidas, fazem naturalmente parte da prática dos Estados” e “constituem precedentes contribuindo para a formação do costume”. *ICJ Reports* (1970) pp. 302-303.

(161) M. VIRALLY, *op. cit.* supra n.º 38, p. 139.

(162) e simultaneamente negar-lhes toda capacidade de contribuir para a formação do costume" (163).

A atuação dos organismos internacionais, em setores os mais diversos, se externaliza habitualmente através de resoluções, de relevância e significação variáveis: algumas servem de instrumento de exortação, outras enunciam princípios gerais, e outras requerem determinado tipo de ação visando resultados específicos. Se apreciarmos certas resoluções de um organismo internacional sobre determinado tema, como intimamente vinculadas entre si, como partes de um processo contínuo no tempo, poderemos vir a nelas identificar um conteúdo mais específico, refletindo uma *opinio juris* de consenso generalizado, como ocorreu nos últimos anos com as questões da descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, e da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais (164).

Tal método de cristalização de novos conceitos e princípios gerais, acompanhados ulteriormente de certos mecanismos de supervisão e controle, pode vir a suprir em parte a insuficiência das modalidades tradicionais de formação do direito internacional — consignadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça —, principalmente na regulamentação das relações entre Estados em diferentes graus de desenvolvimento econômico (165). Na prática cada órgão internacional, no exercício normal de suas funções, tem procedido à determinação da chamada "constitucionalidade" de seus próprios atos, e a própria prática do órgão tem-se tornado fator decisivo para a determinação do âmbito legal de suas funções específicas (166). Com efeito, um exame meticoloso da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça sobre a matéria revela que ao órgão judicial da ONU não têm faltado ocasiões para pronunciar-se no sentido de aceitar a própria prática organizacional como elemento de interpretação na determinação dos poderes atribuídos às organizações internacionais (167).

É possível identificar certos fatores que afetam a significação das resoluções adotadas pelas organizações internacionais. Pode-se, de início, investigar, pelas circunstâncias da decisão, se houve intenção por parte do órgão internacional em questão de formular proposições, normas ou princípios existentes de direito internacional. É inegável que tal ocorreu

(162) Cf., a respeito, e.g., CLIVE PARRY, "The Treaty — Making Power of the United Nations", 26 *British Year Book of International Law* (1949) pp. 108-149; Y SOULIOTIS, "La capacité des organisations internationales de conclure des accords d'après leurs actes constitutifs et la pratique", 25 *Revue Hellénique de Droit International* (1972) pp. 201-225; BADE KASME, *la capacité de l'Organisation des Nations Unies de Conclure des Traités*, Paris, LGDJ, 1960, pp. 49-62.

(163) M. VIRALLY, *op. cit. supra* n.º 38, p. 139.

(164) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n.º 37, pp. 123-158.

(165) Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, *Les Résolutions dans la Formation du Droit International du Développement*, Genève, 1971, pp. 5-19.

(166) JORGE CASTAÑEDA, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, N. Y., Columbia University Press, 1969, pp. 1-16.

(167) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n.º 37, pp. 123-133.

nas declarações da Assembléa Geral da ONU sobre Soberania Permanente sobre Recursos Naturais (1962 em diante) ou sobre Proibição do Uso de Armas Nucleares e Termonucleares (1961). A ênfase pode também recair no consenso, como novo processo decisório e método de se estender o direito internacional a novas áreas (e.g., os trabalhos da UNCTAD, a corrente III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, os trabalhos preparatórios da Conferência da ONU de 1974 sobre População, os trabalhos do Comitê Consultivo da ONU sobre Usos Pacíficos da Energia Atômica, dentre outras)<sup>(168)</sup>, como é o caso das declarações da Assembléa Geral da ONU sobre os Princípios Jurídicos Regendo as Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico (1961 e 1963). No exame dos *travaux préparatoires* precedendo a adoção de resoluções pelos organismos internacionais, pode-se também tentar detectar a função do direito e de considerações jurídicas no processo decisório, o que é até certo ponto determinado pela própria natureza do tema em questão. Enfim, certas resoluções que pretendem promover programas específicos da organização internacional podem conter certos princípios de direito (ou ser exortatórias); poderiam ser aqui citadas a Declaração da ONU sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960) e a Declaração da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1963, seguida, três anos depois, da Convenção da ONU sobre a matéria)<sup>(169)</sup>.

Dadas as modalidades distintas de resoluções adotadas por organismos internacionais, é natural que seus efeitos jurídicos também sejam variados. Um exemplo claro seria o do contraste marcante entre as *recomendações da Assembléa Geral* (arts. 10 a 14 da Carta da ONU) e as *decisões do Conselho de Segurança* (art. 25), uma vez que estas últimas, a contrário das primeiras, têm efeito mandatório<sup>(170)</sup>.

(168) Cf. C. W. JENKS, "Unanimity, the Veto, Weighted Voting, Special and Simple Majorities and Consensus as Modes of Decision in International Organizations" *Cambridge Essays in International Law — Essays in Honour of Lord McNair*, London, Stevens/Oceana, 1965, pp. 48-63; E. M. CHOSSUDOVSKY, "Some Reflections in the Light of UNCTAD's Experience" *Les Résolutions dans la Formation du Droit International du Développement*, Genève, I.U.H.E.I., 1971, pp. 173-182; D. VIGNES, "Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule?", 69 *American Journal of International Law* (1975) pp. 119-129; G. de LACHARRIÈRE, "Consensus et Nations Unies", 14 *Annuaire Français de Droit International* (1968) pp. 9-14; S. BASTID, "Observations sur la pratique du consensus", *Multitudo Legum Ius Unum — Festschrift für Wilhelm Wengler*, vol. I, Berlin, Inter-Recht 1973, pp. 11-25; F. Y. CHAI, *Consultation et Consensus: Un Aspect du Fonctionnement du Conseil de Sécurité* N. Y., UNITAR, 1971, pp. 3-45.

(169) O. Y. ASAMOAH, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, M. Nijhoff, 1966, pp. 68-213.

(170) F. A. VALLAT, "The Competence of the United Nations General Assembly", 97 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1959) pp. 207/287; muito embora as recomendações da Assembléa Geral da ONU não sejam estritamente obrigatórias, acarretam elas, não obstante, efeitos jurídicos, o que é muito importante, principalmente no contexto da paz e segurança internacionais, pois quando o Conselho de Segurança se paralisa (e.g., em virtude do veto) é a Assembléa Geral quem recomenda as medidas a serem seguidas. Sobre os efeitos das resoluções da Assembléa Geral e do Conselho de Segurança, cf. também, e.g., M. K. NAWAZ, "Law and International Organization — A Perspective on the United Nations", 17 *Indian Journal of International Law* (1977) pp. 234-241.



Somente nas duas décadas, estendendo-se de 1946 a 1966, a Assembléia Geral da ONU votara mais de 2.000 resoluções, de natureza e importância variadas. É possível, embora difícil, sistematizar até certo ponto esta vasta massa de manifestações formais de decisão ou opinião por parte dos organismos internacionais. Já nos referimos a resoluções contendo *declarações* ou pronunciamentos de ordem geral. Esse tipo de resoluções vem suprir uma insuficiência básica da chamada sociedade internacional, em que, não raro, incertezas, instabilidade e mesmo contradições acerca das regras que regem ou devem reger a conduta das relações internacionais decorrem da própria ausência de órgãos legislativos permanentes e da natureza não institucionalizada do processo pelo qual o direito internacional é criado <sup>(171)</sup>.

Tais declarações de princípios gerais tiveram capital importância no desenvolvimento do sistema interamericano (e.g., proibição de guerras de conquista, sistema continental de consultas); ainda que não obrigatórias, estas resoluções criaram órgãos permanentes, transcendendo a duração das conferências interamericanas em que eram adotadas, e estabeleceram assim as bases da futura OEA <sup>(172)</sup>.

Há outro tipo de resoluções, expressando e registrando um acordo entre os membros de um órgão internacional; são os chamados *accords en forme simplifiée*. Estas resoluções-acordos, de natureza obrigatória quando relativas à estrutura e funcionamento internos, constituíram-se em instrumento extremamente útil para solucionar problemas organizacionais do sistema interamericano nascente (e.g., criação de órgãos permanentes, de regras processuais etc.), antes mesmo da criação da OEA e sua carta constitutiva em que basear a força obrigatória das resoluções. Exemplo ilustrativo foi o da resolução da Conferência Interamericana do México, de 1945, intitulada "Reorganização, Consolidação e Fortalecimento do Sistema Interamericano" <sup>(173)</sup>.

Certas resoluções determinam a existência de fatos ou situações legais concretas. É intuitivo que são elas válidas somente em relação a cada caso concreto. Por exemplo: a determinação, pela Assembléia Geral da ONU, de que a África do Sul não obedecera aos preceitos do mandato sobre a África do Sudoeste (hoje, Namíbia) capacitou a mesma Assembléia Geral, com base em sua determinação, a em seguida terminar o mandato, e assim proceder à realização do objetivo do Pacto da Liga das Nações e da Carta da ONU, a saber, no caso, o autogoverno ou independência do povo do território da Namíbia <sup>(174)</sup>.

As únicas decisões realmente *mandatórias*, além das decisões do Conselho de Segurança sob o art. 25 da Carta da ONU, a que já nos referimos, são as resoluções relativas à estrutura *interna* do organismo in-

(171) J. CASTANEDA, *op. cit. supra* n.º 166, pp. 165-196.

(172) *Ibid.*, pp. 177-180.

(173) *Ibid.*, pp. 150-164.

(174) *Ibid.*, pp. 117-138.

ternacional. Há, na ONU, questões internas sobre as quais se tomam decisões *mandatórias* pela ação conjunta da Assembléia Geral com recomendação prévia positiva do Conselho de Segurança, a saber: admissão, suspensão e expulsão de membros da ONU, e nomeação do Secretário-Geral (175).

É significativo observar que, nos últimos anos, a questão da natureza jurídica e efeitos das resoluções das organizações internacionais tem gerado considerável literatura especializada, não raro vinculando a questão ao problema das "fontes" do direito internacional (176). Ao favorecer o desenvolvimento de *standards* de comportamento internacional, tais resoluções têm contribuído para moldar o direito internacional costumeiro e para cristalizar, a longo prazo, os princípios gerais emergentes do direito internacional (177). Ainda que se lhes negasse o caráter de "nova fonte" do direito internacional, ter-se-ia no entanto pelo menos que se admitir que contribuem elas para a formação ou cristalização do direito consuetudinário, e possivelmente mesmo dos "princípios gerais

---

(175) *Ibid.*, pp. 22-116. Quanto ao caráter mandatório das decisões do Conselho de Segurança, cf. discussão in R. HIGGINS, "The Advisory Opinion on Namibia: Which U.N. Resolutions Are Binding Under Article 25 of the Charter?", 21 *International and Comparative Law Quarterly* (1972) pp. 270-286. No que tange aos modos pelos quais são adotadas resoluções pelas organizações internacionais (processo decisório), cf., e.g., C. W. JENKIS, *op. cit.* supra n.º 168, pp. 48-63. R. Y. JENNINGS, "General Course on Principles of International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1967) pp. 592-595; A. EL-ERIAN, "The Legal Organization of International Society", *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 90-92 e 96-100; I. L. CLAUDE JR., *Swords into Plowshares*, 4.ª ed., N.Y., Random House, 1971, pp. 118-162; J.G. STARKE, *Introduction to International Law*, 7.ª ed.; London, Butterworths, 1972, pp. 602 e 607-608.

(176) Cf., *inter alia*, A. J. P. TAMMES, "Decisions of International Organs as a Source of International Law", 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1958) pp. 265-363; S. EL-NAGGAR, "The Recommendations of the U.N. Conference on Trade and Development as a Means of Creating International Norms", *Les Résolutions dans la Formation du Droit International du Développement*, Genève, I.U.H.E.I., 1971, pp. 165-171; D. H. N. JOHNSON, "The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations", 32 *British Year Book of International Law* (1955-1956) pp. 97-122; M. VIRALLY, "La valeur juridique des recommandations des organisations internationales", 2 *Annuaire Français de Droit International* (1956) pp. 66-96; F. B. SLOAN, "The Binding Force of a 'Recommendation' of the General Assembly of the United Nations", 25 *British Year Book of International Law* (1948) pp. 1-33; S.A. BLEICHER, "The Legal Significance of Re-Citation of General Assembly Resolutions", 63 *American Journal of International Law* (1969) pp. 444-478; K. SKUBISZEWSKI, "Enactment of Law by International Organizations", 41 *British Year Book of International Law* (1965-1966) pp. 196(274); JORGE CASTAÑEDA, "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1970) pp. 205-332.

(177) E. HAMBRO, "Some Notes on Parliamentary Diplomacy", *Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honor of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lissitzyn), N.Y., Columbia University Press, 1972, pp. 280-297; e cf., anteriormente, sobre o tópico, PH. JESSUP, "Parliamentary Diplomacy: An Examination of the Legal Quality of the Rules of Procedure of Organs of the United Nations", 89 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1956) pp. 185-319. Sobre a importância de tais resoluções para a formação do costume, cf. também R. MONACO, "Fonti e Pseudo Fonti del Diritto Internazionale", 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978) pp. 743-744 e 747-758, esp. p. 751.

do direito”, além de fornecerem indicações sobre a *opinio juris* da chamada “comunidade jurídica” internacional <sup>(178)</sup>.

É provável que alguns Estados identifiquem hoje no *multilateralismo* no processo decisório um fator até certo ponto compensador de suas desigualdades de poder no cenário internacional. Talvez a ilustração mais enfática resida na nova técnica do consenso, como expressão da vontade no plano multilateral <sup>(179)</sup>, a que já nos referimos supra. Em recente estudo a respeito, observa ERIK SUY que “a institucionalização progressiva do procedimento do consenso — de direito ou de fato — é uma indicação de que aqui nos defrontamos com um método de tomada de decisão muito importante que provavelmente exercerá uma função proeminente no direito das organizações internacionais e na doutrina das fontes do direito internacional” <sup>(180)</sup>. É este um elemento que deve-se sempre ter em mente, à luz da consideração inicial do presente estudo de que todo o capítulo das “fontes” do direito internacional poderia ser estudado com a atenção voltada ao problema fundamental do *consentimento* no direito internacional (cf. supra).

É natural que a crescente complexidade da atuação dos organismos internacionais torne mais visíveis os focos de tensão entre o sistema jurídico internacional <sup>(181)</sup> contemporâneo e os pressupostos tradicionais do sistema interestatal. Essa tensão se faz hoje presente em diversas áreas do direito internacional, conforme já se ressaltou em relação até mesmo ao direito dos tratados (cf. supra). Na própria Carta da ONU encontram-se normas orientadas ao sistema internacional e normas voltadas para os Estados <sup>(182)</sup>.

A atuação das organizações internacionais tem contribuído para a formação de normas do direito internacional de modos distintos. O mais comum e freqüente é através da adoção de resoluções, conforme já acentuado. Os debates precedendo a adoção de resoluções, em que têm os Estados participantes a oportunidade de externalizar seus pontos de vista, são importantes para a verificação da existência ou não de uma

---

(178) EDVARD HAMBRO, “Some Notes on the Development of the Sources of International Law”, 17 *Scandinavian Studies in Law* (1973) pp. 77-93, esp. p. 92.

(179) Cf., a respeito, J. MONNIER, “Observations sur quelques tendances récentes en matière de formation de la volonté sur le plan multilatéral”, 31 *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht/Annuaire Suisse de Droit International* (1975) pp. 31-51; e, anteriormente, H. ROLIN, “De la volonté générale dans les organisations internationales”, *La Technique et les Principes du Droit Public — Etudes en l’Honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 553-564.

(180) ERIK SUY, “The Meaning of Consensus in Multilateral Diplomacy”, *Declarations on Principles, A Quest for Universal Peace — Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling*, Leyden, Sijthoff, 1977, p. 272.

(181) Cf. A. J. P. TAMMES, *op. cit.* supra n.º 152, pp. 374-384; J. H. F. VAN PANHUYS, “Relations and Interactions between International and National Scenes of Law”, 112 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1964) pp. 9-81.

(182) W. D. COPLIN, “International Law and Assumptions about the State System”, 17 *World Politics* (1965) p. 627 n.º 43.

*opinio juris* (183). Ademais, as organizações internacionais têm às vezes se encarregado da realização de trabalhos preparatórios conducentes à conclusão de tratados (e.g., a atuação da Comissão de Direito Internacional da ONU); os textos adotados nas conferências gerais têm bastante peso, mesmo para os Estados que não os ratificaram, a exemplo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Além de facilitar consideravelmente a conclusão de tais instrumentos internacionais, não raro os organismos internacionais exercem uma função relevante também na implementação de certos tratados ou convenções (184) (e.g., na área de proteção internacional dos direitos humanos).

Cabe, no entanto, ressaltar que as regras derivadas de resoluções das organizações internacionais têm fonte que se distingue do costume, dos tratados, e dos princípios gerais do direito, e que não recaem sob qualquer das categorias enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A grande maioria dessas resoluções diz respeito ao direito interno ou próprio das organizações internacionais, voltando-se menos freqüentemente aos Estados-Membros (185). Por vezes, indicam-se a semelhança de efeitos dessas resoluções e de tratados, o fato de que resoluções mandatórias são adotadas com base em uma autorização convencional, e a relativa fraqueza dessa modalidade de processo decisório, mas tais receios não têm logrado impedir que para muitos as resoluções das organizações internacionais constituam hoje uma nova e distinta "fonte" do direito internacional contemporâneo (186).

E, o que é ainda mais significativo, o silêncio do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça acerca das resoluções das organizações internacionais "não tem impedido a Corte de aplicar o direito interno de algumas organizações internacionais": SKUBISZEWSKI relembra, a esse respeito, três pareceres da Corte no período 1954-1962 (187). Mais recentemente, no caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), um dos juizes da Corte foi mais além ao destacar expressamente "uma tendência marcante da doutrina, refletindo os aspectos novos da

(183) H. BOKOR-SZEGÓ, "The Contribution of International Organizations to the Formation of the Norms of International Law", *Questions of International Law* (ed. Hungarian Branch of the International Law Association), Budapeste, Progresprint, 1971, pp. 20-21.

(184) *Ibid.*, pp. 21-22, 25 e 27. — Também LACHS advoga que as organizações internacionais participam da formação do Direito Internacional contemporâneo, e de modo direto no que diz respeito ao âmbito de seu direito interno ou próprio; MANFRED LACHS, "Le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international", *Mélanges Offerts à Henri Rolin-Problèmes de Droit des Gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 168-169, e cf. pp. 157-170.

(185) K. SKUBISZEWSKI, "A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organizations", *Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, pp. 508 e 510-511. Sobre a atividade juridicamente relevante do Secretariado da ONU, por exemplo, cf. O. SCHACHTER, "The Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat", 25 *British Year Book of International Law* (1948) pp. 91-132.

(186) K. SKUBISZEWSKI, *op. cit. supra* n.º 185, pp. 518-520, e referências.

(187) Pareceres sobre: *Efeito das Sentenças de Compensação do Tribunal Administrativo da ONU* (1954), *Julgamentos do Tribunal Administrativo da OIT de Reclamações feitas contra a UNESCO* (1956), *Certas Despesas das Nações Unidas* (1962), cit. in *ibid.*, p. 520 e n.º 43.

vida internacional, favorável a se atribuir às resoluções, e particularmente às declarações da Assembléia Geral da ONU, o caráter de onte pelo menos subsidiária ou auxiliar do direito internacional, a ser acrescentada às fontes clássicas do art. 38 do Estatuto da Corte" (188). Observou ainda o Juiz AMMOUN que, "à luz da prática dos Estados manifestada dentro de organizações e conferências internacionais, não se pode negar, com relação às resoluções que daí emergem, ou melhor, com relação aos votos aí expressados em nome dos Estados, que estes constituam precedentes contribuindo para a formação do costume" (189).

Enfim, a própria Corte Internacional de Justiça, em várias passagens de seu parecer de 16 de outubro de 1975 sobre o caso do *Sahara Ocidental*, considerou e discutiu em detalhes algumas resoluções da Assembléia Geral da ONU, no contexto da descolonização e autodeterminação dos povos (190). Anteriormente, a própria Assembléia Geral da ONU, em sua Resolução nº 3.232 (XXIX), de 22 de novembro de 1970, acerca da revisão da função da Corte Internacional de Justiça, também esposou a tese de que "o desenvolvimento do direito internacional pode refletir-se, *inter alia*, em declarações e resoluções da Assembléia Geral, que podem nessa medida ser levadas em conta pela Corte Internacional de Justiça" (191). É o que tem ocorrido na prática.

Assim, outra não poderia ser a conclusão senão a de considerarmos incompleto, nos dias de hoje, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, por permanecer silencioso quanto às resoluções das organizações internacionais. Tem-se, no entanto, ponderado, que dados a natureza jurídica e os efeitos heterogêneos dos vários atos das instituições internacionais (recomendações, regulamentações, decisões, declarações etc. — cf. supra), seria talvez de duvidosa utilidade incluir essa nova categoria nas fontes do direito internacional, a não ser para o propósito da própria classificação (192).

Entretanto, tal argumento não parece resistir a um exame cuidadoso. Ainda que certas resoluções sejam puramente recomendatórias — e portanto não obrigatórias —, são, não obstante juridicamente relevantes, têm em muito influenciado a prática internacional, e os próprios Estados, naturalmente relutantes em infringi-las, consideram-se pelo menos no dever de considerá-las de boa fé (193). Ainda mais significati-

(188) Explicação de voto do Juiz AMMOUN, caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase), *ICJ Reports* (1970) p. 302.

(189) *Ibid.*, p. 303.

(190) Caso do *Sahara Ocidental*, *ICJ Reports* (1975) pp. 20, 23, 26-37, 40, 57 e 67-68.

(191) Cit. in Ch. SCHREUER, "Recommendations and the Traditional Sources of International Law", *20 German Yearbook of International Law* (1977) p. 112 e n.º 42.

(192) Nesse sentido, Ch. SCHREUER, *op. cit.* supra 191, p. 114, e cf. pp. 103-118; H. BOKOR-SZEGÓ, *op. cit.* supra n.º 183, p. 26.

(193) Conforme acentuado pelo próprio SCHREUER, in *op. cit.* supra n.º 191, pp. 103-118. Cf. também K. SKUBISZEWSKI, "Recommendations of the United Nations and Municipal Courts", *46 British Year Book of International Law* (1972-1973) pp. 353-364.

vamente, as dúvidas e incertezas que circundaram, por exemplo, o costume, os princípios gerais do direito, a equidade, não impediram que fossem estas categorias incluídas na enumeração das "fontes" do direito internacional do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Tais categorias continuam a gerar controvérsias, mesmo na atualidade. As incertezas que ainda pairam sobre as resoluções das organizações internacionais não nos parecem, portanto, suficientemente fortes de modo a justificar sua continuada exclusão do art. 38 do Estatuto da Corte. Tais resoluções não mais podem ser ignoradas ou negligenciadas. E não há aparentemente obstáculo lógico algum à inserção de uma cláusula detalhada reconhecendo-as como "fonte" distinta do direito internacional contemporâneo, ao menos limitativamente alguns tipos de resoluções sob determinadas condições e circunstâncias.

O presente exame dos atos ou resoluções das organizações internacionais, inserido no quadro geral das "fontes" do direito internacional, explica-se por constituir o estudo de tais organizações um capítulo do direito internacional contemporâneo. Contudo, a crescente complexidade e extraordinária expansão de seu campo de atuação no cenário internacional indicam que não se deve hoje excluir a possibilidade de que as questões relativas às organizações internacionais venham eventualmente a se desenvolver e constituir em um sistema jurídico separado<sup>(194)</sup> ou próprio<sup>(195)</sup>, sob rubrica distinta da do direito internacional público, como por exemplo parece sugerir o título da obra de SCHERMERS<sup>(196)</sup>.

Se isto vier realmente a ocorrer, é quase certo que desenvolver-se-ão no futuro estudos das fontes do "direito das organizações internacionais". Já surgem hoje as primeiras indicações a esse respeito; sugeriu-se recentemente, por exemplo, que as "fontes" do "direito das organizações internacionais" seriam, em primeiro lugar, as decisões dos órgãos das organizações internacionais (contrastando com seu caráter mais auxiliar no direito internacional geral), seguidas do tratado e do costume (este último aqui não exercendo o mesmo papel que no direito internacional geral); a Convenção de Viena sobre Representação dos Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal (1975), por exemplo, pode ser tida como declaratória de regras costumeiras já cristalizadas mesmo antes de sua adoção<sup>(197)</sup>.

(194) RALPH ZACKLIN, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, Leyden, Sijhoff, 1968, p. 199.

(195) Cf. C. W. JENKS, *The Proper Law of International Organizations*, London, Stevens/Oceana, 1962, pp. 188.

(196) H. G. SCHERMERS, *International Institutional Law*, vol. I, Leyden, Sijhoff, 1972, pp. 188.

(197) E. SHIBAEVA, "Law of International Organization in the System of Modern International Law", 17 *Indian Journal of International Law* (1977) pp. 227-233; o autor sugere a classificação como regras "primárias" do direito interno das organizações internacionais as baseadas nos instrumentos constitutivos, e "secundárias" as baseadas em decisões dos órgãos das organizações internacionais. Para estudos anteriores do tema, cf., e.g., PH. CAHIER, *Le droit interne des organisations internationales*, 67 *Revue Générale de Droit International Public* (1963) pp. 563-602; M. MERLE, *Le pouvoir réglementaire des institutions internationales*, 4 *Annuaire Français de Droit International* (1958) pp. 341-360.

# O anteprojeto de nova CLT e a Constituição

Prof. A. F. CESARINO JUNIOR

## SUMÁRIO

I — O ANTEPROJETO DE NOVA CLT. O que devia ser. O que é. O que deverá ser. II — A CONSTITUIÇÃO DE 1969. Sua aparência. Sua realidade. Aparência e realidade. III — ANTEPROJETO E CONSTITUIÇÃO. **Conteúdo essencial do anteprojeto.** Cessação do contrato de trabalho. Salário. Organização dos sindicatos. Negociação coletiva de trabalho e dissídio coletivo. Direito de greve. **Conteúdo essencial da Constituição.** Estabilidade e fundo de garantia. Salário. Associação profissional ou sindical. **Convenção** coletiva de trabalho e dissídio coletivo. Greve. Anteprojeto e Constituição. IV — CRÍTICA AO ANTEPROJETO. *Crítica dos trabalhadores.* Idem dos empregadores. Idem de outros. V — NOSSA OPINIÃO. **Quanto à forma.** Código e não consolidação. **Quanto ao fundo.** Política de garantia do emprego. Política salarial. Política sindical. Negociação e dissídio coletivos. Greve.

## I — O ANTEPROJETO DE NOVA CLT

### O que devia ser

O Decreto-Lei nº 229, de 28-2-67, havia determinado em seu art. 36: "O Poder Executivo mandará reunir e coordenar em texto único as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho e demais legislação com-

Conferência no Instituto dos Advogados Brasileiros em 20-9-79.

plementar de proteção ao trabalho, vigentes na data deste Decreto-Lei com as alterações dele resultantes, **aprovando-o por decreto**, a fim de facilitar a consulta e o manuseio dos diversos textos esparsos." Isto é, dever-se-ia proceder apenas a uma atualização da CLT. Somente pela Portaria MTb nº 3.282, de 6-8-74, foi instituída Comissão Ministerial (Trabalho) para este fim. Esta, face à existência de anteprojetos de "Lei Orgânica da Justiça do Trabalho" e de "Código de Processo do Trabalho", no Ministério da Justiça, provocou e obteve providência a respeito, pela qual o Presidente da República determinou ficassem ambos os assuntos na esfera da Comissão, considerando conveniente manter o **statu quo**.

### O que é

Transformada, assim, pela Portaria nº 542, de 19-9-75, em **Comissão Interministerial** (Trabalho e Justiça) sob a presidência do eminente Ministro ARNALDO LOPES SUSSEKIND, nosso eficiente representante no Conselho de Administração da OIT, examinou ela as sugestões recebidas e concluiu pela necessidade de "modificar, ainda que excepcionalmente, algumas das disposições da CLT de 1943", pois "o Brasil de hoje não é o Brasil de 1943", **mantidas suas diretrizes fundamentais em sintonia com a Constituição vigente**. Nessa **reconsolidação** (sic), sem criar "novos institutos jurídicos de proteção ao trabalho, "nem revogar nenhum dos existentes", considerou, porém, que "disposições vigentes, em número reduzido, devem ser reformuladas ou complementadas...", o que "importa em legislar e não apenas em reconsolidar". Aguardando solução para este impasse, examinou os projetos em trânsito no Congresso "para aferir a tendência parlamentar sobre a modificação das leis de proteção ao trabalho vigentes". O mesmo foi feito relativamente à jurisprudência trabalhista.

### LEGISLAÇÃO

Autorizada para tanto, em 20-9-76, entregou ela seu trabalho aos dois Ministros. Dele o Governo transformou títulos ou capítulos em projetos enviados ao Congresso, preparados por ela os respectivos textos e justificações. Daí, entre outros, o Decreto-Lei nº 1.535, de 13-4-77, sobre férias e a Lei nº 6.514, de 22-12-77, sobre segurança e medicina do trabalho. Ultimados os trabalhos, o Ministro ARNALDO PRIETO encaminhou ao Presidente ERNESTO GEISEL o anteprojeto da nova CLT.

No relatório que o acompanhou, afirma o Ministro SUSSEKIND que "o Governo Federal não desejava a substituição das leis vigentes por um código do trabalho, mas a atualização da CLT" e, ainda, que "a operação de consolidar é a subordinação das normas atualizadas ao sistema legal preexistente e às diretrizes doutrinárias que dele emanam, ao contrário do que ocorre com a elaboração do código, onde é livre a criação do direito, sem dependência do regime vigente". Além das leis



acima citadas, enumera mais o relatório, como resultando total ou parcialmente do trabalho da Comissão, mais as de números 6.023, de 17-4-75, sobre transferência de empregados, 6.024, de 29-4-75, readmissão no emprego de aposentado; 6.211, de 16-6-75, férias de menor estudante; 6.136, de 7-11-74, *salário-maternidade como prestação previdencial*; 6.354, de 2-9-76, profissional de futebol; 6.533, de 24-5-78, artista e técnico em diversões; 6.563, de 19-9-78, novas Juntas da Justiça do Trabalho, e Decreto-Lei nº 1.432, de 5-12-75, juros e correções monetárias no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Assim, a Comissão ordenou em texto único a legislação existente, esclareceu dúvidas quanto a sua aplicação, aprimorou conceitos, com base na doutrina prevalente compatível com a Constituição, introduziu preceitos de convenções internacionais ratificadas e aperfeiçoou, modificando-a excepcionalmente, a legislação em vigor. Assim, foi suprimida a matéria atinente ao Ministério Público e adotado o texto sobre a Justiça do Trabalho às inovações dos Projetos de Leis Orgânicas da Magistratura Nacional e do Ministério Público da União. Anexou a legislação sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Refere que "as medidas já adotadas pelo Governo Federal, algumas das quais já consubstanciadas em emenda constitucional, visando à gradual abertura do sistema jurídico-político no rumo da democracia plena, tiveram inquestionáveis reflexos na vida sindical. E o próprio Governo Federal passou a admitir a revisão da legislação pertinente", designando Comissão Interministerial (Fazenda, Trabalho e Planejamento) para "auscultar dirigentes sindicais e empresários sobre as reivindicações no campo das relações coletivas de trabalho". Reformulou a legislação sobre política salarial, propiciando a atuação da negociação coletiva e da Justiça do Trabalho, "observados os indispensáveis parâmetros legais". Dedicou, em regra, um anexo a cada uma das profissões, num total de 24, excluindo, assim, várias delas do texto da CLT, adotando, pois, o método proposto pelo Prof. EVARISTO DE MORAES FILHO em seu Anteprojeto de Código do Trabalho (1).

Melhorou o sistema da CLT, cuidando do contrato individual de trabalho, logo após a introdução, que enriqueceu com valiosos aperfeiçoamentos. Este foi o sistema sempre por nós preconizado desde 1941 (2).

Incluiu capítulos novos sobre trabalho temporário, estagiários e trabalhadores avulsos e um título sobre valorização da mão-de-obra (forma-

(1) *Código do Trabalho — Anteprojeto* EVARISTO MORAES FILHO, texto revisto por ele, MOZART VICTOR RUSSOMANO e JOSÉ MARTINS CATHARINO. Rio, julho de 1964, in *LTr*, 1964, 28/574 a 649.

(2) Na primeira edição de nossa *Consolidação das Leis do Trabalho*, Freitas Bastos, Rio, 1943, págs. 6 a 11, criticamos a sistemática da atual CLT e na pág. 9 colocamos o *Contrato Individual do Trabalho*, no Livro III, logo após as *Disposições Gerais* (Livro I) e as *Instituições Corporativas* (Livro II). Aliás, no prefácio da primeira edição de nosso *Direito Social Brasileiro*, Martins, São Paulo, 1940, pág. XVII, já constava o seguinte, escrito em outubro de 1938: "Sobretudo, precisamos cuidar da elaboração de um código do trabalho, obra para a qual pretendemos oferecer a nossa modesta contribuição, pela redação, que já iniciamos, de uma consolidação sintética das leis trabalhistas em vigor. Efetivamente, há uma imensa dificuldade em se aplicar as leis sociais fazendo isto com que a nossa disciplina se tome de árdua especialização."

ção profissional, Sistema Nacional de Emprego e estatísticas do trabalho) e prestações assistenciais. Juntou acertadamente, no título "Relação Coletiva de Trabalho", a organização sindical, a negociação coletiva e o direito de greve. Dedicou título especial à inspeção e penalidades administrativas. Na Justiça do Trabalho incluiu o Conselho da Magistratura.

"Deixou nítida a natureza contratual da relação de emprego", conforme sustentamos em 1942, em crítica ao projeto da atual CLT, quando, entretanto, se adotou a tese estatutária, acusando-se a nossa crítica de ter sido ditada por "mero gesto polêmico", enquanto se afirmava textualmente que "a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista" (3).

### O que deverá ser

Em nossa opinião, desenvolvida na conclusão deste trabalho (Capítulo V), o anteprojeto deve ser convertido num Projeto de Código do Trabalho antes de ser remetido à apreciação do Congresso Nacional, pelas razões ali expendidas.

É óbvio que a digna Comissão Interministerial não o poderia ter feito por estar jungida, como órgão do Governo, às estritas instruções do Poder Executivo, que, conforme vimos, lhe proibiam expressamente "criar novos institutos jurídicos de proteção ao trabalho" ou "revogar qualquer dos existentes".

## II — A CONSTITUIÇÃO DE 1969

### Sua aparência

A Constituição de 1946, elaborada por uma Assembléia Constituinte, em época de livre atividade política, segundo PINTO FERREIRA (4), manteve os pontos de vista essenciais existentes na Constituição de 1934. Não aderiu ao socialismo nem tampouco se manteve na linha rígida do individualismo. Inspirou-se na técnica da democracia social weimariana, consoante afirmação também de GERALDO BEZERRA DE MENEZES.

Daí a disposição de seu art. 145 e parágrafo único: "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único — A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social."

(3) Ministro MARCONDES FILHO, do Trabalho, Exposição de Motivos, ao Presidente da República, n.º 28 e 42, in *Consolidação das Leis do Trabalho*, Imprensa Nacional, Rio, 1952, págs. 6 e 7. Em nosso esquema de código do trabalho referido na nota anterior, o citado livro III teria 7 títulos relativos ao contrato individual de trabalho: *Requisitos, Formação, Obrigações decorrentes, Inclusive Salário, Execução, Dissolução, Disposições Especiais e Tutela do Trabalho*.

(4) Citado por FLORIANO VAZ DA SILVA, *Direito Constitucional do Trabalho*, LTR, São Paulo, 1977, pág. 95.

A Constituição de 69 não o repetiu integralmente, mas nem por isso fugiu ao dever de **conciliar** ricos e pobres, ao dispor no **caput** do art. 160: "A ordem econômica e social tem por fim realizar o **desenvolvimento nacional e a justiça social**, com base nos seguintes princípios. . .". Entre estes estão a "**valorização do trabalho** como condição da dignidade humana", a "harmonia e a **solidariedade entre as categorias sociais** de produção" e a "**expansão das oportunidades de emprego** produtivo".

A alguns especialistas tem parecido ser a preocupação fundamental da Carta de 69 o desenvolvimento econômico, "passando a justiça social a um plano secundário" (5).

### Sua realidade

Não concordamos: ela fala, **simultaneamente** em "ordem econômica e social" e em **justiça social** e as referências à **valorização do trabalho e à expansão do emprego**, obviamente, reforçam a interpretação contrária, isto é, de que o desenvolvimento econômico não pode ser meta **fundamental e prioritária**, pois isto seria contrário à "solidariedade" **entre as categorias da produção**.

### Aparência e realidade

Ora bem, aqui se trata — insistimos — de **princípios** da ordem econômica e social, aos quais, obviamente, estão subordinados os itens do art. 165, concernentes aos **direitos** dos trabalhadores, cuja lista é apenas **enumerativa** e não taxativa, pois o **caput** do referido art. 165 os assegura, **além de outros**, que nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social.

Logo, se o anteprojeto de nova CLT for convertido em projeto e enviado pelo Poder Executivo ao Congresso, nada impede a este de: **a)** transformá-la, através de substitutivo, em Código, porque elaborar **Consolidação** é tarefa do Executivo e não do Legislativo, conforme dispôs, *acertadamente, o citado art. 36 do Decreto-Lei nº 229/67*; **b)** criar novos institutos jurídicos de proteção ao trabalho.

E, como o Congresso Nacional, após a revogação do Ato Institucional nº 5 pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 11, de 13-10-78, tem competência **plena** para legislar sobre direito do trabalho (Constituição, art. 8º, nº XVII, letra **b**), nada impede que ele o faça com observância daqueles princípios, pois estará apenas cumprindo a Constituição.

Aliás, não fora esse o caso, teria o Congresso, também obviamente, competência para emendar a Constituição, conforme os arts. 46 a 49

(5) FLORIANO VAZ DA SILVA, *O Direito do Trabalho e a Seguridade Social na Constituição*, Pallas, Rio, 1976, pág. 98.

desta, desde que não se trate de abolir a Federação ou a República (Constituição, art. 47, § 1º).

### III — ANTEPROJETO E CONSTITUIÇÃO

#### **Conteúdo essencial do anteprojeto**

O anteprojeto é extenso, pois contém XI Títulos com 922 artigos, além de XX Anexos, com 396 artigos. Impossível, portanto, o seu exame completo nesta oportunidade.

Iremos apreciar, por isso, somente seus aspectos principais (cessação do contrato de trabalho, salário, organização sindical, negociação coletiva de trabalho, direito de greve e dissídio coletivo) e estes mesmos apenas no que têm de essencial.

#### **Emprego**

O anteprojeto dispõe sobre o **contrato individual de trabalho** logo no Título II, com seis capítulos: Disposições Gerais, Suspensão do Contrato e Interrupção do Serviço, Alteração das Condições de Trabalho, Cessação do Contrato e Estabilidade no Emprego.

Segue-se no Título III o **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. Isto tudo depois de haver, no Título I, **Introdução**, definido empregado e empregador (arts. 4º e 6º). Do primeiro citaremos apenas o art. 61 e seu parágrafo único, do Capítulo IV (**Cessação do Contrato**) que mantém a distinção atual entre os regimes da CLT e do FGTS, quanto à indenização e o art. 83 do Capítulo V, sobre **Estabilidade no emprego**, que dela exclui o empregado que haja optado pelo regime do FGTS.

#### **Salário**

O **salário** é cogitado pelo anteprojeto no Capítulo II do Título IV sobre **Normas Gerais do Trabalho**. Apenas faremos referência a duas de suas Seções: IV — Do Salário Mínimo; e VI — **Do Reajustamento e do Aumento dos Salários**.

Pelos arts. 202 a 205 o salário mínimo será fixado pelo Executivo, baseado em estudos do Conselho Nacional de Política Salarial, do qual participam 2 representantes dos empregados e 2 dos empregadores, conforme as condições econômicas de cada região do País e as necessidades normais do trabalhador (alimentação, habitação, vestuário, higiene, transporte e previdência social), acrescido do salário-família para filho menor de 15 anos, vigorando por prazo não inferior a 1 ano.

No mesmo intervalo mínimo se dará o reajustamento dos salários por acordo ou convenção coletiva de trabalho ou decisão judicial, em caso de perda do seu poder aquisitivo, por fator fixado mensalmente pelo Executivo, podendo prever-se após 6 meses seu acréscimo correspondente à elevação do custo de vida no período, desde que superior a 15% pelos índices federais. A Justiça do Trabalho poderá em sentença normativa estabelecer níveis salariais mínimos justificados pela atividade da empresa ou pela função do empregado e suportáveis por ela. As convenções ou acordos podem, além do reajustamento, estipular aumento real fundado em acréscimo da produtividade da categoria econômica ou da empresa, o mesmo podendo a Justiça do Trabalho, malograda a negociação coletiva (arts. 215 a 222). As empresas deverão absorver, sem repercussão nos preços dos produtos ou serviços, o suplemento concedido superior ao fator oficial de reajustamento.

### **Organização Sindical**

O Capítulo I do Título VII do anteprojeto, consagrado às **Relações Coletivas de Trabalho**, mantém praticamente inalterado nos arts. 516 a 595, o disposto no Título V, arts. 511 a 569, da atual CLT.

Assim é que mantém a intervenção do Ministério do Trabalho, além de outros, nos seguintes casos: arts. 535, 543, 544, 546, 548, 555 e 556. Isto tudo, não obstante haver a Comissão Interministerial dito que “adotou modificação de profundidade, visando assegurar a autonomia às entidades sindicais” (itens 155 e 166 a 168 do Relatório).

Na realidade, ela suprimiu a faculdade de o Ministro do Trabalho intervir nas entidades sindicais, suspender ou destituir seus administrados, fechá-los temporariamente e cassar-lhes a carta de reconhecimento (arts. 527 e seguintes).

### **Negociação Coletiva de Trabalho e Dissídio Coletivo**

O mesmo faz seu Capítulo II, **Da Negociação Coletiva de Trabalho**, arts. 596 a 607, quanto ao Título VI — **Das Convenções Coletivas do Trabalho**, arts. 611 a 625 da CLT, salvo quanto ao disposto no art. 623 deste, que declara nula disposição contrária à política econômico-financeira e salarial do Governo. Facilitou, porém, a negociação, reduzindo o **quorum**, excluindo disposições antes obrigatórias (itens 169 a 174 do Relatório).

O art. 843 do anteprojeto dispõe que nenhum dissídio coletivo será instaurado antes de esgotadas as medidas tendentes à negociação coletiva.

### **Direito de Greve**

O Capítulo III do mesmo Título consolida as disposições sobre a greve na legislação vigente, havendo, porém, redução do **quorum** para

deliberação sobre a greve, a probabilidade de se retirar o caráter de essencialidade de qualquer atividade, e se definiu e proibiu o **lock-out**, restabelecendo até certo ponto o poder normativo da Justiça do Trabalho para reduzir o apelo à greve.

### **Conteúdo essencial da Constituição**

Sob esta denominação examinaremos rapidamente o **caput** do art. 165 da Constituição, seus itens relativos aos tópicos acima alinhados e seus arts. 162, 166 e 170, § 2º

Em nossa conclusão mencionaremos também os arts. 142 e 153, § 1º

O **caput** do art. 165 da Constituição — convém repetir — deixa claro que a enumeração de direitos assegurados aos trabalhadores dele constante é **enumerativa** e não taxativa, ao dizer expressamente, em relação a eles, “além de outros, que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social”.

### **Estabilidade e Fundo de Garantia**

O item XIII do art. 165 se refere a: “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”.

### **Salário**

Quanto ao salário, o art. 165 da Constituição contém os seguintes dispositivos: “I — salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as suas **necessidades normais e a de sua família**; II — **salário-família** aos seus dependentes; III — proibição de diferenças de salários e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; IV — salário de trabalho noturno superior ao diurno”.

### **Associação profissional ou sindical**

Rezam o art. 166 da Constituição e seus §§: “É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei. § 1º — Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas. § 2º — É obrigatório o voto nas eleições sindicais.”

## Convenção coletiva de trabalho e dissídio coletivo

São expressamente **reconhecidas** pelo item XIV do art. 165 da Constituição: “reconhecimento das convenções coletivas de trabalho”.

Dispõem o **caput** do art. 142 e seus §§ da Constituição: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho. § 1º — A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho. § 2º — Os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.”

## Greve

A ela se referem: o art. 162, **verbis**: “Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”, e o item XX, do art. 165: “greve, salvo o disposto no art. 162”. Note-se que, sendo este instituto, a greve, subordinado ao **caput** do ar. 165, é ela **um direito assegurado pela Constituição aos trabalhadores.**

## Anteprojeto e Constituição

Do exposto resulta, de um modo geral, que a Constituição de 1969, **por si só**, tendo em vista os princípios gerais de ordem social do art. 160, salvo quanto ao direito de greve (art. 162) e a incompetência da Justiça do Trabalho para questões infortunisticas (art. 142, § 2º), não tolhia a liberdade da Comissão Interministerial em modificar mais profundamente *a velha CLT ou mesmo em projetar um Código do Trabalho*. Dizemos **por si só**, para lembrar que a douda Comissão estava tolhida, isto sim, pelas decisões do Governo contrárias a modificação de maior vulto.

Sem aprofundar este aspecto, **brevitatis causa**, passaremos a examinar o anteprojeto e a Constituição quanto aos problemas essenciais por nós colocados.

Quanto à **estabilidade** no emprego, nada há em sentido contrário na Constituição, pois o nº XIII do art. 165 coloca a alternativa — estabilidade com <sup>(6)</sup> indenização **ou** fundo de garantia, o que mostra não ser este **constitucionalmente** impositivo, como antítese daquela garantia de emprego e por isto justamente alvo de todas as críticas sensatas, como

(6) Com, aqui, é elemento conectivo, valendo e (cf. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, **verbete** “com”, n.º 4, à pág. 349, meio).

logo veremos. Aliás, a própria Comissão declara nos itens 72 a 74 do seu Relatório: "Por iniciativa do Professor DÉLIO MARANHÃO, foi elaborado um texto visando a pôr fim ao sistema alternativo entre o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o da estabilidade no emprego. Nesse estudo preliminar, que foi encaminhado informalmente pelo Presidente da Comissão ao Governo Federal, propunha-se a aplicação do FGTS a todos os empregados e, complementarmente, alterava-se o atual conceito de estabilidade, adotando-se, a respeito, a teoria da nulidade da despedida arbitrária, na forma acolhida pelo legislador brasileiro em relação aos empregados eleitos para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes. 73. Conforme foi assinalado no relatório de 20 de setembro de 1976 desta Comissão: "O conceito de estabilidade adotado pela atual CLT não atende aos fins a que se dirige, pois se presta a abusos e distorções, já demonstrados na prática. Por outro lado, o regime do FGTS, que substitui, com vantagem, a indenização de antigüidade, não assegura a permanência do trabalhador no emprego. 74. O precitado estudo, entretanto, não logrou êxito, tendo sido recomendada à Comissão a manutenção da vigência paralela dos dois regimes, tal, como a muitos parece, resultou do preceituado no inciso XIII do art. 165 da Constituição". E isto hoje já consta, portanto, em lei: CLT, art. 165: "Os titulares da representação dos empregados na CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Parágrafo único — Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado" (redação dada pela Lei nº 6.514, de 22-12-77).

Relativamente ao **salário**, é evidente que o problema se coloca quanto à **fixação** do salário mínimo e quanto ao **reajustamento salarial**. Nada na Constituição impede a fixação de um mínimo salarial **condigno**, ao contrário, ela determina expressamente no item I do art. 165 que o salário mínimo seja **capaz de satisfazer**, conforme as condições de cada região, as suas **necessidades normais e as de sua família**. E o nº II insiste sobre o "**salário-família** aos dependentes".

Assim sendo, julgamos que o problema é mais de fato que jurídico. Aliás, pelos jornais sabemos que há uma ação reclamando contra a maneira pela qual foi determinado o valor do último salário mínimo. E é público e notório que o valor do salário-família (5% de Cr\$ 2.268,00) é absolutamente irrisório!

Quanto ao reajustamento salarial, deve resultar ou da negociação coletiva ou de indexação. O Governo tomou o segundo caminho com a Mensagem nº 85, de 1979-CN (nº 314/79, na origem), que propõe a correção automática e semestral do valor monetário da remuneração ajustada entre as partes. Pensamos que seria uma solução razoável do problema, desde que a indexação fosse **trimestral**, e não semestral e que o aumento verificado não fosse repassado ao preço dos produtos, pois tal repasse inutilizaria imediatamente o reajustamento operado. Para haver



repasse e, assim mesmo, haver um certo reajustamento, a correção monetária automática deveria ser **mensal**.

É evidente que nenhuma das medidas propostas quanto ao salário encontra óbice na atual Constituição.

Quanto aos **sindicatos**, entendemos que o art. 166 da Constituição em nada impede a sua plena liberdade. Tanto isto é verdade que a própria Comissão Interministerial, nos itens 35 e 36 do Relatório, expôs o seguinte: "**Em ofício dirigido ao Ministro do Trabalho, a Comissão Interministerial ponderou que o título "Relações Coletivas de Trabalho", compreendendo capítulos referentes à organização sindical, à negociação coletiva de trabalho e ao direito de greve, não correspondia, em diversos pontos, ao pensamento da maioria dos seus membros, posto que fora redigido, segundo as expressas instruções recebidas, no sentido de não serem introduzidas modificações substanciais na legislação vigente. Entretanto, as medidas já adotadas pelo Governo Federal, algumas das quais já consubstanciadas em emenda constitucional, visando à gradual abertura do sistema jurídico-político no rumo da democracia plena, tiveram inquestionáveis reflexos na vida sindical. E o próprio Governo Federal passou a admitir a revisão da legislação pertinente, tanto que designou Comissão, com representantes dos Ministérios da Fazenda e do Trabalho e da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, com o objetivo de auscultar dirigentes sindicais e empresários sobre as reivindicações no campo das relações coletivas de trabalho. Por seu turno, pareceu conveniente e oportuno à Comissão reformular a legislação sobre a política salarial, distinguindo os reajustamentos dos aumentos reais dos salários, de forma a propiciar adequado campo de atuação à negociação coletiva e à Justiça do Trabalho, observados os indispensáveis parâmetros legais. 36. O Ministro do Trabalho deferiu o pedido da Comissão, que, em sucessivas reuniões, adotou novos textos para os precitados capítulos."**

E, na realidade, melhorou bem o texto do capítulo concernente à **organização sindical**, como ela própria declara: "A Comissão adotou modificações de profundidade, visando a assegurar autonomia às entidades sindicais, para a ação condizente com suas legítimas finalidades. Convertido em lei o anteprojeto assim revisto, as entidades sindicais poderão se posicionar, no novo contexto jurídico-político nacional, como autênticos e expressivos representantes dos interesses econômicos ou profissionais das correspondentes categorias de empregadores e trabalhadores".

Entretanto, estas modificações não foram suficientemente amplas para liberar os sindicatos da injusta tutela do Ministério do Trabalho, como se vê nos arts. 535, 543, 544, 546, 548, 555, 556, 585 e 594, referentes a intervenção daquele Ministério nos sindicatos quanto aos assuntos de atos da diretoria, eleição, associações sindicais de grau superior, gestão financeira, malversação de fundos e proibição de filiação a organizações internacionais, em hipóteses que representam questões a ser resolvidas pelas próprias diretoria ou assembléia geral do sindicato ou pela Justiça, tanto Comum como do Trabalho.

Em relação à **negociação coletiva** e ao dissídio coletivo, também, nada impede a plena liberdade. Quanto à primeira, a Constituição, no art. 165, nº XIV, se limita ao **reconhecimento** das convenções coletivas de trabalho, é verdade que "nos termos da lei" (**caput** do art. 165), mas é óbvio que esta referência não pode implicar em restrição a este reconhecimento, nem obrigar os sindicatos a aceitarem a mediação ministerial, como exige o art. 602.

Somente quanto à **greve** é que a Constituição é por demais rigorosa, proibindo-a totalmente no art. 162 nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei, o que é repetido no nº XX do art. 165. É este o problema mais difícil a resolver.

Com efeito, como sempre temos afirmado, a greve é como uma navalha com gume dos dois lados e só com a lâmina, sem cabo. É muito difícil manejá-la sem se ferir. Assim é a greve: prejudica **apenas** aos trabalhadores, às empresas e à coletividade... E isto com mais forte razão nos serviços públicos e atividades essenciais. Mas, por outro lado, o art. 153, § 1º, diz que "todos são iguais perante a lei". Em face disto, como conferir o direito de greve a uns e negá-lo a outros?

Como, entretanto, não há direitos absolutos, pensamos que a solução estará em, **reformando a Constituição, permitir a greve** a todos os trabalhadores, regulando, porém, **seu exercício** diferentemente, conforme se trate ou não de serviços públicos e atividades essenciais.

É evidente que a greve, como a "guerra do trabalho", deve ser a **ultima ratio regum**. Deve a lei obrigar sempre empregados e empregadores a tentarem **previamente** a negociação **direta**, em busca de uma **conciliação**; fracassada esta, deve haver a **mediação** da Procuradoria da Justiça do Trabalho e só se esta também for inútil, poderá, então, haver o recurso extremo à greve.

Esta é, porém, infelizmente, uma espécie de jogo de "braço de ferro", irracional como todo jogo de força: vence o mais forte. E a consequência é debilitar os dois contendores, embora um menos que o outro, com a diferença, no caso da greve, de que a assistência não se diverte apenas; pelo contrário, geralmente paga um alto preço para assistir ao espetáculo... Em regra, as empresas perdem milhões de cruzeiros, os empregados e suas famílias passam apertados e a população sofre toda sorte de privações. Tanto isto é verdade que as empresas procuram acobertar-se acumulando previamente vastos estoques; os empregados se previnem com o fundo de greve, mas a população dificilmente escapa às privações. E outras consequências mais graves ainda podem surgir, como acidentes, doenças, desordens e repressões, às vezes, sangrentas e mortíferas.

Por isto mesmo, é óbvio que tudo deve ser feito para **evitar** a deflagração da greve, porque, depois de iniciada, mesmo a solução judicial do conflito pode ser inócua para impedir o seu prosseguimento, como tem sido observado várias vezes. Daí que, sem deixar de considerar aconselhável o recurso ao dissídio coletivo perante a Justiça do Tra-

balho para o fim, tanto de evitar, como de fazer cessar a greve, insistamos na necessidade de um maior esforço no sentido de preveni-la.

E, para tanto, como todas as questões que a podem provocar (reajustamentos salariais, condições de trabalho, higiene e segurança do trabalho), no fundo, têm aspectos técnicos (econômicos, jurídicos, higiênicos, médicos, técnicos em sentido estrito), as discussões prévias a ela devem sempre ser alicerçadas em pareceres de peritos de ambos os lados, do patronal e do operário e, em certos casos, também do governamental, em lugar de consistirem num simples regateio, sempre vencido por quem tem "maior poder de barganha". O ideal é transformar encontros meramente emocionais em entendimentos racionais.

É claro que, não admitida por uma das partes, apesar de racionalmente, cientificamente demonstrada, a procedência dos argumentos da parte contrária, desgraçadamente não há outro remédio que o detestável emprego da força, isto é, da negação patronal das vantagens pleiteadas pelos empregados ou da continuidade da recusa em trabalhar por parte destes, até que um dos dois reconheça ser o mais fraco e acabe por ceder.

#### IV — CRITICA AO ANTEPROJETO

##### **Crítica dos trabalhadores**

Quanto ao **emprego**, os trabalhadores, embora reconhecendo, como nós, a boa vontade da Comissão Interministerial a respeito, criticam, com razão, a manutenção pelo anteprojeto, da opção (na prática, forçada) pelo Fundo de Garantia como renúncia ao sistema de indenização e da estabilidade, condenando mui justamente tal fundo, nesses termos, como o "oposto da garantia do emprego", pois é o causador de "incontrolável rotatividade da mão-de-obra". Pleiteiam, assim como nós também, que se vede a despedida sem causa, conforme se vê nos **Princípios Básicos para a Elaboração de um Código do Trabalho**, formulados pelos trabalhadores de São Paulo, através de seus Sindicatos. Consideram o FGTS como "um substituto da garantia do emprego", responsável por 17.300.000 rescisões contratuais só no ano de 1977. Assim mantêm os empregados submissos a violações da lei ou do contrato pelo medo da despedida imotivada. Pedem por isso que o fundo permaneça paralelamente à estabilidade e ao regime de indenização, desvinculado por inteiro da hipótese de rompimento do contrato de trabalho, pois o ideal, **irrealizado**, da casa própria não pode custar a perda do emprego. Deve subsistir o fundo apenas com a feição previdencial de permitir a realização desse ideal.

Relativamente ao **salário**, condenam a dependência de seu reajustamento da política econômica do Governo Federal, uma vez mantido o fator oficial de reajuste, assim como, afinal, acontecerá também com o fator de aumento de produtividade. Condenando a atuação do Conselho Nacional de Política Salarial, propõem a substituição do critério do au-

mento da produtividade pelo do aumento da lucratividade. Pleiteiam um salário justo resultante da simultânea consideração da real elevação do custo de vida e da lucratividade da empresa ou do setor econômico.

O **sindicato**, para eles, deve ser totalmente livre perante o Estado, política, social e economicamente. Só a assembléia geral, pelo voto da maioria dos associados, poderá destituir a diretoria do sindicato de acordo com seus estatutos. Pleiteiam a extinção do enquadramento sindical, garantida sempre a unidade sindical. Devem ser sindicalizados os funcionários públicos e os trabalhadores em empresas públicas. Para constituição do sindicato deve bastar registro em cartório de seus estatutos e diretoria, os primeiros livremente adotados pela assembléia de fundação e por eles os sindicatos gerirão suas finanças, sendo a receita obtida e aplicada conforme deliberação da assembléia geral. Os trabalhadores devem participar da gestão de todos os fundos que envolvam seus interesses. As entidades sindicais deverão ser coordenadas por uma **Central Única de Trabalhadores** representativa de todos eles, inclusive liberais e da administração pública direta ou indireta, podendo filiar-se às entidades internacionais. A base da organização sindical estará nas **comissões de empresa**, garantidas por convenção coletiva de trabalho, sendo eleitas pelos trabalhadores de cada empresa e gozando de estabilidade no emprego, assim como os **delegados sindicais**, representantes dos trabalhadores da respectiva empresa junto ao sindicato. Os trabalhadores não sindicalizados poderão participar das assembléias sindicais não referentes a problemas administrativos do sindicato. Pleiteiam a extinção da contribuição sindical por deliberação das assembléias gerais autônomas dos sindicatos. Os trabalhadores devem ser representados em todos os órgãos governamentais ou judiciais, quando digam respeito a seus interesses, por representantes eleitos pelo voto direto e secreto nas assembléias sindicais, mediante rodízio entre as categorias. Os conflitos surgidos durante as eleições serão decididos pela Justiça Eleitoral.

A **negociação coletiva** deve ser direta e livre, sem intervenção do Estado, podendo versar sobre tudo que diga respeito às relações de trabalho, unificando-se as reivindicações básicas. Frustrada a conciliação, a assembléia dos trabalhadores poderá decidir pela arbitragem da Justiça do Trabalho, que seria facultativa. O **dissídio coletivo** "deve limitar-se a aparelhar a Justiça do Trabalho para a execução da arbitragem".

O direito de **greve** deve permitir seu livre exercício por decisão da assembléia, sob comando da diretoria do sindicato e, para sua generalidade, deve constar da Constituição a existência plena desse direito. É a conclusão do estudo dos sindicatos de trabalhadores que vimos resumindo e que traz a data de 15 de agosto de 1979.

### **Crítica dos empregadores**

Não dispomos, **no momento**, quanto aos empregadores, de boas informações que possamos validamente apresentar como reais críticas dos

empregadores ao anteprojeto, especificamente quanto aos aspectos que vimos examinando. Faltou-nos tempo para pesquisas que nos autorizassem a tanto. Pretendemos sanar oportunamente esta falha de nosso estudo.

### **Crítica de outros**

Várias pessoas e entidades, além de trabalhadores e empregadores, se têm manifestado nesta oportunidade sobre o anteprojeto ou sobre assuntos dele constantes.

Pela sua significância e por falta de tempo, limitar-nos-emos a resumir aqui o importante estudo, não expressamente referente ao anteprojeto, de FELIPE NERY MOSCHINI que, não obstante intitulado **Problemática da Greve**, envolve outros aspectos da questão social, como se poderá ver em sua conclusão transcrita na íntegra de sua publicação na revista **Problemas Brasileiros**, do Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, a qual, porém, ressalva expressamente que as opiniões nela constantes são de exclusiva responsabilidade de seus autores: "Os princípios da isonomia foram realmente quebrados em benefício dos economicamente mais poderosos e, em conseqüência, em detrimento dos mais fracos, os operários em geral. Sim, porque enquanto os empresários, para não verem diminuídos seus lucros, pleiteavam e obtinham, mais de uma vez durante o ano, um aumento para os preços finais de seus produtos, os operários eram e são obrigados a permanecer com o mesmíssimo salário durante o ano inteiro. A argumentação econômico-financeira das empresas alega a alta no custo das matérias-primas, além do custo do dinheiro. E os operários precisariam alegar a alta no custo de vida, mais evidente do que a transparência de um cristal? Nos dias de hoje, em São Paulo, o salário mínimo de um dia inteiro de trabalho é insuficiente para a compra de meio quilo de carne de primeira... Importa, pois, providenciar para todos novos canais através dos quais as justas reivindicações possam ser pleiteadas dentro da lei e da ordem que sempre devem imperar na sociedade.

Para produzir a paz social, que somente poderá ser fruto da justiça, o problema que se apresenta para o Estado não é propriamente o de proibir a greve e reprimir os grevistas, mas é algo de muito mais positivo.

Compete-lhe descer às raízes econômico-sociais dos conflitos trabalhistas e resolver os problemas que dão origem às greves. Proibir as greves é fácil. O difícil é eliminar no nascedouro as causas das greves. E tais causas somente poderão ser eliminadas por meio de uma profunda reforma social, cujos contornos nem de leve temos a pretensão de esboçar, tamanha a sua complexidade.

Mais ainda: as leis excessivamente rigorosas contra as greves apresentam um resultado duvidoso. Com efeito, são TRÉANTON e FRIEDMANN que se perguntam: "É possível limitar a greve pela lei penal e punitiva?" E são eles mesmos que respondem: "A experiência parece provar o contrário. Prender, então, os chefes sindicalistas? Também não, pois que a greve poderia tornar-se mais perigosa ainda. Se os sindicatos não conseguem mais controlá-la, quem a controlaria então? A única saída para colocar sua polícia ao serviço da lei é punir com brutalidade. Mas é preciso considerar que a opinião pública das democracias admite cada vez menos que se atire a tropa sobre os grevistas. Tais considerações restringem, e muito, o valor da intimidação da lei penal ("Sociologie du Syndicalisme, de l'autogestion et des conflits du travail", em **Traité de Sociologie**, dir. de G. Gurvitch, Paris, PUF, 1962, vol. I, págs. 491-492).

Ao concluir esta dissertação sobre a problemática da greve, afirmamos que ela é sempre um meio violento para se resolverem conflitos trabalhistas. Mas, apesar disso, é também um direito natural de legítima defesa na esfera econômico-social, pois quando as pessoas se sentem ameaçadas, assiste-lhes o direito de associação para superar sua fraqueza individual e resistir às forças que as ameçam."

Este estudo foi discutido por outros membros daquele Conselho, cujas opiniões julgamos interessante resumir também aqui, precedidas de seus nomes. Assim, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: "BETTI, em seu notável livro **Teoria Generale delle Obligazioni**, 1/34, ensina que uma ordem social, que não discipline o imponente fenômeno do sindicalismo, mas se limite a colocar à disposição das partes contratantes, na relação de trabalho, uma arma de autodefesa, como a greve, é uma ordem social que não funciona, ou que, pelo menos, funciona mal: funciona segundo a lei da **jungle**, que não é a lei dos homens, porque não colima o asseguramento da intervenção do direito e do Estado nas controvérsias concernentes às relações coletivas.

Mas, esse ponto de vista há de ser arredado, porquanto não pode haver crime onde não existe um dano ou onde não haja uma lesão de direito. De um modo geral, pode-se asseverar que apenas devam ser punidos os atentados ao trabalho, consistentes em violências, difamações, inclusive, injúrias, boicote, intimidações, ameaça.

Não pode ser aceito o ponto de vista segundo o qual, quando declarada a greve, se torna uma obrigação para todos os operários e que toda defecção representa uma traição, que há de ser reprimida mesmo pela força (G. OHNET, **La Route Rouge**, pág. 224).

Igualmente, não será possível transigir-se com a greve nos serviços públicos e nos serviços essenciais. Essa a sistemática em nosso direito e que bem representa a tradição universal."

J. V. FREITAS MARCONDES: "O contrato coletivo de trabalho é largamente recomendado pela OIT, mas no Brasil não temos, ainda, o hábito

da contratação coletiva, por uma série de razões que não cabe, nesta altura, analisar. Contudo, temos certeza de que, quando o contrato coletivo de trabalho se tornar um hábito entre nós, a greve também será bem menos freqüente, mesmo porque ela causa traumas profundos na economia nacional e no bom relacionamento entre o capital e o trabalho.

O líder sindical mais conhecido hoje entre nós é o jovem metalúrgico LUÍS INÁCIO DA SILVA, que se notorizou por defender a necessidade da contratação coletiva de trabalho ou diálogo entre as duas partes interessadas, sem a interferência governamental. LULA — como é mais conhecido — prega o fortalecimento sindical e está consciente de que a contratação coletiva beneficiará muito mais os trabalhadores e o próprio patronato e, ao mesmo tempo, evitará muitas das causas que fomentam a existência de greves.”

MOACYR EXPEDITO M. VAZ GUIMARÃES: “Penso, também, que a questão da greve deveria ser muito ligada ao problema do contrato coletivo. Neste caso, considero que os países que têm, certamente, as greves, eu deveria dizer mais limpas, são aqueles que têm esses contratos coletivos. Quando se discutem esses contratos, a luta operária é grande porque, primeiro, tem um sindicalismo forte, que pode agüentar uma greve longa, mas uma greve legítima, para obter uma modificação de um **status quo**.

Agora, uma vez que o contrato coletivo está assinado, existe um respeito ao trabalho. Então, acho que este momento é um pouquinho difícil, para o Brasil; deveríamos pensar muito mais sobre este problema dos contratos coletivos, sobre o problema de um sindicalismo forte e independente.”

AMERICO OSWALDO CAMPIGLIA: “De uma parte, a política da Comissão Interministerial de Preços — CIP, está, e sempre esteve, inspirada no propósito de que os agentes econômicos (*empresários*) devem absorver uma parte dos incrementos dos custos de produção derivados do fator inflacionário, sendo certo ainda que os reajustes periódicos de preços concedidos por aquele órgão não correspondem integralmente aos incrementos demonstrados, sem embargo das discrepâncias cronológicas que tornam obsoletos ou superados os referidos reajustes à época em que são autorizados. De outra parte, é bem verdade que as antecipações dos reajustes salariais se tornaram uma regra geralmente praticada pelos empresários por conta do dissídio próximo-futuro. Não mais existe, já de há tempos, o que se possa chamar de “mesmíssimo salário anual”.

## V — NOSSA OPINIÃO

### Forma

Deve elaborar-se um código e não uma consolidação.

## **Emprego**

Somos pela nulidade da despedida arbitrária, tal como definida no atual art. 165 da CLT acima citado. E, quanto ao FGTS, somos pela sua continuação como uma espécie de conta de poupança do empregado com depósito na Caixa Econômica Federal, somente levantáveis para aquisição de casa própria ou em caso de aposentadoria definitiva ou morte.

## **Salário**

Já expendemos nossa opinião, que é aproximada da do DIEESE (conforme notícia do **Jornal da Tarde**, de 17-9-79, pág. 12): "Por tudo isso o DIEESE acha que o governo deveria corrigir substancialmente apenas o valor do salário mínimo, estabelecendo um piso real de subsistência que proteja os assalariados de baixa renda e as categorias profissionais que dispõem de menores condições de mobilização, deixando os reajustes daqueles salários, que se situam acima do mínimo, por conta das negociações coletivas entre sindicatos de empregados e empregadores."

## **Sindicatos**

Já nos manifestamos pelo texto do anteprojeto, excluídas as interferências do Ministério do Trabalho, constantes dos artigos então mencionados (arts. 535, 543, 544, 546, 548, 555 e 556).

## **Negociação e dissídio coletivo**

Somos favoráveis à liberdade da primeira e à efetivação, no segundo, do poder normativo da Justiça do Trabalho.

## **Greve**

Também nos dissemos favoráveis à extensão do direito a ela a todos os trabalhadores, com restrições maiores para os dos serviços públicos, em que o Estado age **jure gestionis** e para as atividades essenciais, vedada apenas aos funcionários públicos estatutários, isto é, servidores do Estado, quando age **jure imperii**.



# O Estado e as autarquias de serviços

NEY DA FONTOURA BOCCANERA

Assessor do Ministro da Previdência e  
Assistência Social

## SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — Conceito de Autarquia
- 3 — As Autarquias no Direito Brasileiro
- 4 — As Autarquias no Direito Comparado
- 5 — Classificação
- 6 — Controle Financeiro
- 7 — Regime Jurídico do Pessoal Autárquico
- 8 — A Função Descentralizadora das Autarquias
- 9 — A Previdência Social e suas Autarquias

### 1 — Introdução

Uma das formas de que se utiliza o Estado, contemporaneamente, para atender aos múltiplos encargos a que está obrigado na área administrativa, como método de gestão dos serviços públicos, é a criação de entidades capazes de o substituir, com maior desembaraço e flexibilidade de ação.

Dentre as instituições, a que foi melhor concebida para o desempenho desse importante papel, essencialmente destinada à realização de serviços públicos, de atribuição estatal, deve ser ressaltada a figura da autarquia, pessoa jurídica de direito público, com marcante atuação na esfera da administração indireta, que visa, destarte, à descentralização dos serviços públicos no plano institucional, dentro do campo de determinadas atividades.

Convém, aqui, distinguir autarquias **geográficas e de serviços**.

A autarquia geográfica desenvolve atividades de caráter local, cuja ação está circunscrita aos limites territoriais, e é adstrita à vida da localidade. Seu poder se exerce não apenas sobre as pessoas, mas também sobre o espaço territorial. Em síntese, o espaço territorial não é simples limite de sua ação, porém elemento de seu ser ou, ao menos, um pressuposto da sua personalidade jurídica no campo do direito público, ao qual pertence. (Ex.: Municípios e Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios.)

Por outro lado, a autarquia de serviços desenvolve atividades específicas, de caráter nacional ou regional. O território em que atua é simples local em que desenvolve seus objetivos.

Quanto ao problema da autonomia das entidades autárquicas, MIGUEL REALE nos esclarece com excepcional descortino a respeito da autonomia das autarquias em nosso direito, **verbis**:

“Ainda é vacilante e incerta a terminologia nesta complexa matéria, o que se explica pela natureza fluida dos conceitos que vão sendo modelados ao calor vivo da experiência, máxime no Brasil, onde alguns órgãos autárquicos sofreram rápida deterioração, pelo mau vazo das “equiparações” de direitos e vantagens de seus servidores aos vigentes na esfera da administração direta, sob o impacto e as distorções devidas às influências da política imediatista.

Em linhas gerais, poder-se-ia aceitar o termo “autarquia” em duas acepções, uma lata ou genérica, e outra estrita, correspondendo esta, propriamente, à estrutura autônoma de um serviço público, caracterizada (...) também por subordinar-se à **tutela** ou ao **controle** de um órgão administrativo (...).”

## 2 — Conceito de Autarquia

Em regra geral, as características fundamentais que compõem o conceito de autarquia, salvo algumas variações de terminologia ou de colocação preferencial, de somenos importância segundo certos autores, são as seguintes:

- a) instituição mediante ato legislativo (lei propriamente dita);
- b) personalidade jurídica de direito público interno;
- c) especialização de fins ou atividades;

- d) autonomia administrativa;
- e) autonomia patrimonial e financeira;
- f) controle ou tutela administrativa do Estado.

Como se vê, o instituto da autarquia tem como característica elementar a outorga de personalidade jurídica própria e, assim, depende, para sua criação, de ato legislativo (material e formal), que a institua.

De outro lado, deve atender a objetivos determinados, que visam à realização de serviços específicos, para o que é exigida a descentralização administrativa.

A nosso ver, o que é básico no conceito de autarquia é a sua condição de: meio, instrumento, processo, forma de ação, técnica organizatória do Estado, pois aí reside a sua razão de ser.

A esse respeito, CAIO TÁCITO, com rara acuidade, se manifesta in **Direito Administrativo**, Ed. Saraiva — 1975 — às fls. 158, **verbis**:

**“A todas as regalias apontadas, que têm por objeto a flexibilidade administrativa adaptada aos seus fins especiais, contrapõe-se, contudo, a concepção básica de que as autarquias, não obstante autônomas, não são independentes da administração do Estado, em seu sentido global.”**

E prossegue o ilustre administrativista, com largo tirocínio:

**“As autarquias são entidades satélites, que devem ficar na órbita dos interesses fundamentais do Estado.**

São instrumentos da política administrativa geral, em cujo planejamento se inserem e a cujas diretrizes se subordinam.

Nasce dessa circunstância a característica **que marca a natureza jurídica das autarquias, ou seja, a sua subordinação ao controle ou tutela administrativa do Estado**, por intermédio da administração direta, ou do supremo comando administrativo.” (Grifamos.)

Para efeito legal, o item I do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, reúne as mesmas características por nós enumeradas no início deste nosso trabalho (letras a a f e que definem o instituto da autarquia), **in verbis**:

**“Art. 5º — Para fins desta Lei, considera-se:**

**I — autarquia — o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada;”**

Na realidade, em que pese à essência conceitual de autonomia, herdada do próprio radical grego, politicamente a entidade perde muito de

sua independência. Corresponde, no dizer de CAIO TÁCITO, a “uma forma de expressão da tendência intervencionista do Estado”.

### 3 — As Autarquias no Direito Brasileiro

A autarquia aparece no direito pátrio, em primeiro plano, como forma de destacada manifestação de política assistencial, ou econômica, implantada pelo Estado.

Historicamente, deparamos com tal instituição após a Revolução de 1930. Surgem, então, inicialmente, os Institutos de Aposentadorias e Pensões, no campo da **Providência Social**. A seguir, aparecem os Institutos do Açúcar, do Alcool, do Pinho, do Sal, na área da produção, e, logo após, na esfera do crédito, foram instituídas as Caixas Econômicas, cuja natureza autárquica foi muito contestada de início.

Torna-se laborioso, à primeira vista, encontrar um paradigma que viabilize, de pronto, a qualificação de muitas pessoas jurídicas administrativas instituídas no direito brasileiro. As controvérsias a este respeito levantadas na doutrina, ou mesmo as vacilações jurisprudenciais sobre a matéria, são por demais conhecidas.

Carece o direito positivo brasileiro de norma específica que regule a entidade autárquica. Alguns autores informam que a norma que mais se aproxima desse objetivo, embora atuante no plano financeiro, foi o art. 139 da Lei nº 830, de 23-9-49, que cuida de definir as autarquias, cujas contas estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União. Tal norma legal estabelece, *in verbis*:

“Consideram-se entidades autárquicas:

a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral;

b) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro.”

Por outro lado, encontramos no direito brasileiro positivo, embora com mínima incidência, uma certa incompreensão, ou melhor, uma errônea identidade entre entidades tipicamente **autárquicas** e entidades **paraestatais**, como por exemplo preceitua o art. 40 da Lei Complementar ao Ato Adicional: “(...) entidades autárquicas ou paraestatais, inclusive as de previdência social”.

Ora, HELY LOPES MEIRELLES ensina:

“Autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um **serviço retirado** da administração centralizada.”

Logo, afirma o mestre que somente deve ser outorgado serviço público típico, e não outras atividades, industriais ou econômicas, embora sejam estas de interesse coletivo. Para estas, a solução correta será a delegação de poderes a organizações particulares ou a criação de entidades paraestatais (empresa pública, sociedade de economia mista ou outras).

Portanto, deve-se distinguir **autarquia** de **entidade paraestatal**. A primeira é pessoa jurídica de direito público, com função pública, própria e típica, ao passo que a última — entidade paraestatal — é pessoa de direito privado, com função pública atípica, e pode ser definida, segundo HELY LOPES MEIRELLES, nos seguintes termos:

“Entidades paraestatais são **pessoas jurídicas de direito privado**, criadas por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado.”

Não se confundem, pois, as entidades paraestatais com as autarquias, nem se identificam com as entidades estatais.

#### 4 — As Autarquias no Direito Comparado

Na França surge o chamado “*établissement public*” com características semelhantes à figura da autarquia. Entretanto, esses estabelecimentos públicos são meras pessoas de direito privado dedicadas a certas atividades assistidas ou amparadas pelo Estado.

Na Itália, como na Alemanha, a instituição de entidades com personalidade própria foi uma das formas autoritárias de que o Estado se valeu para intervir no campo da economia nacional. Essas entidades econômicas estatais na Itália desenvolvem um papel na ordem econômica tão importante quanto a iniciativa privada. Dentre elas destaca-se o Istituto di Ricostruzione Industriale (IRI).

Segundo nos informa CAIO TÁCITO, nos países anglo-saxões, “a configuração autárquica não se faz tão nítida, mas é possível identificar, tanto na Inglaterra, como nos Estados Unidos, pontos característicos de aproximação de tais pessoas jurídicas administrativas com as “public corporations” britânicas, ou as “authorities” norte-americanas”.

O emérito Professor COTRIM NETO, em brilhante estudo sobre “Autarquias no Estado Soviético”, publicado em RDA — vol. 75 —, nos dá notícia do seguinte:

“Nos primeiros momentos do regime russo os ministérios exploravam as indústrias nacionalizadas de modo direto, pela via dos escritores do Conselho Supremo da Economia Nacional. Em 10 de abril de 1923, porém, um decreto fundamental foi promulgado, a fim de atribuir novos preceitos à exploração das indústrias do Estado, decreto que hoje se aponta como sendo a origem de todo o ulterior desenvolvimento dos “trusts”, a palavra usada pelos

russos para significar o que os franceses denominam "établissement public"; os de países da "Common Law", "public corporation", "government corporation" ou "authority"; e nós, **autarquia**. Vigorava, então, a nova política econômica (lei de 9 de agosto de 1921) decretada por Lênine, e esses "trusts" se destinavam a combater os setores econômicos privados."

O. A. BANDEIRA DE MELLO, citando MARCELO CAETANO, nos leciona in **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, às fls. 187:

"O vocábulo autarquia, adotado pela ciência jurídica italiana, incorporou-se no direito administrativo de outras nações, embora nem sempre com o mesmo sentido, mas semelhante. Assim, em Portugal, é empregado para designar as pessoas de direito público, territoriais menores, isto é, o distrito, o conselho, a freguesia."

No direito francês, na opinião do referido autor, o termo autarquia não encontrou guarida. Há, conforme nos referimos, a entidade jurídica, que se aproxima das autarquias: são os estabelecimentos públicos.

Esta concepção de estabelecimento público, como serviço público específico organizado sob forma institucional ou de fundação, também se admite na Bélgica.

Na Alemanha o termo empregado, em lugar de autarquia, é "Selbstverwaltungskorper", isto é: **corpo de administração autônoma**, que corresponde, em última análise, ao estabelecimento público.

## 5 — Classificação

Em alguns países dois são os tipos básicos de autarquia: a **institucional**, destinada a um fim especial (semelhante às de previdência social entre nós); e a **territorial**, ou seja, a que se encarrega de diversas funções em determinada unidade do território.

O eminente jurista e professor TEMISTOCLES CAVALCANTI elaborou a seguinte classificação, com base nas finalidades dos entes autárquicos, com enorme alcance prático:

- a) **autarquias cuja finalidade é a organização, o controle e a disciplina de atividades profissionais**, como, por exemplo: Ordem dos Advogados, Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura etc.;
- b) **autarquias econômicas**, destinadas ao controle e incentivo à produção, transformação e consumo de certos produtos, tais como: Instituto do Açúcar e do Alcool, do Mate, do Pinho etc.;
- c) **autarquias de crédito**, como as caixas econômicas;
- d) **autarquias industriais**, como: Lóide Brasileiro, Estrada de Ferro Central do Brasil, Administração do Porto do Rio de Janeiro etc.;

- e) **autarquias de previdência e assistência, e seguros**, tais como: institutos e caixas de aposentadoria e pensões;
- f) **autarquias culturais**, as universidades.

OSCAR SARAIVA, igualmente, nos apresenta uma bem elaborada classificação das entidades autárquicas, semelhante à anterior, embora deixando de incluir as autarquias culturais.

Finalmente, é digna de destaque a classificação composta pelos Drs. CELSO DE BARROS LEITE e JOSÉ LUCIANO DE NÓBREGA FILHO (trabalho publicado na **RDA**, vol. 38):

- a) autarquias econômicas;
- d) autarquias industriais;
- c) autarquias industriais;
- d) autarquias de previdência e assistência;
- e) autarquias profissionais ou corporativas; e
- f) educacionais ou culturais.

## 6 — Controle Financeiro

Não obstante possuírem as autarquias como uma de suas principais características a autonomia patrimonial e financeira, estão, no entanto, sujeitas, além de outros aspectos, à tutela administrativa e ao controle financeiro da gestão de suas administrações.

A Constituição Federal (§ 5º do art. 70) estabelece o julgamento das contas dos administradores de autarquias federais através do Tribunal de Contas da União.

Na Inglaterra, as “public corporations” estão sujeitas ao controle não apenas administrativo, como também parlamentar. Já nos Estados Unidos da América a fiscalização se faz através dos próprios órgãos gerais de controle financeiro do Estado.

No Brasil, acentua-se a tendência daqueles que desejam o exame do Congresso Nacional sobre os orçamentos das autarquias, não apenas como controle técnico-financeiro, mas ainda como controle político.

Nessa trilha, a Lei Complementar ao Ato Adicional, ou Lei Complementar nº 1, impõe às entidades autárquicas ou paraestatais, ou investidas de delegações para arrecadar contribuições parafiscais da União, a obrigação de remessa, até 31 de janeiro de cada ano, ao órgão especializado do Ministério a cuja jurisdição pertençam, da proposta de orçamento para o exercício seguinte, a fim de que seja anexada ao Orçamento Geral da União, e, após, remetida à Câmara dos Deputados até 15 de maio do mesmo ano.

O controle autárquico corresponde à vigilância, orientação e correção que o ente estatal mantém sobre os atos e o procedimento dos dirigentes de suas autarquias, embora tal controle não seja absoluto nem ilimitado. Restringe-se aos termos da lei regulatória, a fim de que não fique suprimida a autonomia administrativa das referidas entidades autárquicas.

Outrossim, as autarquias na condição de entidades prestadoras de serviços públicos específicos, descentralizados e autônomos, não se acham, por isso mesmo, integradas na estrutura orgânica do Poder Executivo, nem hierarquizadas a qualquer chefia, mas tão-somente **vinculadas** à administração direta, e, por conseqüência, integrantes da administração indireta do Estado.

Dáí por que não se sujeitam as autarquias ao controle hierárquico; mas, tão-somente, a um controle finalístico, normalmente de legalidade.

HELY LOPES MEIRELLES se detém no assunto com a seguinte opinião:

“O inegável é que a autonomia administrativa da autarquia é um **direito subjetivo público**, oponível ao próprio Estado, quando o infrinja. Diante disto, o controle autárquico só é admissível nos estritos limites e para os fins que a lei o estabelecer.”

Entre nós, observa muito acertadamente o citado mestre, “o controle das autarquias se realiza na tríplice linha: **política, administrativa e financeira**, mas todos eles adstritos aos termos da lei que os estabelece”.

O **controle político**, normalmente, se faz pela aprovação do nome de seus dirigentes pelo poder competente; o controle administrativo se exerce através da supervisão ministerial (Decreto-Lei nº 200/67, art. 26) ou de órgão equivalente, no âmbito estadual e municipal, bem como por meio de recursos administrativos internos e externos, na forma regulamentar; o **controle financeiro** se opera nos moldes da administração direta, inclusive prestação de contas ao Tribunal de Contas competente, por expressa determinação constitucional (art. 70, § 5º).

## 7 — Regime Jurídico do Pessoal Autárquico

A doutrina é tranqüila, atualmente, quando afirma que o pessoal das autarquias rege-se por estatuto próprio, sendo facultado à entidade adotar qualquer regime indicado aos servidores públicos. Outrossim, cumpre ressaltar que nenhum “empregado” ou “servidor” de autarquia, na acepção da palavra, é **funcionário público**. Note-se a tal respeito que os litígios dos servidores de autarquias da União — qualquer que seja seu regime jurídico — são da competência da Justiça Federal, com recurso para o TFR (Constituição Federal, art. 110).

O. A. BANDEIRA DE MELLO, in **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, vol. II, pág. 217, assim se manifesta com relação ao pessoal das autarquias:

“Os empregados das autarquias administrativas de serviço, em princípio, estão presos a elas por relações de direito público,



porquanto se trata de pessoas jurídicas de direito público. Mas, possuem estatutos próprios, distintos dos estatutos dos funcionários públicos integrados nas pessoas jurídicas de direito público políticas, União, Estados federados e Municípios, que acaso tenham criado essas autarquias.

Isso, porque os administradores e empregados das autarquias não são funcionários públicos no sentido constitucional legal e nem mesmo na concepção doutrinária."

O pessoal das autarquias, de acordo com o art. 182 *in fine*, do Decreto-Lei nº 200/67, tem seu regime jurídico fixado pelo Poder Executivo.

Poderá, entretanto, a critério do Executivo, ser escolhido o regime estatutário ou o das leis do trabalho. Em se tratando de autarquias de serviços industriais, o regime jurídico do seu pessoal há de ser o da CLT, segundo o art. 182 supracitado.

Cabe, finalmente, mencionar que, na conformidade do inciso II do art. 252 da Lei nº 1.711, de 28-10-52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), o regime jurídico estabelecido nesse Estatuto é extensivo aos servidores das autarquias, "no que couber".

Diverge, porém, a doutrina quanto ao grau de aplicação da expressão "no que couber". Alguns admitem a aplicação parcial ou subsidiária, ao passo que outros, como o eminente OSCAR SARAIVA, entendem que a aplicação das normas estatutárias não é subsidiária, mas primacial, embora apenas naquilo em que couberem.

Em notável trabalho publicado na RDA, vol. 35, sobre "a aplicação do Estatuto ao pessoal autárquico", o ilustre jurista acima citado nos oferece exemplar recomendação, com a qual concordamos plenamente, como segue:

"Para que se evitem, porém, os casuismos perigosos, julgamos que será recomendável a adoção urgente de providência consistente, em relação a cada autarquia, ou a grupos de autarquias afins, na elaboração de regulamentos de pessoal, regulamentos esses cujos textos deverão resultar do exame e do enquadramento das normas estatutárias no regime autárquico, tal como estabelecido nas respectivas leis institucionais (...)

Se semelhante providência vier a ser desde logo adotada, muitas dúvidas serão dirimidas em seu nascedouro e evitar-se-ão não poucas soluções contraditórias." (Grifos nossos.)

Isto posto, a nosso ver, o regime jurídico do pessoal autárquico deve regular-se segundo legislação própria a cada instituição tendo em vista a autonomia administrativa de que devem dispor as entidades autárquicas.

No entanto, convém assinalar que, atualmente, o legislador brasileiro tem-se inclinado por uma crescente semelhança no tratamento jurídico en-

tre servidores autárquicos e os funcionários vinculados à administração direta. Haja vista o disposto no inciso II do art. 252 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, conforme já comentamos. Inclusive, estão equiparados legalmente no que se refere à responsabilidade penal, bem como o procedimento do processo disciplinar de ambas as categorias deve ser similar, pela sua própria natureza.

## 8 — A Função Descentralizadora das Autarquias

É reconhecido por todos, hoje em dia, que, à medida que evolui a sociedade, apresenta-se a necessidade de o próprio Estado intervir na ordem econômica, se assim o exigir o cumprimento de suas atribuições políticas essenciais e, ao mesmo tempo, tendo em vista novas finalidades de interesse público a serem atingidas.

Nesse sentido, o Estado procurou instituir entidades autárquicas de serviços capazes de realizar fins específicos de interesse coletivo, próprios do Estado, de caráter público. Logo, tais entes, pela sua própria gênese, são pessoas de direito público privado também criadas para atender a fins de interesse público, tais como as fundações.

Constituem tais autarquias de serviços parte da pessoa jurídica instituidora embora destacada em novo ser, que também deverá realizar atos de direito público.

O Decreto-Lei nº 200/67, no seu art. 4º, estabelece que a administração federal divide-se em DIRETA e INDIRETA.

A DIRETA, declara o referido artigo, é composta da Presidência da República e Ministérios; e a INDIRETA, das seguintes entidades: **autarquias**, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por conseguinte, é a autarquia pessoa jurídica de direito público, criada por lei, pelo Estado, mas dele destacada através do fenômeno jurídico da descentralização, com patrimônio e receitas próprios com a finalidade de executar autonomamente atividades típicas de administração pública.

Ademais, na conformidade do art. 19 do Decreto-Lei nº 200/67, todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou *indireta*, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, salvo os órgãos mencionados no art. 32, tendo em vista assegurar o cumprimento das atividades atribuídas às entidades e órgãos da área da administração indireta.

Por outro turno, o art. 10 do citado Decreto-Lei nº 200/67 é bastante explícito quando estabelece, *in verbis*:

“Art. 10 — A execução das atividades da administração federal **deverá ser amplamente descentralizada.**” (Grifamos.)

A doutrina vem-se firmando, embora lentamente, no sentido de caracterizar as autarquias de serviços pelos traços próprios que apresenta, como entidade de direito público, executando serviços descentralizados.

Não perderam, entretanto, as citadas autarquias as características de órgãos do Estado, tendo em vista as suas relações de dependência para com a administração pública, como pela sua finalidade.

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, em brilhante parecer publicado na RDA, vol. 19, afirma:

“O que se verifica é o fenômeno de descentralização administrativa por serviço, descentralização que se realiza por meio de órgãos financeiramente autônomos e cuja vida interna depende dos seus dirigentes, mas que suprem diretamente a superintendência do Estado, quer pela intervenção imediata dos membros do Governo (Ministros de Estado), quer pela subordinação dos direitos desses órgãos à administração pública, visto serem nomeados pelo próprio Governo.”

### 9 — A Previdência Social e suas Autarquias

No momento em que o Estado, por exigências conjunturais, se viu compelido a realizar o chamado seguro social, participando, assim, num dos mais importantes setores até então entregues somente à iniciativa privada, a forma de autarquia foi a que se apresentou mais própria a atender às exigências que a situação social requeria.

Alguns estudiosos do assunto apontam a interferência de determinados fatores de ordem legal e administrativa como responsáveis pela redução de funcionalidade dessas entidades autárquicas que se encarregam da área previdenciária em nome do Estado.

Afirmam esses comentaristas que se trata de progressiva desautarquização das autarquias, e que o mais perfunctório exame da situação administrativa, ultimamente, desde logo revela tal fenômeno de desautarquização.

Na realidade, o assunto é de fato complexo, e dificilmente poderemos estabelecer opinião categórica a respeito.

A nosso ver, cumpre ao Estado intervir sempre que a entidade se desviar das suas reais finalidades. Cabe ao Estado manter o controle teleológico, exercendo vigilância permanente para impedir que a autarquia se afaste dos fins para os quais foi criada. Assim, consideramos óbvia e imprescindível a “tutela administrativa” exercida pelo Estado sobre o ente autárquico por ele instituído, não obstante a autonomia de gestão que deve ser concedida à entidade autárquica para que desenvolva suas atividades de forma desenvolva e desburocratizada, a fim de atingir os fins específicos colimados no ato institucional de delegação.

Um dos que melhor definiram a “tutela administrativa” do Estado foi OSCAR SARAIVA, quando afirma:

“Essa fiscalização, esse controle, denomina-se **tutela administrativa**, que se define como a atribuição que cabe ao Estado de

verificar a gestão das autarquias, de determinar as medidas ou de tomar as decisões competentes e necessárias à manutenção desses organismos na órbita de suas atividades legítimas.

.....

A tutela administrativa não se deve confundir, porém, com a subordinação hierárquica a que se acham submetidos os serviços do próprio Estado, embora sob a descentralização administrativa" (*Rev. Serviço Público*, 1940, vol. III, nº 3, pág. 86).

Finalmente, outra opinião de grande valia, que sintetiza perfeitamente o assunto, é a do experiente e insigne Professor MOACYR VELLOSO CARDOSO DE OLIVEIRA, *in verbis*:

"(...) há que conter-se, não obstante, dentro de limites tais que não venha anular a razão mesma de ser da criação do órgão autárquico, ou seja, seu autogoverno e a suficiente "maleabilidade de organização e de ação" que lhe permitem atingir os fins a que foi destinado" (*in Parecer* — 599-21-53 — Processo nº 74.210/52 — IAPI).

## BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, O. A. — *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio, Ed. Forense, vol. II,

CAVALCANTI, Temístocles — *Natureza Jurídica do Serviço Social* — Parecer —, RDA/vol. 19.

CHAPMAN, Brian — "Devolução de poderes a instituições autônomas, inclusive entidades profissionais e universidades", RDA/vol. 61.

COTRIM NETO, A. B. — "Autarquias no Estado Soviético", RDA/vol. 75.

GOMES, Orlando — Parecer, RDA/vol. 19.

LEITE, Celso de Barros e NÓBREGA FILHO, José Luciano de — "As autarquias de Previdência são autarquias?", RDA/vol. 38.

MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Rev. Trib., 1975.

PONTES DE MIRANDA — Parecer, RDA/vol. 19.

REALE, Miguel — *Direito Administrativo*. RJ/SP, Ed. Forense.

RODRIGUES, José Martins — Parecer.

SARAIVA, Oscar — "A aplicação do Estatuto ao pessoal autárquico", RDA/vol. 35.

SOUZA, Ruy de — "Serviços do estado e seu regime jurídico", RDA/vol. 28.

TÁCITO, Calo — *Direito Administrativo*. Ed. Saraiva — 1975.

# O instituto jurídico da reabilitação

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penal e de Direito  
Penitenciário da Universidade Federal de  
Goiás

## I — *Generalidades*

O instituto jurídico da reabilitação consiste em um conjunto de prescrições legais que regulam a reintegração do condenado no seu *status* jurídico e moral anterior à condenação; ao mesmo tempo, é essa reintegração. Pela reabilitação, “apaga-se o passado criminal”; devolve-se a plenitude dos direitos e deveres, bem como responsabilidades, honra e boa fama de pessoa e de cidadão, a quem, tendo cometido crime, foi condenado e cumpriu a pena (principal), ou a teve extinta.

Há países que adotam a reabilitação jurídica ou de direito, que se opera pelo simples transcurso de tempo, sem reincidência.

Outros países, como o Brasil, adotam a reabilitação judicial, concedida pela autoridade judiciária competente, a quem é requerida pelo interessado, comprovando que é portador dos requisitos legais (transcurso de tempo, não reincidência, cumprimento da pena acessória, boa conduta etc.). Com essa configuração, a matéria é definida no Código Penal comum, nos arts. 119 e 120, e no Código Penal Militar, nos arts. 134 e 135; é disciplinada no Código de Processo Penal comum, nos arts. 743 a 750, e no Código de Processo Penal Militar, nos arts. 651 a 658.

Penalistas e processualistas penais há que enxergam, na exigência de transcurso de tempo para um condenado vir a ser reabilitado, um resquício das penas infamantes ou do caráter infamante das penas de outrora.

É admissível que, realmente, se possa ver semelhante resquício na reabilitação jurídica. Com efeito, durante o tempo estabelecido, e que varia da legislação de um país para a de outro, somente se exige do condenado que ele não reincida; concomitantemente, tem ele restrições, no exercício de direitos e de atividades, significando-lhe uma vexatória *capitis deminutio*, que se esgota em si mesma.

Isso já não se pode dizer quanto à reabilitação judicial. Com efeito, durante o tempo estabelecido, o que se exige do condenado *não é* somente que ele não reincida; exige-se, mais, que ele observe determinadas condições legais, como requisitos para obter a reabilitação. Essa observância impõe ao condenado um esforço pessoal e um exercício de autodomínio tais que sirvam para consolidar a sua emenda (operada no decurso do cumprimento da pena), reconquistar a confiança “dos outros”, que havia ficado comprometida pela condenação, e vir ele a se reintegrar no convívio social.

Quanto à reintegração no convívio social, observa-se o seguinte: a boa e total integração supõe e reflete boa e ampla interação psicológica (de sentimentos e emoções, de idéias e pensamentos, de manifestações da vontade e interesses) e ético-jurídica (de exercício de direitos e cumprimento de deveres). Com o condenado, que já cumpriu a pena principal ou a teve extinta, ocorre que, enquanto ele tiver as limitações impostas pelos efeitos da condenação e pela pena acessória, a sua reintegração no convívio social não será plena. Ele deverá comprovar, pelo seu esforço para a reintegração, tendo boa conduta, observando as exigências legais e cumprindo a pena acessória, que está apto para a plena integração no convívio social. Para isso, é mister que ele seja reintegrado na plenitude dos direitos e deveres que compunham o seu *status* jurídico e moral anterior à condenação. É o que a reabilitação faz.

Reza o art. 748 do Código de Processo Penal comum que, uma vez concedida a reabilitação, “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidões extraídas dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juízo criminal”. Por sua vez, o art. 656 do Código de Processo Penal Militar dispõe: “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por autoridade judiciária criminal”.

Na folha de antecedentes não mais poderá ser mencionada qualquer condenação (anterior). É *como se* o reabilitado nunca tivesse sido condenado, a não ser para verificação de reincidência, caso venha ele a cometer outro delito.

Convém observar que a nova redação do art. 46 do Código Penal comum, introduzida pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, estabelece, no parágrafo único, que, “para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos”; no mesmo sentido, dispõe o § 1º do art. 71 do Código Penal Militar. Daí resulta que, passados cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena, a respectiva condenação não é levada em conta para configuração de reincidência, uma das “circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou

qualificam o crime” (art. 44 do Código Penal comum; no mesmo sentido, com ligeira diversidade na redação, o art. 70 do Código Penal Militar). Tampouco se verifica, em relação a quem vem a ser condenado novamente, a maior severidade, prevista em dispositivos diversos de um e de outro dos Códigos, para o reincidente. A lei não impede, porém, que a condenação anterior seja levada em conta como antecedente, no sentido do art. 42 do Código Penal comum, e do art. 69 do Código Penal Militar, como fato de conduta, manifestação da personalidade do réu, para fins de cálculo de graduação da pena; nesse sentido, ela é ponderada pelo juiz, juntamente com as demais circunstâncias que, constantes de cada um dos citados artigos, são submetidas ao seu critério judicante.

A relação que a “temporariedade da reincidência” tem com a reabilitação, merece um ligeiro comentário. É que, sendo, atualmente, na legislação comum e também na militar, de cinco anos o prazo genérico para requerer (e, se for o caso, obter) a reabilitação, não perde ela sua razão de ser; realmente, a não consideração de condenação anterior *para efeito de reincidência*, não significa apagar os efeitos da condenação. A condenação prevalece para todos os demais efeitos seus, que só são apagados pela reabilitação, a qual pode, apesar, do decurso dos cinco anos, não vir a ser concedida, por faltar algum dos outros requisitos legais. Pode também acontecer, como tantas vezes acontece, que ela nem seja requerida (a esse respeito se fala adiante).

Não sendo requerida ou não sendo concedida a reabilitação, permanecem os efeitos da condenação, como permanecem as penas acessórias enquanto durar o seu prazo ou, conforme o caso, “enquanto durarem os efeitos da condenação”. Esse é o caso da suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 69, inciso V, do Código Penal comum.

Convém lembrar que na redação anterior o inciso V do parágrafo único do citado artigo dispunha: “(...) enquanto dure a execução da pena, a aplicação da medida de segurança detentiva ou a interdição sob nº I” (isto é, “incapacidade temporária para investidura em função pública”). Entretanto, a Constituição prescreve, no art. 149, § 2º: “A perda ou a suspensão dos direitos políticos dar-se-á por decisão judicial: a) (...); b) (...); c) por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos.” O preceito já constava das Constituições anteriores: 1946 — art. 135, § 1º, II; 1937 — art. 118, b; 1934 — art. 110, b; 1891 — art. 71, b. A Lei nº 6.416/77 cuidou de harmonizar o texto do Código com o preceito constitucional, de sorte que a redação agora é a seguinte: “Art. 69 — São interdições de direitos: I — (...); IV — (...); V — a suspensão dos direitos políticos. Parágrafo único — Incorrem: I — (...); IV — (...); V — na interdição a que se refere o inciso V, o condenado a pena privativa da liberdade enquanto durarem os efeitos da condenação.”

Portanto: já por preceito constitucional, alguém que tenha sido condenado não pode ser votado nem votar enquanto não for reabilitado.

O Código Penal Militar dispõe, no art. 106: “Durante a execução da pena privativa de liberdade ou de medida de segurança imposta em substituição, ou enquanto perdura a inabilitação para função pública, o condenado não pode votar nem ser votado.” A constitucionalidade desse dispositivo poderá ser

questionada. Diante de um caso concreto, a matéria poderá ser aventada perante o tribunal competente, até mesmo em razão de interesses partidários.

Quanto às penas acessórias temporárias: como as permanentes, “tornam-se efetivas logo que passa em julgado a sentença”, mas o prazo delas (em concreto graduado pelo juiz à luz das previsões legais), “começa a correr do dia em que: a) termina a execução da pena privativa da liberdade ou esta se extingue pela prescrição; b) finda a execução da medida de segurança detentiva”, como estabelece o art. 72 do Código Penal comum. No parágrafo único desse artigo, é acrescentado: “Computam-se no prazo: I — o tempo de suspensão provisória; II — o tempo de liberdade resultante da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, se não sobrevém revogação.”

No que concerne à computação no prazo das interdições, do tempo de suspensão condicional ou de livramento condicional, é idêntico o que dispõe o Código Penal Militar (art. 108). É um pouco diferente, no entanto, a respeito do início dos prazos, pois ele só cuida do início do prazo da inabilitação para o exercício de função pública (art. 104 e seu parágrafo único), sendo essa a única pena acessória temporária ali prevista. Não é feita menção do momento em que ela se torna efetiva. Pode-se interpretar que está subentendido que esse momento é o do trânsito em julgado da sentença condenatória. Parece de elementar lógica jurídica que não há de alguém, enquanto está cumprindo a pena principal, poder exercer direito ou atividade que, atingidos por interdição, não poderá exercer durante determinado tempo, após cumprida aquela pena. Teria sido preferível, porém, que estivesse expresso, para evitar o equívoco, que, mesmo constando dos termos do Código Penal comum, às vezes é cometido, de que, enquanto não se inicia o prazo, podem ser exercidos os direitos ou as atividades atingidos pela interdição. Devido a esse equívoco, têm-se visto condenados a quem foi aplicada a pena acessória de incapacidade temporária para investidura em função pública, que, sem embargo, exercem tarefas administrativas, em setores da própria penitenciária em que cumprem a pena; outros, incapacitados para profissão ou atividade, têm como trabalho penitenciário justamente a profissão ou a atividade sobre que pesa a incapacidade. (Numa penitenciária, v.g., o “assistente jurídico” era um advogado a quem, havendo cometido o crime com a agravante de “abuso de poder ou violação de dever inerente a (...) profissão”, fora aplicada pena acessória de incapacidade para a profissão...)

De vez que o prazo máximo de duração da pena acessória temporária é de vinte anos (art. 69, parágrafo único, I, a, e III, b, do Código Penal comum, e art. 104, *caput*, do Código Penal Militar), sendo, em outros casos, de dez anos (art. 69 cit., IV) ou de oito (mesmo art., I, b; II, b; III, c), sempre que, em concreto, o prazo for superior a cinco anos, deverá ela ser cumprida enquanto não for concedida a reabilitação, até se esgotar o seu prazo; entretanto, mesmo que tenha sido aplicada no seu prazo máximo de vinte anos, será alcançada (extinta) pela reabilitação, concedida em qualquer tempo, mesmo que logo após o transcurso genérico de tempo de cinco anos. Realmente, dispõe o *caput* do art. 119 do Código Penal comum: “A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva”; a ele corresponde literalmente o *caput* do art. 134 do Código Penal Militar.



*Quid, porém, quanto à reabilitação do condenado a quem foi concedida a suspensão condicional da pena? Em primeiro lugar, é preciso distinguir, de acordo com o que consta nos §§ 2º e 3º do art. 701 do Código de Processo Penal comum, aos quais correspondem os §§ 1º e 2º do art. 616 do Código de Processo Penal Militar. Ali consta que o registro da condenação será secreto, salvo para efeitos de informações requisitadas por autoridade judiciária, em caso de novo processo; se, porém, "houver sido imposta ou resultar de condenação pena acessória", o registro não será secreto mas será o comum, com os mesmos efeitos, pois, que o de qualquer condenação.*

É de ser esclarecido que, havendo penas acessórias consistentes em interdição de direitos que devem ser expressamente aplicadas na sentença, e havendo as que resultam da sentença (são implícitas), há também uma, a de suspensão dos direitos políticos, que é inerente a qualquer sentença condenatória. Todavia, não sendo ela expressamente imposta (ou aplicada) nem resultando da condenação (sendo ela inerente), não impede que o registro seja secreto. Aliás, se impedisse, tornaria sem sentido o disposto nos citados §§ 2º e 3º do art. 709 do Código de Processo Penal comum, e dos §§ 1º e 2º do art. 616 do Código de Processo Penal Militar.

Ora, como se pode facilmente ver pela comparação dos textos legais que tratam do registro secreto e dos que tratam dos efeitos da reabilitação (artigos 748 do Código de Processo Penal comum e 656 do Código de Processo Penal Militar), os efeitos do registro secreto são praticamente os mesmos que os da reabilitação, daí por que não é preciso que seja reabilitado o condenado quando o registro da condenação tenha sido secreto.

*Embora hoje não mais se entenda a suspensão condicional como simples benefício — suspensão de execução/cumprimento da pena — mas como um regime de execução/cumprimento da pena na comunidade (ao invés de recolhimento a prisão), é de notar que o condenado que está nesse regime não está privado da liberdade, mas está somente sofrendo restrições de liberdade, consistentes nas condições, normas de conduta e obrigações que tem de observar e cumprir. No mais, há de exercer direitos e cumprir deveres, com as restrições advindas do fato de a sua folha de antecedentes mencionar a condenação; na ausência de pena acessória, secreto, pois, o registro, há de exercer direitos e cumprir deveres, como qualquer pessoa, já que não estará submetido a essas restrições. Esse entendimento se consubstancia nas respectivas disposições da Lei nº 6.416/77, incorporadas no Código Penal e no Código de Processo Penal comuns, bem como nas da Lei nº 6.544, de 30 de junho de 1978, por sua vez incorporada no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar. Mesmo assim, quando o registro é secreto, a condenação só pode vir a interessar para fins judiciários criminais; não, portanto, para fins cíveis nem trabalhistas, nem administrativos, nem políticos (ou eleitorais).*

## *2 — Problema em situações concretas*

Cumprida ou extinta a pena, o condenado terá (quando não tenha sido secreto o registro da condenação, como recém se falou, ou enquanto não lhe for concedida a reabilitação) restrições para o exercício de direitos, sempre que, para dito exercício, for exigida folha de antecedentes em que não conste

qualquer menção a condenação. Pode-se acrescentar que em casos em que, não se exigindo folha de antecedentes, se exige, porém, a exibição do título eleitoral devidamente atualizado; não o tendo assim, em razão da condenação e seus efeitos, estará igualmente impedido de exercer direitos (ou pretensões jurídicas).

Nos termos atuais do Código Penal comum (art. 119, § 1º) e do Código Penal Militar (art. 134, § 1º), bem como do Código de Processo Penal Militar (art. 651), o prazo genérico para poder requerer a reabilitação é de cinco anos; outros prazos específicos têm esse como base (duplicando-o ou a ele fazendo acréscimos), como dispõem artigos subseqüentes aos citados. O Código de Processo Penal comum fala em outros prazos; entretanto, a Lei nº 5.467, de 5 de julho de 1968, que modificou a redação dos textos do Código Penal comum, concernentes à reabilitação e seus prazos, revogou também — senão expressa, tacitamente — os do Código de Processo Penal comum.

Decorrido, pois, o prazo genérico de cinco anos ou, se for o caso e conforme sejam, um dos prazos específicos legalmente previstos, desde o cumprimento ou extinção da pena principal, ou do término do prazo da suspensão condicional ou do livramento condicional, o condenado que tenha os demais requisitos legais pode requerer a reabilitação.

Entretanto, é espantoso o número de casos em que não é requerida. Condenados que já ultrapassaram há muito — há anos — o prazo genérico ou específico a que estavam adstritos continuam sofrendo restrições no exercício de direitos, com repercussões em toda a sua vida e na da sua família, porque não estão reabilitados.

As vezes, condenados que estão em semelhantes condições escrevem ao Ministro da Justiça e ao próprio Presidente da República, pedindo (em termos até mesmo dramáticos) que mande “limpar a ficha”, pois, além da vergonha, perante a família, os amigos, o ambiente em geral, se sentem muito limitados — querem, entre outras coisas, por exemplo, fazer um concurso, mas não podem; querem tirar carteira de motorista, mas não podem...

À parte o fato de muitas vezes os condenados, presos ou não, se dirigirem por carta às autoridades mais altas e até mesmo a entidades com raio de ação internacional, ao invés de se dirigirem por carta ou por requerimento à autoridade local competente (v.g., o diretor da penitenciária, o juiz da sentença, o juiz da execução etc.), o que se nota, quanto ao instituto jurídico da reabilitação, é um generalizado desconhecimento inclusive da sua própria existência.

Provavelmente devido ao entendimento, muito difundido alguns decênios passados, de que a pena, para ser humanizada, devia ser entendida e executada como “tratamento” (médico, educativo ou análogo), era como se, ao passar em julgado a sentença condenatória, o assunto ficasse juridicamente encerrado, no mais amplo sentido. Tirantes os chamados incidentes de execução, a execução seria tarefa científica, administrativamente garantida — nada mais.

Juízes e advogados dificilmente iam às prisões; os representantes do Ministério Público iam, no cumprimento do dever de fiscais da lei, a eles atribuído — só.

Eram raros (raríssimos) os advogados que se interessavam por questões de execução penal e regime penitenciário.

Nas prisões, de modo geral, não havia serviço jurídico; na chamada "Seção Penal" (ou denominação análoga), onde se cuidava dos prontuários dos presos, e repercutiam os incidentes de execução, bem como fatos que trouxessem alterações nos prontuários, havia ou não algum bacharel em Direito.

Não eram, assim, os condenados, prevenidos pelo seu advogado, a respeito da reabilitação e da oportunidade de requerê-la, nem havia quem, nesse sentido (ou em outro de caráter jurídico ou legal), os instruisse, na prisão.

Muitos condenados se submetiam às restrições que, cumprida a pena, ainda sobravam, como se fossem uma fatalidade inamovível, decorrente da condenação. É possível que, para isso, tenham também influído reminiscências de anteriores conceituações diversas. A Consolidação das Leis Penais (aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, elaborada que fora pelo Desembargador VICENTE PIRAGIBE) rezava no art. 86:

"A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal, em consequência de revisão extraordinária da sentença condenatória. § 1º — A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado. § 2º — A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsáveis pela indenização. § 3º — Tem lugar a revisão: (...)."

Dizia respeito a erro judiciário, e se obtinha por meio de revisão perante o Supremo Tribunal Federal. Depois, na redação original do Código Penal, rezava o art. 119, *caput*:

"A reabilitação extingue a pena de interdição de direito, e somente pode ser concedida após decurso de quatro anos, do dia em que termina a execução da pena principal ou de medida de segurança detentiva (...)."

Esse texto dava lugar a dúvidas de interpretação (somente o condenado a quem houvesse sido aplicada também pena acessória, e para fins de extingui-la, poderia requerer e vir a obter reabilitação?), embora o Código de Processo Penal já lhe atribuisse, no art. 748, o poder de impedir a menção da condenação ou condenações anteriores na folha de antecedentes ou em certidão extraída dos livros do juízo. Essas reminiscências, entretanto, mais do que nos condenados, estariam nos profissionais do Direito.

Outros condenados não se têm conformado, mas não têm sabido o que fazer, como fazer, a quem se dirigir.

Outros, ainda, tomando ânimo, têm escrito cartas a umas e outras autoridades, até mesmo ao Presidente da República, com o pedido de mandar "limpar a ficha".

No segundo semestre de 1976, a então Assessoria para Assuntos Penitenciários, do Gabinete do Ministro da Justiça, preparou uma informação sobre o instituto jurídico-penal da reabilitação, em seus aspectos jurídico-legais e fáticos. No texto era feita a sugestão de ser a informação enviada aos Secretários de Justiça (ou outros a quem estão adstritos os serviços penitenciários) de todas as Unidades da Federação, solicitando que determinassem eles um levantamento de todos os condenados que, na Unidade, tivessem cumprido a pena havia cinco anos ou mais, bem como providências adequadas, na forma da lei, tendo em vista a reabilitação.

Pelas respostas e informações de retorno, pôde-se verificar que: em algumas Unidades da Federação, a informação não foi entendida; em outras, a assistência judiciária não tinha condições para encarregar-se das necessárias providências; em uma ou outra, o êxito que se podia prever, à luz das primeiras notícias enviadas, foi frustrado por interferências inesperadas.

Daí se infere que existem inúmeros condenados, ainda, que poderiam estar reabilitados mas não estão, sofrendo, por isso, extemporâneas restrições de direitos, com a inseparável face prática.

Seria de almejar e esperar que a Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seções e Subseções em todo o País, bem assim os meios de comunicação e certas entidades, demonstrando, como têm demonstrado, acentuada preocupação com os presos, seus direitos e o tratamento que lhes é dado, também voltem a sua atenção para este grave problema, procurando, cada qual com a parte que lhe cabe, contribuir para a sua solução.

### 3 - O prazo decorrido para poder requerer a reabilitação

O prazo genérico, como requisito primeiro para poder requerer a reabilitação, é, pois, de cinco anos, a contar do dia em que foi extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar a sua execução, e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional.

Negada que tenha sido a reabilitação, só poderá ser novamente requerida após o decurso de dois anos (arts. 119, § 3º, do Código Penal comum, e 134, § 3º, do Código Penal Militar, esclarecendo "salvo se o indeferimento tiver resultado de falta ou insuficiência de documentos", arts. 749 do Código de Processo Penal comum, e 657 do Código de Processo Penal Militar).

Os prazos para requerer a reabilitação serão contados em dobro: "no caso de reincidência" (art. 120, parágrafo único, do Código Penal comum); "no caso de criminoso habitual ou por tendência" (arts. 134, § 4º, do Código Penal Militar, e 651, parágrafo único, do Código de Processo Penal Militar).

Esses prazos, na sua rigidez, não se relacionam, como se vê, com a pena (principal) aplicada — qualitativa e quantitativamente considerada. Tanto faz que a pena tenha sido de, v.g., trinta anos de reclusão, como de alguns dias de prisão simples, o condenado tem de, nos termos legais, aguardar cinco ou dez anos para poder requerer a reabilitação.

Não parece justo.

Com efeito, o grau de severidade da pena se relaciona com o grau de gravidade do crime ou delito, ou da contravenção. A consciência jurídica não vê com bons olhos a exigência legal de, durante cinco anos, ter de sofrer restrições nos seus direitos e respectivo exercício quem cometeu uma infração leve senão levíssima, do mesmo modo que quem cometeu um crime grave senão gravíssimo. Outra consideração que pode ser feita é que é psicossocialmente e ético-juridicamente razoável que, de quem cometeu um crime grave, senão gravíssimo, seja exigido mais longo tempo para patentear, com a sua conduta, constantemente boa (sem falar nos demais requisitos da lei), que se emendou e que tem suficiente reintegração no convívio social, para merecer a reabilitação.

Aliás, mesmo que não se fizessem essas considerações, poder-se-ia estabelecer um paralelo entre os prazos para a reabilitação e os prazos para a prescrição.

Ora, a prescrição, "antes de transitar em julgado a sentença final (...), regula-se pelo máximo da pena privativa da liberdade cominada ao crime", ou, depois de a sentença transitar em julgado, pela pena aplicada (arts. 109 e 110 do Código Penal comum, e 124 a 128 do Código Penal Militar). Ademais, é prevista a redução do prazo à metade, "quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou mais de setenta anos" (arts. 115 do Código Penal comum e 129 do Código Penal Militar).

Por motivos de lógica jurídica, os prazos para a reabilitação poderiam (ou deveriam) ter tratamento similar.

O Ministério da Justiça preocupou-se com o assunto, havendo a comissão elaboradora do anteprojeto, de que veio a resultar a Lei nº 6.416/77, chegado a dar-lhe atenção; entretanto, razões, na ocasião ponderáveis, aconselharam deixar essa matéria para outro momento.

Com efeito, em momento posterior outra comissão elaborou uma minuta de anteprojeto de lei, reformulando a redação legal a respeito da reabilitação. Já promulgada a Lei nº 6.416/77, a sua letra e o seu espírito também deveriam influir na reformulação dos prazos para a reabilitação.

Depois de ouvidos órgãos e pessoas aptos a fornecer, para o caso, boas informações e ponderáveis sugestões, foi elaborada uma minuta, de cuja revisão haveria de resultar o desejado anteprojeto, a ser devidamente encaminhado. Lamentavelmente, por motivos que não cabe aqui comentar e nem sequer mencionar, não houve aquele encaminhamento; nem chegou a ser configurado o anteprojeto.

A título informativo ou — quem sabe? — para que possa vir a servir de subsídio quando, em ocasião considerada oportuna, ficar decidido fazer a reformulação, transcreve-se aqui a referida minuta, com a respectiva minuta de *Justificativa*. Assim, pois:

#### *"Justificativa*

Os prazos para requerer a reabilitação, na sua rigidez, não satisfazem à consciência jurídica. A exemplo do que ocorre com os prazos

para a prescrição, é aconselhável que sejam relacionados com as penas, principais e acessórias, aplicadas.

2. É justo que, para os sentenciados reincidentes, os prazos sejam maiores do que para os primários.

Similarmente, é justo que, por motivos meritórios dos sentenciados, os prazos possam ser reduzidos.

O Código Penal, na nova redação dada a alguns dos seus dispositivos pela Lei nº 6.416/77, permite o trabalho externo dos sentenciados, em empresas privadas ou por conta própria, como permite a frequência a curso superior.

O sentenciado, para vir a obter uma ou outra, ou ambas as concessões, deve ter conduta reveladora de emenda e de esforço para a reintegração no convívio social; ademais, o exercício desse trabalho externo e a frequência a curso superior servem eficazmente à consolidação da emenda e ao esforço para a reintegração no convívio social. Quanto à frequência a curso superior, vindo o sentenciado a obter o respectivo título universitário enquanto cumpre a pena, constitui, inequivocamente, um mérito, tanto mais que, para isso, as dificuldades enfrentadas por ele são maiores do que as que se apresentam aos outros estudantes em geral. Poderia parecer uma incongruência da lei o fato de o sentenciado que faz tanto esforço e obtém o título universitário ter de esperar, para obter a reabilitação, tanto quanto outros sentenciados que nenhum esforço especial tenham feito para melhorar a sua qualidade de vida. Por isso, é feita previsão especial de redução de prazo para o sentenciado que tenha feito ou concluído curso superior durante o cumprimento da pena.

Coerentemente com a previsão de trabalho externo, é feita a previsão de possível exercício de profissão ou atividade, independentemente de reabilitação, desde que não tenha sido aplicada pena acessória de interdição daquela profissão ou atividade, ou não tenha sido o crime cometido no exercício dela.

3. O segredo do registro da condenação, em caso de suspensão condicional, produz os mesmos efeitos que a reabilitação, daí por que essa não se faz mister, a não ser que tenha sido aplicada pena acessória, ou tenha ela resultado da sentença, com a referida pena relacionando-se, então, a reabilitação. É bem verdade que hoje não mais se considera a suspensão condicional como simples benefício, mas como forma de cumprimento da pena na comunidade. Entretanto, durante o tempo da suspensão condicional, o sentenciado tem oportunidade de, cumprindo a pena na forma de condições, normas de conduta e obrigações, emendar-se e consolidar a emenda, sem deixar de permanecer no convívio social, exercendo todos os direitos e cumprindo todos os deveres que não tenham sido atingidos por aquelas condições, normas de conduta e obrigações. O mesmo não se dá em caso de pena de multa, cujo cumprimento (pagamento), se tem eficácia

cia para estimular à emenda, não parece tê-la para consolidá-la. Por isso, o sentenciado a quem foi aplicada pena de multa isoladamente deve ficar sujeito à exigência de reabilitação.

4. As previsões das condições (requisitos) para vir a obter a reabilitação e as dos respectivos comprovantes foram, por sua vez, reformuladas, de modo a melhor corresponder ao propósito da Política Penitenciária Nacional de permanência ou reintegração no convívio social, tendo em vista o princípio de que o sentenciado é uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade.

5. A competência para conceder a reabilitação foi atribuída ao juiz da execução; fazendo-se remissão ao art. 668 do Código de Processo Penal, pode esse juiz ser o mesmo da sentença. Não parece, porém, juridicamente razoável que tenha de ser sempre e tão-somente o da sentença, por ser o da sentença. Com efeito, se é verdade que a reabilitação se relaciona com a sentença e o juiz que a proferiu, também se relaciona ela, e mais proximamente, com a execução e o juiz a quem ela compete.

6. Com essas modificações, a serem introduzidas em dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, o instituto jurídico-penal da reabilitação se apresentará mais equitativamente justo, servindo, assim, melhor às suas próprias finalidades, que se inserem nas da Política Penitenciária Nacional.

#### *Minuta tendente a anteprojeto de lei*

*Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências.*

*Art. 1º — O Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passa a vigorar com as seguintes alterações:*

#### *“Reabilitação*

*Art. 119 — A reabilitação apaga os efeitos da condenação, salvo o referente a reincidência, podendo também extinguir a pena acessória.*

*§ 1º — A reabilitação poderá ser requerida pelo sentenciado, após o cumprimento ou a extinção da pena privativa da liberdade, ou o pagamento da multa, quando essa tiver sido aplicada isoladamente, nos seguintes prazos:*

*I — se tiver sido aplicada somente pena principal:*

*a) um ano, se a duração da pena aplicada ou, no caso de mais do que uma, da soma delas, não tiver sido superior*

a três anos, ou se tiver sido aplicada somente pena de multa;

- b) dois anos, se tiver sido superior a três anos, até oito;
- c) três anos, se tiver sido superior a oito anos, até quinze;
- d) quatro anos, se tiver sido superior a quinze anos, até vinte e cinco;
- e) cinco anos, se tiver sido superior a vinte e cinco anos.

II – Se tiver sido imposta medida de segurança cumulativamente com a pena, sem revogação antes do cumprimento dessa, o prazo começa a ser contado:

- a) da data em que, tendo havido efetivo cumprimento, vem a ser revogada;
- b) da data da extinção, caso não tenha sido executada, nos termos do art. 87 deste Código.

III – Se tiver havido pena acessória:

- a) os prazos do inciso I são aumentados de um terço, se tiver sido expressamente aplicada pena acessória temporária;
- b) a pena acessória instantânea (art. 68) e a permanente (art. 69, II, alínea a, e III, alínea a) não são alcançadas pela reabilitação.

§ 2º – Se o condenado beneficiado com a suspensão condicional estiver sujeito a pena acessória, poderá requerer a reabilitação após metade do prazo dela, ainda que dentro do prazo da suspensão.

§ 3º – Se o sentenciado for reincidente, os prazos são aumentados de um terço.

§ 4º – Se o sentenciado vem a falecer sem ter sido reabilitado, a reabilitação pode ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, por ascendente ou descendente em linha reta, ou por irmão, ainda que, na ocasião do falecimento, o prazo para requerê-la não se tivesse esgotado.

§ 5º – Se o sentenciado tiver feito ou concluído curso superior durante o cumprimento da pena, os prazos são reduzidos à metade; enquanto, não estando reabilitado, não puder inscrever-se no respectivo órgão de classe, poderá exercer a profissão a título precário, sob a responsabilidade de um profissional autorizado pelo referido órgão.

§ 6º – O sentenciado que, antes da condenação, tinha profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação espe-



cial ou de licença ou autorização do poder público poderá, ainda que com as restrições legais ou regulamentares, continuar a exercê-la, independentemente da reabilitação de que trata este artigo, salvo se lhe tenha sido aplicada pena acessória de interdição para profissão ou atividade (art. 69, IV), ou tenha cometido o crime no exercício da profissão ou atividade.

#### *Das condições*

§ 7º – Além das mencionadas nos parágrafos anteriores, são condições para ser concedida a reabilitação:

- a) ter o sentenciado efetuado o pagamento da multa, quando aplicada cumulativamente;
- b) ter cumprido ou estar cumprindo devidamente a pena acessória, quando também tenha sido aplicada;
- c) ter ressarcido o dano causado pelo crime, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- d) ter tido, durante o prazo específico, boa conduta pública e privada, demonstrativa de emenda e de esforço para permanência ou reintegração no convívio social;
- e) ter trabalho ou atividade lucrativa permanente.

#### *Prazo para renovação do pedido*

§ 8º – Negada a reabilitação, não pode ser novamente requerida senão após:

- a) decorridos seis meses, se o prazo em concreto tiver sido de até dois anos;
- b) decorrido um ano, se o prazo em concreto tiver sido de mais de dois até quatro anos;
- c) decorridos dois anos, se o prazo em concreto tiver sido de mais de quatro anos.

#### *Revogação da reabilitação*

*Art. 120* – A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada vier a ser novamente condenada, em sentença passada em julgado.”

*Art. 2º* – O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) passa a vigorar com as seguintes alterações:

*Art. 581* – (...)

XXV – que conceder ou denegar reabilitação.

*Art. 743* – A concessão da reabilitação compete ao juiz da execução penal.

**Art. 744** – A reabilitação pode ser concedida mediante requerimento:

I – do sentenciado, observados os prazos estabelecidos no art. 119, §§ 1º, 2º, 3º e 5º, do Código Penal;

II – do cônjuge sobrevivente, de descendente ou ascendente em linha reta, ou de irmão, nos termos do § 4º do art. 119 do Código Penal.

**Art. 745** – O requerimento será instruído com:

I – indicação de todas as localidades em que o sentenciado residiu, durante o prazo específico;

II – certidões comprobatórias de não ter respondido nem estar respondendo a processo penal em qualquer das comarcas a que se subordinam as localidades referidas no inciso anterior;

III – atestados de autoridades policiais, que comprovem ter residido nas localidades indicadas e mantido efetivamente boa conduta pública e privada;

IV – comprovante de trabalho ou atividade lucrativa permanente;

V – atestados de boa conduta fornecidos por pessoas a cujo serviço tenha estado;

VI – quaisquer outros documentos, especialmente se fornecidos por serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares, que sirvam como prova da sua emenda e da sua permanência ou reintegração no convívio social;

VII – prova de ter efetuado o pagamento da multa, atendidos os termos dos arts. 686 a 690 deste Código;

VIII – prova de ter ressarcido o dano causado pela infração penal, ou de persistir a impossibilidade de fazê-lo, ou de expresso desinteresse da vítima e terceiros prejudicados.

**Art. 746** – O juiz poderá ordenar as diligências necessárias para a apreciação do pedido, cercando-as do sigilo possível, e, antes da decisão final, ouvirá o Ministério Público.

**Art. 749** – Indeferido o pedido, o sentenciado não poderá renová-lo senão após o decurso dos prazos fixados no art. 119, § 8º, do Código Penal, salvo se o indeferimento tiver resultado de falta ou insuficiência de documentos.”

**Art. 3º** – Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

**Art. 4º** – Revogam-se as disposições em contrário.”

# Ressocialização e saúde mental

J. TREIGER

Psiquiatra do Instituto de Ressocialização de Niterói — Departamento de Ressocialização da Secretaria de Estado de Justiça do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

- I — A nossa sociedade e o problema da ressocialização
- II — Dados bioestatísticos
- III — As ciências do comportamento e a Psiquiatria
- IV — As transformações culturais
- V — O impasse atual
- VI — Algo sobre a Psicopatologia Social
- VII — A ambivalência da sociedade
- VIII — Importância da Psiquiatria Social na resolução dos conflitos
- IX — Direção da transformação social
- X — O papel dos pequenos grupos

## **I — A nossa sociedade e o problema da ressocialização**

Podemos entender como ressocialização o ato de um indivíduo voltar a participar de um determinado grupo social, dentro de uma relação de direitos e deveres recíprocos.

Essa relação subentende a existência de um compromisso de respeito às condições de inter-relacionamento entre os componentes do grupo social considerado.

Ao se cogitar de um processo de ressocialização, caberia situar, ainda que grosseiramente, a posição dos componentes do nosso grupo social. Assim, do lado de dentro da estrutura há os que ditam as normas de participação — geralmente um grupo minoritário; depois, uma grande massa, a maior parte, que segue o primeiro grupo; finalmente, há um grupo, hoje crescente, que contesta os valores dominantes, levando pouco a pouco a uma modificação dos mesmos, ainda que através de conflitos.

Talvez o que melhor caracterize a época em que vivemos seja exatamente a intensidade e a multiplicidade dos conflitos existentes; mas creio que não devemos temer a existência desses conflitos, especialmente porque o que parece também caracterizar essa época tão interessante é que, nela, a evolução se faz através dos sucessivos conflitos.

Quanto aos que estão do lado de fora dos padrões aceitos — e a quem se pretende ajudar a reintroduzir — dadas as condições sociais ainda vigentes no Brasil, seria mais adequado falar-se, antes, em socialização, do que em ressocialização, sem prejuízo da especificidade das atividades que cada organismo ou instituição procura desenvolver: é que, entre nós, país ainda na faixa do denominado “em desenvolvimento”, os bolsões de pobreza e de marginalidade social são por demais expressivos e geradores de comportamento anti-social para permanecerem ignorados. Sempre se disse que “não há democracia com barriga vazia” e sempre se disse que “a fome é má conselheira”.

**Estão do lado de fora:**

**a)** os que saíram e querem voltar, mas não sabem, não conseguem ou não se deixa que voltem;

**b)** há também os que saíram, mas não querem voltar: são os degenerados, os psicopatas e os de comportamento anti-social;

**c)** e há também os que ainda não conseguiram entrar: são os mais de 25 milhões de brasileiros, chamados carentes urbanos, e cerca de 90% da população rural brasileira, os que ganham 1 salário mínimo, quando ganham: cerca de 9 milhões de famílias, ou 36 milhões de indivíduos.

Por isso mesmo, disse que, dentro de nossa realidade social, não sabia se já deveríamos falar em ressocialização ou se ainda estaríamos numa fase preliminar, a de ainda tentarmos a integração social de nossa população, por inteiro.

Pelo que entendo, os Institutos de Ressocialização se ocupam com os dois primeiros casos: a LBA se voltou para os carentes urbanos, e o FUNRURAL, hoje integrado no SINPAS, dá uma limitada cobertura aos rurais. Entretanto, a elite de nosso País (é indiferente considerar se antes ou depois da Revolução de 64), aquela que tradicionalmente tem definido os rumos sociais e políticos do País, ignora, ou finge ignorar, que é preciso definir uma política agrária eficaz e resolver o problema sócio-econômico das populações rurais, o qual, não sendo corajosamente enfrentado, vem determinando a migração destas, gradual e inexoravelmente, para os centros urbanos, à razão de 1% ao ano. De um lado, deixam de produzir alimentos; de outro, passam a consumi-lo, ajudando ainda a compor os 30% da população urbana que se mantém à custa do subemprego, que, por sua vez, se traduz por subsalário.

## II — Dados bioestatísticos

É oportuno fazer aqui uma rápida apreciação sobre alguns componentes sociológicos e psicológicos dessa sociedade, que, neste trabalho, parece ter sido posta na berlinda. Na verdade, vale dizer algo a respeito de nós mesmos, do que temos feito e de como temos sido nestes últimos séculos — uma autocrítica.

Dados de 1978, tomados de BRIAN ABEL-SMITH, em um trabalho publicado pela Organização Mundial da Saúde, revelam que: em 1972, 17% da população mundial eram responsáveis por 67% da produção mundial; 26% da população estavam concentrados em países que produziam menos de 3% da produção mundial. Em outras palavras, 17% de nossa população do mundo produzem e consomem a metade da produção mundial, num evidente desequilíbrio.

É bem verdade que já foi pior: houve um esforço para trazer mesmo os sem-trabalho a uma participação na crescente prosperidade das nações e na redistribuição da renda, incluindo velhos, enfermos e inválidos. Com tudo isso, a taxa de natalidade da população mundial, entre 1965 e 1970, revelava que os países mais pobres apresentavam taxas de natalidade de 38 por mil habitantes, enquanto que os mais ricos não ultrapassavam a de 18 por mil habitantes. O Brasil vem mantendo uma taxa aproximada de 30 por mil habitantes.

Os países em desenvolvimento são também globalmente mais pobres do que os países plenamente industrializados. Também é mais flagrante

a desigualdade interna — exemplo do que é a tradicional diferença entre o Norte-Nordeste e o Sul-Sudeste brasileiros.

As famílias mais ricas do mundo, isto é, 10% da população, detêm 40% da renda mundial; enquanto que às famílias mais pobres, isto é, 40% da população, correspondem 15% da renda, ou menos.

No Brasil, o perfil da renda acompanha a regra, como revela o PIS, levando-se em conta a folha de salários: em 1977, 57% da população percebiam menos de 2 salários mínimos; 3% da população percebiam mais de 10 salários; e 30% da renda nacional estavam concentrados em mãos de 2% da população.

Enquanto em alguns países os salários oscilam entre 1 e 8, entre nós a escala vai de 1 a 60 salários, aproximadamente!

Parte da desigualdade inicial pode ser corrigida pela política tributária, mas isso depende de quem vai ser beneficiado e de quem paga as contas dos impostos.

Mortalidade infantil: nos países desenvolvidos gira em torno de 12 a 15 por mil habitantes; nos em desenvolvimento alcança, por vezes, 100 a 200 por mil habitantes. No Brasil, entre 1964 e 1975, o IBGE registrou, entre os menores de 1 ano, taxas que variaram de 34,8 por mil, em Aracaju, até 256,4 por mil, no Recife.

Quatro em cada 5 crianças vivem nos países em desenvolvimento, e 97% dos óbitos com menos de 5 anos, nessas crianças, ocorrem em tais países.

Quanto à expectativa de vida, esta é 17 anos maior nos países desenvolvidos do que nos demais.

No campo da educação, 800 milhões de adultos ainda são analfabetos, em todo o mundo.

Não é possível definir, com uniformidade, o que cada sociedade vai aceitar como qualidade de vida. Entretanto, já antes da crise mundial de alimentos ocorrida há 8 anos, o mesmo ABEL-SMITH assinala que cerca de 400 milhões de pessoas se alimentavam mal. Havia uma oferta de proteínas muito deficiente, especialmente aos menores de 5 anos, fato particularmente grave não somente pelas deficiências metabólicas daí decorrentes, como também pelas deficiências mentais decorrentes das carências nutritivas dos primeiros anos de vida, para não falar nas falhas de crescimento físico. Esta talvez seja a maneira mais simples de afastar competidores no mercado mundial.

Por razões óbvias, a estatura média do nordestino decresceu palpavelmente, nos últimos dez anos.

Segundo o Anuário Estatístico de 1978, do IBGE — o mais recente —, a ingestão de proteínas, relacionada com o peso e a estatura médias,

revelou os números seguintes. Tome-se como ponto de referência que, segundo a Fisiologia, deve haver o mínimo de 1 grama de proteínas por quilo de peso em cada 24 horas, na ração individual — o que é sensivelmente inferior aos hábitos alimentares das populações dos países industrializados.

Comparemos o Rio de Janeiro, São Paulo e o Nordeste:

Região	Estatura Média (em cm)		Peso Médio (em kg)	
	5 anos	21 anos	5 anos	21 anos
Rio de Janeiro .....	108,3	169,9	17,2	54,2
São Paulo .....	108,6	170,0	17,7	53,4
Nordeste .....	103,8	165,2	16,1	50,2

Ingestão de proteínas por comensal/dia (em gramas)

Natureza do Alimento	Rio	S. Paulo	Sul	Nordeste
Carne e pescados .....	22,94	19,48	19,34	18,04
Ovos, leite, queijos (e também óleos e gorduras) .....	8,60	9,20	9,03	4,23
Total .....	31,54	28,68	28,37	22,27
Relação aproximada de gramas/kg peso .....	0,58	0,53	—	0,44

Mínimo desejável: 1 g/kg peso.

Nos últimos trinta anos a planificação do desenvolvimento recebeu sempre uma ênfase maior, mas isso não garantiu que se atendessem melhor às necessidades básicas dos setores mais desfavorecidos do que há trinta anos, ou seja, o desemprego, o subemprego, a má alimentação, o meio ambiente insalubre, a desnutrição e a falta de educação mínima indispensável. Foi dada ênfase ao crescimento econômico, sem que se detivesse

para identificar quem seriam os beneficiados. Admitiu-se que os efeitos benéficos do crescimento se propagassem a toda a economia, mas isso não ocorreu. Eis por que a nova política está sendo a de tentar satisfazer às necessidades básicas, assim entendidas a alimentação, vestimenta, utensílios domésticos e alguns serviços públicos essenciais, como o de água potável, o saneamento básico, o transporte público e os serviços — de saúde, educativo e cultural — garantindo que as populações participem das decisões que as afetem.

### III — As ciências do comportamento e a Psiquiatria

Muitos pesquisadores estão reunindo contribuições relevantes para as ciências do comportamento, a Psiquiatria e a saúde mental.

Algumas correlações entre a Psiquiatria e os assuntos políticos e sociais serão úteis ao se cogitar de medidas ligadas à saúde mental, capazes de influir em uma política de ressocialização. TOFFLER analisou os efeitos psicológicos e sociais da revolução tecnológica que caracteriza o mundo moderno. Chama de "choque futuro" aos efeitos perturbadores provocados sobre a capacidade do raciocínio pelas mudanças tão rápidas em curso. A superestimulação e o choque futuro que ela produz se evidenciam no colapso confusional na sociedade, no rápido crescimento do uso das drogas, no ressurgimento do misticismo, do vandalismo e da violência, e no niilismo e apatia patológica, além da retirada voluntária de milhões de pessoas. Todo esse stress na tomada de decisões e a sobrecarga de conhecimento estão produzindo uma má adaptação individual, grupal e societária ou comunitária. Sendo um analista social, TOFFLER encoraja o estudo do futuro e recomenda que as pessoas interrompam a desordenada aceleração da sociedade que está preparando o "choque futuro" e que se ocupem com a ecologia, com o racismo, com a revolta dos jovens. Sugere ainda que esse futuro se torne o centro de nossas preocupações e encoraja novos serviços sociais, um sistema de educação voltado para o futuro e o emprego mais seletivo da tecnologia. Sua preocupação é humanizar os dias futuros.

Segundo TOFFLER, há uma contradição básica entre as pressões culturais que, de um lado, exigem decisões rápidas de adaptação e, de outro, produzem uma incapacidade de previsão de escolha, no meio em que tais adaptações precisam ser feitas. Como as pessoas estão perdendo a corrida nesse esforço, a capacidade de cooperar se deteriora.

Recentemente a imprensa do Rio de Janeiro publicou parte do relatório apresentado pelo Prof. HELENO FRAGOSO na Reunião da Comissão Internacional de Juristas da ONU, da qual é membro. Diz ele que, para os povos do terceiro mundo, e em especial para os da América



Latina, é significativo que a ONU tenha focado, em seu VI Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, os aspectos referentes ao crime e ao abuso do poder, que se colocam no centro da problemática geral do sistema punitivo, em nossos países.

Diz o Prof. FRAGOSO que entre nós o Direito Penal tem sido um amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa muitas vezes acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois esses se livram com facilidade, pela corrupção e pelo tráfico de influência. Entre os danos à vida ou à coletividade, enumera os abusos praticados em relação à força de trabalho, à exploração predatória dos recursos naturais e à produção industrial imprópria ou defeituosa. Em relação à força de trabalho, destaca a redução do trabalhador à condição subumana pelos salários baixos, incapazes de permitir a reposição das energias consumidas no trabalho, inclusive através da exploração dos trabalhadores rurais empregados na lavoura na época das colheitas e o exaurimento físico e mental do trabalhador, pela imposição de ritmos excessivos de trabalho e de tarefas monótonas e embrutecedoras, produzindo doenças ou lesões ocupacionais.

Segundo VON BAER, vivemos numa sociedade em que ainda predomina a falta do desejo de atender ao "outro". Mesmo que o desejasse, falta à maioria tempo para isso. Não havendo êxito para solicitações de compaixão e amor nessa estrutura, os neuróticos histéricos não conseguem mais exteriorizar sua forma de histeria, muito embora isso não os impeça de cometer imoralidades nem diminua sua necessidade de que alguém compartilhe com eles seus sofrimentos.

O próprio delírio dos esquizofrênicos mudou, como acentua FERNANDEZ: da predominância religiosa e mística, passou para a hipocôndrica e técnica.

Predomina hoje o alcoolismo feminino; o aumento do alcoolismo em geral, talvez em função da solidão e da desesperança; o aumento das síndromes depressivas, da hipocondria e, ainda, uma redução da expressão dos sintomas das psicoses e das neuroses, salvo a do alcoolismo.

Tal metamorfose faz suspeitar que algo de muita importância esteja em curso, no desenvolvimento da cultura ocidental.

#### IV — As transformações culturais

Segundo GEHLEN, houve duas grandes transformações culturais na história da humanidade: a primeira foi a transformação do homem, de caçador nômade em agricultor — ocorreu há cerca de 10.000 anos, durante a passagem do período paleolítico para o neolítico — e levou

entre 1.000 e 2.000 anos; a segunda está ainda em curso, e é caracterizada pela tecnificação do homem e pelo domínio da natureza por ele: está-se processando no período de 100 anos e corresponde à mudança do foco de consciência, do emocional para o mental — trata-se da era científico-tecnológica, a era atômica.

A técnica revolucionou a estrutura espiritual e psicocultural do homem moderno. A proposição original da palavra **técnica** foi a da ação e do saber artesanais e artísticos, mas o homem perdeu o controle da técnica e ela o está escravizando. Se não for dominada, poderá levar a humanidade à destruição.

O que mais fundamentalmente caracteriza o homem ocidental sujeito a essa tecnocracia é sua atitude racionalista, cujo objeto é a conquista de maior conforto físico. Esse racionalismo está quase totalmente voltado para uma ação utilitária, para os bens materiais. A proporção que tal atitude se consolida no homem, o próprio corpo passa a ocupar o primeiro plano das preocupações. Entretanto, como já é evidente, a busca do bem-estar corporal não conseguiu trazer tranquilidade nem conforto real ao homem: massificado, tornou-se escravo da engrenagem que gerou, passando a consumir bens, mesmo sem necessidade; ou a beber, mesmo que isto não lhe agrade, apenas para se sentir melhor e para se situar acima dos demais; ou a obedecer cegamente à moda, sem analisar o que dela merece ser seguido. Criou, ainda, muitos mitos ligados à sua própria renda e não analisa, a não ser em pequenos números, e ainda assim, refugando a idéia de abandonar hábitos que o podem destruir, embora esteja sempre preocupado com o seu próprio bem-estar físico. O medo do sofrimento e da dor caracteriza essa atitude em relação ao corpo. Associado à busca do bem-estar físico, isso gera a hipocondria; e o eu psíquico, desorientado pela competição, perde a capacidade da comunicação. Não é por acaso que muitos hoje grunhem em vez de falar...

Finalmente, e não menos grave, a burocracia tornou-se uma dominante das condições ambientes, pela qual as atividades-fim são sacrificadas, para que se justifiquem as atividades-meio. Não poderá ser destruída por simples expedientes administrativos, também de natureza burocrática: a burocracia é uma hidra de muitas cabeças e, se os atos legais não forem seguidos de transformações sociais mais profundas, os frutos continuarão a mostrar a vitalidade da árvore de onde provêm. Nem mesmo uma mudança de regime político será suficiente para isso, já que temos o exemplo de países de regime diferente do nosso, socialistas, que se transformaram, igualmente, em feudos da burocracia.

A burocracia se caracteriza pelo império de um sistema desumanizado, impessoal e rígido em seus aspectos funcionais e normativos.

Como não poderia deixar de ser, dentro de tal quadro as preocupações altruísticas foram relegadas a um segundo plano, com prejuízo para

a comunicação inter-humana profunda e vital e, ainda, com a perda dos últimos vestígios do pensamento mágico-primitivo.

O tema do pensamento mágico-primitivo atraiu JUNG de maneira especial. Esta foi uma das razões que o levaram a permanecer algum tempo na Índia, pesquisando uma cultura que conservou a essência do seu pensamento mágico-primitivo.

Segundo JUNG, não que o hindu seja um homem primitivo, mas é inegável que ele não deu saltos em sua cultura. Assim, pôde conservar os aspectos mágicos que trouxe de tempos pretéritos. O hindu, por exemplo, **não pensa**; antes, **percebe o seu pensamento**.

Quanto ao homem ocidental, perdeu esta seqüência ao receber o impacto do cristianismo, que o obrigou a dar um enorme salto à frente, cindindo a estrutura do seu pensamento. O tipo de espiritualidade assim imposto era superior à disponível. Fomos assim interrompidos no próprio começo, quando predominavam as crenças politeísticas dos bárbaros *européus e essas crenças foram forçadas subterraneamente, lá permanecendo durante quase 2.000 anos*. Segundo JUNG, talvez isso explique a divisão observada na mente do homem ocidental: ainda num estado primitivo, fomos forçados a adotar as doutrinas comparativamente sofisticadas da graça e do amor cristãos; uma dissociação foi assim produzida entre a parte consciente e a parte inconsciente de sua mentalidade.

Por vezes, o homem ocidental alcança de volta aquela capacidade mágica primitiva, mas, quando isso acontece, torna-se capaz de recair no mais chocante barbarismo e, quanto mais bem sucedido se torna na ciência e na tecnologia, mais diabólico uso faz de suas invenções e descobertas.

Voltemos às transformações trazidas pela era do átomo: como disse, ela mudou até a maneira pela qual o homem consegue adoeecer; em troca, cresceram a ansiedade e a angústia — angústia particularmente marcada pelo temor da dissolução e da continuidade do ego. Ela explica, por exemplo, grande parte das manifestações do adolescente que, na preocupação de preservar sua noção de si próprio, contesta talvez como um meio de ouvir sua própria voz, de sentir suas próprias idéias para poder afirmar a si mesmo que ele é ele mesmo. Também explica certas manifestações de violência por parte de indivíduos que se vêem subitamente lançados numa grande metrópole, sentem-se perdidos pela falta de elementos de referência que lhes permitam preservar a própria identidade.

Em vez da violência, a ameaça de dissolução pode também gerar a vertigem da liberdade: o indivíduo quer ser livre de qualquer maneira, com o que surgem os contestadores sociais e o **hippismo**, que tanto marcou época na penúltima década.

Vivemos, na verdade, num ambiente neurotizado, no qual as motivações mais profundas se vêem bloqueadas por inibições intrapsíquicas.

Efetivamente, nada impede a sociedade de atuar criativamente, a não ser a crença dos próprios homens em sua incapacidade de agir. Apesar de todos os defeitos existentes em nossa sociedade, o homem é um ser que pode evoluir, crescer e colaborar na melhoria das condições sociais, porque tais condições são intrinsecamente suas. A experiência da Física nos demonstra, num exemplo elementar, que, por maior que esteja a escuridão, a luz conquista as trevas.

É claro que, para isso, é necessário que a sociedade se liberte do seu comportamento neurótico, abandonando as ilusões que envolvem seus falsos conceitos de segurança.

## V — O impasse atual

Uma das grandes tragédias do mundo atual é que, graças aos progressos da ciência e da técnica, o homem avançou mais do que sonhara; como um FAUSTO, dominou os segredos da matéria, mas para isso entregou-se a MEFISTÓFELES. Este fez dele um ser racionalista, que procura racionalizar o mundo, a vida, até a alma. Isso gerou esta profunda crise, como diz LOPES IBOR, histórico-cultural, "da qual ninguém sabe **como** nem **quando** sairemos".

Segundo VAN DEN BERGH, a perda de um vínculo unitário — a sensação da unidade da sociedade — tornou-se um dos fatores neurotizantes da atualidade. Houve também a perda do espírito de religiosidade, que não deve ser confundido com a prática de uma religião; contudo, as crenças, sejam quais forem, eram e são, sob o ponto de vista psicológico, defesas contra a angústia. O que o homem perdeu foi o caminho de sua religião com a própria natureza divina. Hoje ele não deixa de adorar, mas o que adora é o carro, a máquina, a sigla, o poder, o dinheiro; voltando-se para o supérfluo, rebaixa a sua própria concepção do mundo.

Entre as outras grandes frustrações da vida moderna se acha também a escravização à dimensão **tempo**. Alguns autores procuram atribuir a isso a grande disseminação atual do alcoolismo: muitos se desesperam porque não conseguem alcançar logo, no intervalo de tempo a que se propuseram, determinado objetivo — não aprenderam a esperar. Daí, a ansiedade e, às vezes, a depressão, com a fuga na embriaguez.

A característica dominante continua sendo a preocupação com um rendimento financeiro sempre maior, decorrente da importância dada ao fato econômico. Tal característica está ligada ao espírito de competição, que se exacerba em épocas de crise — das quais a guerra é apenas um paroxismo. Para ser incorporado à sociedade, em tais condições, e ganhar **status** dentro desse sistema, basta ser bem sucedido financeiramente. Não importa que os meios sejam desonestos: basta que as falcatruas não tenham sido provadas.

Está visto que é necessário buscarmos novos modelos de comportamento, pois os índices de criminalidade, que tanto preocupam a tanta gente, não serão reduzidos enquanto presidentes de importantes países, ou primeiros-ministros, tiverem de renunciar após comprovação de graves delitos ou vergonhosos atos de corrupção, em que também se incluem príncipes-consortes; ou enquanto companhias de cigarros, fabricantes de produtos comprovadamente venenosos, forem premiadas, como ocorreu entre nós, por serem as que melhor servem aos seus acionistas. **MEFISTÓFELES**, realmente, encontrou discípulos aplicados!

Ainda se acha um pouco distante a transformação do enfoque econômico em social; entretanto, quando isso ocorrer, ensejará um tipo de comportamento inteiramente diverso, voltado para o bem geral e tendo como base de relações humanas a cooperação.

## VI — Algo sobre a Psicopatologia Social

Não seria possível abordar, aqui, tudo que, no campo da Psicopatologia Social, interessasse à ressocialização. Julguei, pois, que bastaria abordar um tema e com ele ilustrar este trabalho. Merece destaque o que MEEKS denomina de **reação da delinqüência em grupo**: trata-se de indivíduos que adquirem valores, comportamentos e habilidades de um grupo ou **gang** — muito comum na adolescência — ao qual se mostram leais e em cuja companhia furtam, gazeteiam ou ficam até tarde da noite.

As pesquisas mostram que esse fenômeno surge de maneira variável, mais comum sob quaisquer condições que prejudiquem a comunidade e a estabilidade familiar como, por exemplo, o caos social generalizado que acompanha as guerras e os cataclismas, ou as grandes e bruscas modificações sociais; ou ainda, situações de dissonância cultural entre a família e a sociedade, ou quando os valores variam em demasia, na mesma comunidade. Dramático exemplo disso é o que vem ocorrendo em Itaúna, Minas Gerais: trata-se de uma localidade por demais humilde, que passou por uma transformação brutal, ligada a novas atividades produtivas e à abertura de uma rodovia para servir à região. A população jovem da localidade não conseguiu absorver as mudanças, que foram súbitas e violentas, de tal sorte que os suicídios, lá, se vêm sucedendo e, quando ocorre um sepultamento, os demais jovens encaram o fato como algo a ser festejado e como um ato a ser imitado.

Talvez os "pegas" de automóveis de nossas grandes cidades obedçam às mesmas profundas causas.

Os desvios de comportamento na direção da criminalidade predominam entre jovens mal empregados, subnutridos, que, segundo os pesquisadores, realizam um esforço de adaptação diante de condições de vida para eles insuportáveis. Esse grupo, ou **gang**, em tais condições,

passa a prover as únicas oportunidades de companheirismo, de excitação ou propósito, mas, no fundo, representa uma imagem que reflete os valores sociais dominantes.

Contudo, embora as teorias sociológicas visualizem o problema como uma reação essencialmente normal ante condições sócio-econômicas, cumpre salientar que não são todos os jovens que se tornam delinqüentes ou que adoecem, mesmo em comunidades onde haja dominância de criminalidade juvenil: na verdade, os que se tornam delinqüentes são os incompletamente socializados. Embora tenha havido uma experiência afetiva satisfatória na relação mãe-filho, há posterior falha, ou abuso, na relação pai-filho, seja por doença, seja por ausência, seja por alcoolismo. A família está muitas vezes mal adaptada aos costumes sociais, ou não tem **status** de hierarquia social, em função de condições de imigração, de pobreza, ou de preconceito de minorias.

Ainda que a tese de DOLLARD seja bem aceita, isto é, que a agressividade decorra de uma frustração, há os casos em que a frustração não leva à agressão e aqueles casos em que, inversamente, a agressividade não depende de uma anterior frustração. Conhecemos, todos, os exemplos dos indivíduos degenerados e anti-sociais, que não precisaram de frustrações para delinqüirem — casos, inclusive, de difícil recuperação.

O que se pode sustentar é que a frustração suscita a excitação de uma série de distintas reações, uma das quais é a tendência à agressividade.

## VII — A ambivalência da sociedade

Relativamente à reabilitação dos indivíduos que rompem o compromisso social, ADLER chama a atenção para a ambivalência da sociedade para com os que ferem a lei. Embora expresse preocupação para com o bem-estar e a necessidade de reabilitar a população presa, a própria sociedade sabota muitos esforços para estabelecer programas de tratamento. Em lugar de se construírem penitenciárias em lugares acessíveis às famílias dos presos, por exemplo, muitas vezes esses estabelecimentos são montados em lugares distantes dos centros urbanos, isolados da região em que os mesmos vivem.

É como se a sociedade quisesse expelir o seu mal e proteger-se dele, controlando seus autores em prisões o mais distantes possível. Entretanto, um dos princípios da Psiquiatria Social é que o tratamento do paciente se faça o mais próximo possível da comunidade em que vive. De outro lado, experiências recentes tendem a corroborar o fato de que muitas pessoas presas não são perigosas, uma vez libertas.

Há países em que a punição com a detenção tem muito mais o sentido de fazer o punido compreender que seu ato não é aprovado

pela comunidade. A intensidade da punição tem uma importância secundária.

Há pouco mais de dez anos, uma decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos fez transferir presos de dois manicômios judiciais de Nova Iorque para hospitais psiquiátricos: poucos foram os que tiveram de voltar para estabelecimentos correccionais.

A ambivalência da sociedade também se reflete na dificuldade de se garantir a plena ocupação dos presos. Sob o ponto de vista da ressocialização, este é um dos mais graves aspectos a serem considerados, pois são poucas as atividades laborativas a que têm acesso, o que leva, muitas vezes, a uma prolongada ociosidade. Some-se a isso a monotonia do passar dos dias, com a perda progressiva da noção do tempo. Acrescente-se, ainda, a dificuldade da conservação de objetos de uso pessoal — retirados pelos mais variados motivos (às vezes até justificáveis) —, a padronização dos uniformes e a substituição do nome próprio por números inexpressivos e teremos reunidos os vários ingredientes que compõem a fórmula para uma rápida despersonalização do indivíduo. A atitude violenta se torna, muitas vezes, um recurso bastante semelhante ao que a adolescência utiliza, no sentido de conservar a própria identidade.

Outra atitude ambivalente da sociedade é como ela se conduz com relação ao pessoal que trabalha nessas instituições: de um lado, abnegados servidores, dispostos ao auto-sacrifício, cuja remuneração não corresponde à qualidade do serviço que prestam efetivamente por razões ligadas aos mecanismos imobilistas burocráticos; de outro, indivíduos contaminados pelo ambiente, capazes de atitudes sádicas, agem de maneira violenta, com isso também prejudicando a recuperação dos detentos.

### **VIII — Importância da Psiquiatria Social na resolução dos conflitos**

A perspectiva que o futuro oferece é a da crescente participação da Psiquiatria Social na mediação ou resolução dos conflitos sociais. A violência, como refere BOULDING, impede que os conflitos sejam resolvidos, porque ela cria uma atmosfera em que a reconciliação e o compromisso se tornam difíceis. Esta falta de reconciliação conduz mais à supressão do que à resolução do conflito.

MACK e SNYDER chamam a atenção para a possibilidade de a Psiquiatria participar da resolução dos conflitos e particularmente de sua prevenção, através da medida das relações de poder e da correção dos desequilíbrios. Neste sentido, visando a uma atuação mediadora, a Associação Americana de Psiquiatria, há cerca de dez anos, propôs e indicou uma força-tarefa para intervenção como terceiro partido, na

crise da comunidade — um grupo que participasse como mediador dentro dos conflitos sociais. E também, ainda mais interessante, se bem que num âmbito mais amplo, mas também aplicável às situações locais, vale referir que nos Estados Unidos já existe uma Academia Internacional de Paz, funcionando, desde 1971, reunindo muitas pessoas pertencentes a movimentos que apóiam os esforços em prol da manutenção da paz mundial. A tarefa a que se propõe é desenvolver o treinamento profissional nas ciências e nas artes da paz, tão sistematicamente quanto estudantes têm sido educados e treinados nas ciências e na arte de guerrear. Tal Academia se propõe a preparar líderes na prática da paz, em todo o mundo, que possam ser convocados por seus governos ou por organizações governamentais, para ajudar a conseguir modificações pacíficas que, por fim, limitem os conflitos sociais.

Existem várias outras organizações fundadas nos últimos vinte anos, voltadas para a mediação do conflito, que oferecem treinamento psiquiátrico para o serviço referido, com vistas à atuação de pequenos grupos comunitários, também nas arenas domésticas.

### IX — Direção da transformação social

Há, hoje em dia, um espaço vazio nos corações humanos. Este espaço deve ser ocupado, rompendo-se a barreira do egoísmo.

É necessário reaprender a cultivar a amizade, pela amizade; é necessário desacelerar o ritmo da satisfação dos desejos e do consumismo, para a reconquista do controle da direção da nave desgovernada; é necessário optar pela simplicidade, para que todos possam ter acesso ao mínimo indispensável à condição de vida humana digna; é necessário restabelecer o contato com a nossa natureza mais elevada, para identificar o que é essencial na vida diária.

No passado, houve um dilúvio de água, após o qual DEUS e NOÉ estabeleceram uma Nova Aliança. Devemos renovar esta Aliança, através de um novo pacto social, que marque o fim desse dilúvio de paixões em que se consome a humanidade. Entretanto, sem uma reorientação espiritual, isso não será possível.

Que a busca do pão material simbolize a aspiração às conquistas do Espírito. Mas aceitemos como espiritualidade, para uso em nossos dias, a ampliação da visão da vida e a elevação do nível de consciência. Não sendo possível mudar subitamente os costumes, aproveitemos, no entanto, cada oportunidade para defender o estabelecimento de uma nova ética. É possível que o tempo atual, sendo um tempo de negação de valores, sirva, no entanto, para semear. Não importa que os beneficiários da colheita sejam outros: nós também comemos as tâmaras que nossos avós plantaram.



Aplicada à vida diária, essa nova ética deverá definir um conjunto de maneiras que permitam a vida em comum, com um mínimo de qualidade. Os malfeitores também têm seu código de convivência, mas faltalhes a qualidade. Deverá também propiciar condições que estimulem a comunicação entre as pessoas e influir no campo da educação, estabelecendo princípios para a reorganização da sociedade em bases mais humanas.

O grande drama da humanidade não tem somente aspectos negativos. Estamos em um tempo novo, de grandes mudanças, que estão vindo ao encontro do empenho das grandes massas em se tornarem conscientes de si mesmas. Convém registrarmos esse fato, que as grandes massas não se satisfazem mais em seguirem o modelo ditado por pequenas minorias, se estas não aplicarem em si mesmas o modelo. Correm-se riscos, é verdade, pelas complicações e pelas conseqüências imediatas que podem ocorrer na consciência e no estado de ânimo de grandes multidões, ainda vivendo os primeiros tempos das mudanças. Por isso mesmo, devemos nos concentrar na formulação de valores novos, pelos quais essas grandes massas possam encontrar seus próprios caminhos, através de aspirações corretas. A juventude, por exemplo, deve ser orientada para a atividade mundial, sem o que não conseguirá participar conscientemente dos assuntos da atualidade; a atividade dos operários, por sua vez, deve ser humanizada, tornando-se mais criativo o seu labor, através de uma atuação grupal na tomada de decisões no curso da própria produção e numa participação vertical do processo, de modo a permitir uma visualização por inteiro do fruto do seu trabalho.

Os adeptos da violência não são maioria. Não nos impressionemos pela aparência em contrário. Na época das Cruzadas a humanidade vivia em guerras. Ainda no começo deste século, o castigo corporal era rotineiro, no mundo inteiro, até em corporações militares. Hoje, nossa sensibilidade aumentou e a população mundial é muito grande. Com isso, não só os valores absolutos são grandiosos, como cada fato, também pela comunicação rápida, nos faz participar dele. Bem que se tenta estimular a prática da violência, mas a grande maioria quer soluções pacíficas para seus problemas. Não fosse assim, e a indução que a televisão e o cinema tentam provocar já teria levado todos à conflagração. Na verdade, a chuva de episódios de violência que transmitem não é estimulada pelos espectadores, e sim manipulada por um pequeno grupo de exibidores, especializados no estímulo da excitação emocional (no Rio de Janeiro, são 4 estações de televisão, concessionárias do Governo, porque a quinta, a Educativa, não se presta a tal desserviço), grupo esse financiado por um grupo, também pequeno, de produtores. No entanto, se levantarmos a forma de pensamento dominante, facilmente verificaremos que uma das idéias fundamentais que se encontram na base de toda a conduta humana, individualmente considerada, é a aspiração à paz e à harmonia, para que cada homem possa criar seu próprio destino. Esta é uma crença fundamental e o mais profundo

anseio da humanidade. Sendo a linha de menor resistência, é a que deveria ser trabalhada em primeiro lugar, ao se cuidar da manifestação da auto-afirmação de cada cidadão.

## X — O papel dos pequenos grupos

Falei, de início, nos pequenos grupos que modelam caminhos depois seguidos pelas grandes massas. O exemplo dos maus programas, ou da propaganda do fumo e do álcool, mostra a ação perniciosa de pequenos grupos. Ora, a humanidade carece de ações heróicas. Elas precisam ser reinseridas no cotidiano. Hoje em dia, a bondade é uma ação heróica. É tempo de os bons terem coragem de afirmar o bem, da mesma maneira como os maus se atrevem a praticar o mal.

É certo que os Institutos de Ressocialização têm uma tarefa específica, uma missão espinhosa. Os que se ocuparem com ela deverão atuar com firmeza; deverão conservar a crença em si mesmos; deverão trabalhar com destemor, mantendo a convicção de que sua atuação tem grande valor sanitário para o organismo social.

Entretanto, à parte dessa tarefa específica, talvez os seus membros não tenham identificado uma outra, não menos importante: a de poderem constituir um núcleo para a difusão de uma nova atitude de vida, visando ao bem geral. Sei que suas estruturas são por demais modestas e seus recursos extremamente limitados para a enormidade das tarefas, mas essa é mais uma das características da época — a de todos terem enormes responsabilidades à frente. Parece que, por se julgarem deuses pelo simples fato de terem conquistado o átomo, os homens da sociedade tecnocrática tiveram de assumir todos os encargos anteriormente atribuídos aos deuses — e os deuses não têm descanso...

O exemplo, hoje mais do que nunca, é o que conta. Quem quiser que seu modelo de comportamento seja aceito deve demonstrar que o pratica. O modelo de comportamento tornou-se, hoje, uma peça vital para as transformações de que necessitamos. Na Roma antiga, CATÃO podia dar-se ao luxo de mandar fazer o que ele dizia, não o que fazia. Hoje, isso é impraticável. Os Institutos de Ressocialização, através da autenticidade de seus agentes, podem influir na infra-estrutura do pensamento-forma de nosso modelo social, aperfeiçoando-o. Não importa que haja muito a ser feito; se tudo já estivesse feito, a depressão da ociosidade seria um perigo pior a ser enfrentado. Não importa que haja muitos erros a serem corrigidos. Quando DEUS fez o mundo, ficaram muitos defeitos — para os deuses-homens corrigirem e aperfeiçoarem a criação.

Há um modelo de comportamento que se ajusta aos fins desses Institutos de Ressocialização, válido, apesar de antigo. Pode ser expresso numa frase que atravessou vinte séculos: "Não vim para os sãos: esses não precisam de remédio!"

# Os fatores sócio-culturais e a conduta delinqüente

EDMUNDO OLIVEIRA

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.  
Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Pará

Parece bem definida a moderna orientação de não se rotularem personalidades criminosas com o mesmo espírito naturalista com o qual se ocupam os propósitos das classificações botânicas, zoológicas ou mineralógicas.

A tipologia de delinqüentes deve corresponder a uma exigência de ordem prática imposta pela necessidade do tratamento. Os critérios classificatórios devem se estribar em aquisições científicas e não apenas na orientação circunstancial que o Direito Positivo queira atribuir com a regulamentação legislativa da matéria, mormente quando há necessidade de formulação de um diagnóstico que revele a gênese do comportamento anti-social.

Ao propor uma das teorias mais influentes sobre a causação da delinqüência, segundo a qual o crime é um produto da aprendizagem e de relações grupais, EDWIN SUTHERLAND, em 1930, falou sobre “a grande diversidade do comportamento criminoso e a multiplicidade de influências na conduta criminal” (1).

SUTHERLAND dividiu a sua “Teoria da Associação Diferencial e do Aprendizado” em nove pontos básicos:

1º) o comportamento criminoso é aprendido, quer através da criminalidade habitual, quer através da criminalidade profissional, organizada ou do “white-collar”;

2º) a interação e a comunicação social são centrais para o processo de aprendizagem da conduta criminoso;

3º) a parte principal do processo de aprendizagem, em que se adquire a conduta criminoso, realiza-se no âmbito de grupos pessoais mais íntimos;

(1) SUTHERLAND, Edwin. *Principles of Criminology*. Filadélfia, Ed. Lippincott, 1947, pp. 6-7.

4º) o processo de aprendizagem envolve o conhecimento de técnicas para a prática de crimes e a formação de novas atitudes, motivos, impulsos e formas de racionalização, evidenciadas pelo reforço sistemático no sentido da criminalidade;

5º) a tendência específica dos motivos e impulsos é reconhecida pelas definições dos códigos como legal ou ilegal;

6º) uma pessoa torna-se delinqüente quando aprende mais modelos que favorecem à infração da lei do que outros que a desaprovem;

7º) os contatos diferenciais, no sentido do comportamento, podem ser distintos segundo a freqüência, duração, prioridade e intensidade;

8º) todos os mecanismos da aprendizagem estão envolvidos no aprendizado do comportamento criminal ou anticriminal;

9º) ainda que a conduta criminosa seja uma expressão de necessidades e valores gerais, não pode ser explicada com base nestes e naquelas, uma vez que também a conduta não criminosa exprime essas necessidades e esses valores.

O crime — alegava SUTHERLAND — é aprendido de uma maneira sistemática na medida em que as pessoas se associam a grupos desviantes. Enquanto alguns crimes (homicídio e rapto, por exemplo) podem envolver um distúrbio mental ou emocional, o que é largamente independente do relacionamento com o grupo, muitos crimes são produto de prática grupal ou condicionamento subcultural.

Outra teoria bastante divulgada, no âmbito das causas sociais da criminalidade, é a chamada "Teoria da Oportunidade Diferencial" de RICHARD CLOWARD e LLOYD OHLIN (2).

CLOWARD e OHLIN partiram do princípio de que a adoção de modelos de condutas criminosas nem sempre se efetua segundo um "esquema" parecido, a não ser quando se trata de uma questão da diferente ocasião (DIFFERENTIAL OPPORTUNITY) ou das "condições sociais específicas" para os criminosos em potencial. Eles se basearam, notadamente, nos exemplos dos bairros pobres, nos quais as possibilidades de aprender e aperfeiçoar condutas ilegais é praticamente grande, de sorte que os habitantes de tais bairros são criminosos em potência.

(2) CLOWARD, Richard & OHLIN, Lloyd. *Delinquency and Opportunity: A Theory of Delinquent Gangs*. Nova York, Free Press, 1960, p. 150.

Para chegar a uma análise mais acurada, eles identificaram três tipos de subcultura:

1º) *Subcultura criminal* (stricto sensu): tem por característica os intensos contatos entre delinquentes de diversos grupos etários e o conseqüente intercâmbio de experiências que estimulam as atividades anti-sociais dos mais moços. Esse é o tipo de subcultura em que se situam os jovens aprendendo a admirar e a respeitar criminosos mais velhos e a adotar modelos e técnicas não recomendáveis.

2º) *Subcultura do conflito*: Neste tipo encontramos o delinqüente que, por ter expressão em uma *gang*, manipula a violência como meio de ganhar *status*. O importante para esse criminoso é manter sempre o respeito e admiração por sua pessoa, por isso está sempre disposto a enfrentar adversários mais fortes ou claramente superiores.

3º) *Subcultura escapista*: Aqui se situam pessoas que abandonam as regras normais da vida social e mergulham no mundo dos tóxicos. Elas geralmente vivem no ócio, buscando sempre o prazer estético da "viagem", como forma de rejeitar o "mundo tradicional".

Embora as três subculturas predominantes possam ser facilmente identificadas em grandes centros urbanos entre os homens da classe baixa, elas podem existir de forma misturada. Os membros de uma subcultura predominantemente de conflito, por exemplo, podem estar engajados no furto sistemático; os participantes de uma subcultura criminal podem periodicamente participar de combates de rua com as *gangs* rivais. Enquanto alguns membros da *gang* estão totalmente socializados segundo a perspectiva subcultural, outros participam seletivamente e mantêm papéis viáveis em suas famílias, escolas ou igrejas.

Esses interessantes estudos, em torno da causação sócio-cultural da criminalidade, sofreram evidentes críticas justamente por terem relegado os fatores biológicos e psicológicos do crime. Mas não há dúvida de que o aparecimento dessas teorias, além de propiciar outras tantas subteorias na área, serviu para ratificar o princípio de que a criminalidade, relacionada com o conjunto da estrutura social, é fenômeno inerente ao funcionamento da sociedade.

Sendo o crime um fato humano, é óbvio que nele estão contidos os fatores social e biológico. As influências sócio-culturais para a formação da personalidade ou realização social do homem, atuando sobre a individualização biológica, não permitem definir o comportamento

humano em termos de causalidade determinista e, sim, através de condicionamentos probabilistas, daí a compreensão de que na conduta criminosa a dimensão sociológica é complementar das dimensões biológicas, psicológicas e culturológicas.

O traço mais característico das sociedades é, sem dúvida, a base cultural. Os próprios cultores das ciências naturais aceitam essa conclusão, conforme lembrou GILBERTO DE MACEDO, ao comentar o pensamento de THEODOSIUS DOBSHANKI, sintetizando que "as sociedades dos insetos são fundadas em comportamento geneticamente instintivo, enquanto as humanas são fundamentadas na cultura que os indivíduos aprendem, em vez de herdar de seus genes" (3).

Está claro, então, que o comportamento humano é produto de duas raízes: natureza biológica e natureza social. Através da primeira, ele tem a sua constituição e o seu desenvolvimento biopsicológico. Pela segunda, ele conquista a plenitude estrutural, ou seja, a evolução social obtida pela aculturação.

Nas bases biológicas da conduta humana é essencial distinguir as constituições do fenótipo e do genótipo. O fenótipo, de característica externa, muda continuamente através dos anos, enquanto prossegue o desenvolvimento. As mudanças na manifestação da hereditariedade do fenótipo contrastam com a relativa estabilidade interior do genótipo. A plasticidade fenotípica do nosso comportamento deve-se ao processo de socialização e, embora originalmente seja fixada pela reprodução dos genes, a extensão do seu desenvolvimento está diretamente ligada à estrutura cultural e não aos fundamentos das leis biológicas, sem que, todavia, seja contrária a estas leis.

Com base neste raciocínio, chega-se a conclusão de que o comportamento criminal está direta ou indiretamente vinculado aos padrões de vida na sociedade, daí a compreensão sociológica de ser o crime um fenômeno preponderantemente social. Desse modo, o ajustamento da personalidade tanto nos leva a uma vida de acordo com o grau de moralidade média de uma coletividade, como pode seguir rumo à direção de um padrão contrário, quando, por exemplo, a reação adaptativa, necessária ao convívio social, extrapola essa faixa, caminhando para uma agressividade patológica, nociva à sociedade, gerada pelas pressões da vida moderna, tensões emocionais, estados de ansiedade, angústia, insegurança e carência afetiva.

(3) MACEDO, Gilberto de. "Crime, Sociedade, Cultura", in *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Editora Borsol, (6), p. 98, abr./jun., 1972.

Está assim demonstrada a síntese do comportamento criminoso, como expressão de uma unidade biológica, condicionada sócio-culturalmente.

Desde criança, aprendemos o estilo da sociedade a qual pertencemos e, de acordo com a interiorização das normas sociais, daremos modelo ao comportamento assumido. A síndrome delinqüencial resulta, constantemente, do conflito de valores pela falta de sublimação dos sentimentos, pela falta de preparo para superar a ansiedade, a insegurança e o medo (4). À medida que o mundo exterior vai tomando lugar na vida do homem, progressivamente vão ocorrendo mutações concomitantes nas ações, na percepção, na volição e na maneira de sentir. Se essas mudanças não encontram, no âmbito familiar e no próprio ambiente comunitário, os estímulos salutares para acompanhar as modificações no caráter, pode ser que sobrevenha o triste fim de sujeição do indivíduo às regras do desajuste ou mesmo da delinqüência.

O professor francês JEAN CHAZAL escreveu um trabalho sobre os pormenores do tema em foco, onde situa, em certa passagem, "a mudança temperamental ou caracterológica que sofre a criança por ter relação mais ou menos direta, a partir de seu desenvolvimento, com alguma conduta irregular concreta. Não são poucas as ocasiões em que, indagando sobre a vida de algum delinqüente adulto, nos encontramos ante um desajuste emocional, sentimental e muitas vezes intelectual, ocasionado por falta de interesse dos pais ou por ignorância sobre a mutação operada no menor" (5).

Nessas condições, é lógica a interferência dos fatores sócio-culturais na formação do comportamento agressivo e, por conseguinte, da conduta criminosa, visto que o fenômeno criminal está ligado a interações individuais, familiares e ambientais (6).

A cultura, como um todo, proporciona aos membros de uma coletividade um guia indispensável em todos os campos da vida. A existência de padrões culturais é imperiosa, tanto para o funcionamento de qualquer sociedade, como para a sua eficiente conservação.

(4) A respeito desta concepção sociológica veja a obra de BEKER, H. & BOSKE, A. *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*. Nova York, Ed. University, 1967, pp. 16-7.

(5) CHAZAL, Jean. *L'Enfance Délinquente*. Paris, Editora Puf, 1953, p. 88.

(6) Sobre a vinculação do fenômeno criminal às bases culturais do indivíduo, indicamos duas interessantes obras: A. SOLIS QUIROGA, Hector. *Sociología Criminal*. México, Editorial Porrúa S.A., 1977, 2.ª ed., p. 210. B. CARDOSO, Fernando Henrique & IANNI, Octávio. *Homem e Sociedade*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1971, 7.ª ed., pp. 98-9.

Neste sentido, são ressoantes as palavras de FELTE BEZERRA:

“Parece essencialmente importante conhecer a conceituação que cada povo faz de seus valores. O entrelaçamento que se estabelece entre os indivíduos, cada qual de per si, e o todo cultural, constitui um ciclo fechado, em relação de reciprocidade. A interação entre indivíduo e cultura é, assim, tão complexa e íntima, num quase processo de amalgamação, que seria difícil apontar o predomínio de um dos componentes sobre o outro, pois não existe prevalência, mas interdependência entre ambos” (7).

Pela aprendizagem consciente, a criança assimila a cultura em que está situada, realizando o processo de interiorização. Se um jovem procede de família ou grupo em conflito de culturas, sua agressividade adaptativa o conduz ao convívio de outras pessoas para se proteger e compensar a insegurança e ansiedade resultante das carências afetivas e falta de apoio educacional. O seu ajustamento tornar-se-á mais difícil ainda, à medida que maior for seu engajamento nas subculturas violentas. Quanto mais ponderável for o grau de integração do indivíduo em tais subculturas, tanto mais alta será a probabilidade de seu comportamento se tornar agressivo e brutal (8).

A criminalidade tem, muitas vezes, raízes na infância. Não é possível vencer a luta contra a delinquência, se não levarmos em consideração as diferentes facetas do fenômeno e suas causas ligadas ao indivíduo e ao meio em que vive.

A alma infantil não nasce perversa, dotada de instintos animais e nem é, exclusivamente, levada à pureza e à bondade. Em toda criança, ressaltou RICHARD LEWOLTIN, existem sempre disposições egoísticas, que se atenuam gradativamente e se transformam em senso moral, através do processo de evolução de sua personalidade e, sobretudo, sob a influência da educação e da instrução (9).

(7) BEZERRA, Felte. *Antropologia Sócio-Cultural*. Brasília, Coordenada-Editora, 1973, p. 208.

(8) Excelente abordagem sobre violência e agressividade foi feita pelos Mestres FRANCO FERRACUTI e MARVIN WOLFGANG. Nesse trabalho, os comportamentos agressivos e violentos, mais precisamente em casos de homicídio, são focalizados em certa profundidade, pelos aspectos biosociológicos. Veja: FERRACUTI, Franco & WOLFGANG, Marvin. “Il comportamento aggressivo violento como fenomeno socio-psicologico”, in *Appunti di Criminologia*. Roma, Bulzani Editore, 1970, pp. 217-21.

(9) LEWOLTIN, C. Richard. “Adaptation”, in *Scientific American*. Nova York, Ed. University, 239 (3), p. 166, set. 1978.



Toda atividade educativa deve basear-se no conhecimento da personalidade, através de seus aspectos estáticos e dinâmicos, somáticos e psicológicos para termos condições de combater as origens malélicas das situações existentes e de adotar os meios profiláticos e reeducativos apropriados.

Em nossos tempos, a adequação da política idealizada à realidade estrutural de cada problema tem-se tornado mais difícil, ainda, diante da ausência de um planejamento social e psíquico nas comunidades menos favorecidas economicamente.

Por outro lado, a superpopulação nos grandes centros é, sem dúvida, *expressivo fator determinante da violência*. Nas megalópoles há uma invasão de espaço pessoal, o que provoca desarmonia e reações cada vez mais desajustadas. Com a vida cotidiana conturbada por inúmeros fatores, não há como aceitar o agravamento da ansiedade, fazendo com que as pessoas predispostas sejam afetadas por uma neurose e aquelas não predispostas sejam envolvidas por uma forma de *stress*. A exagerada mecanização do homem concorre para o vazio da existência, sem significação afetiva, e é tão malélica para os valores da vida quanto as tensões oriundas da crescente miséria dos oprimidos.

Hoje a vida em sociedade não é tão fácil. O primeiro passo do indivíduo carente social é matar pela sobrevivência. O processo de marginalização dessas classes sociais leva o homem a se tornar cada vez mais agressivo e preparado emocionalmente para o crime.

Os valores morais das classes marginalizadas são exatamente opostos aos que nós defendemos como os melhores da sociedade atual. Vivemos em verdadeira crise social, onde as soluções em prática parecem estar falidas diante da prosperidade do círculo vicioso do egoísmo, do ódio e da violência. O terrorismo, por exemplo, já chega a assumir o *feito de crime contra a humanidade*, com proporções inauditas e nódoas de barbárie que estão marcando a nossa civilização.

Sobre a problemática, a precisa meditação de MIGUEL REALE JÚNIOR merece ser refletida:

“Somos herdeiros das conquistas em prol dos direitos humanos e, no entanto, vivemos em um mundo onde imperam a agressividade e o egoísmo. Sentimos reviver a violência passada, em novas e antigas formas de criminalidade, como, p.e., a pirataria, as guerras na Irlanda e Oriente Médio, o terrorismo, a arbitrariedade policial, as lutas de rua em Paris, Roma etc.

As grandes metrópoles causam uma ruptura no equilíbrio da vida comunitária, pela destruição das antigas formas de convivência, pelo desaparecimento dos vínculos naturais, com a desintegração da família, com a justaposição de homens que se angustiam na busca de reconhecimento social e de participação na sociedade de consumo" (10).

As graves crises abertas nos empreendimentos profiláticos e nos sistemas prisionais, com negativos efeitos pedagógicos, estão retirando os estímulos fundamentais que possam garantir o resultado feliz das reformas no quadro da execução penal. O sistema tradicional de repressão e de retribuição está cada vez mais combatido, verdadeiro fator criminógeno e deformante da personalidade. A opinião pública já se comoveu com a falta de respeito à dignidade e aos direitos fundamentais dos indivíduos nas prisões, onde a condição social inferior condiciona o condenado a se sentir sempre perseguido pelo ineficiente complexo policial-judiciário-administrativo. É incontestável o fato de que a incompatibilidade empírica entre punir e reabilitar continua questão aberta.

A par dessas ilações, denunciou com autoridade o Professor HELENO FRAGOSO que "a administração da justiça, em matéria criminal, constitui o aspecto mais dramático da desigualdade da justiça, sendo puramente formal e totalmente ilusório o princípio da igualdade perante a lei. A identificação do criminoso com o marginal decorre do fato de atingir a justiça, sobretudo, os pobres e desfavorecidos, que enchem as prisões e que constituem clientela do sistema. Eles constituem apenas a "criminalidade aparente", incomparavelmente menor do que a criminalidade oculta, em conjunto com a conhecida, mas não denunciada, e com a denunciada, mas não objeto de perseguição" (11).

As inquietações da criminalidade contemporânea, com a consumição do horror e do sofrimento, devem ser assumidas por todos nós. Na atual conjuntura, não nos devemos sentir apenas participantes, mas, em parte, responsáveis no sentido de procurar e conseguir que nossa mentalidade e nossos costumes estejam guiados por uma forte consciência moral.

A bondade das idéias e das obras de todos precisa ser mais ativa em nosso mundo, a fim de que sejam poupados os fins trágicos e injustos que só levam ao medo e à consternação geral.

(10) REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo, José Buschatsky, editor, 1973, p. 137.

(11) FRAGOSO, Heleno. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1977, p. 28.

# Pontes de Miranda

PINTO FERREIRA

## I — *Personalidade do Mestre*

Os grandes gênios são semeadores de idéias. PONTES DE MIRANDA é um grande semeador, o semeador do humanismo científico, da democracia que tem uma essência evangélica, do culto da liberdade e da lei, é uma voz profética que nunca emudecerá. *Semen est Verbum Dei*, a palavra do profeta é lei.

A majestade do Evangelho me espanta, dizia ROUSSEAU, o ímpio e o rebelado do *Do Contrato Social*; “La majesté des Evangiles m'étonne”. Admirame e espanta também a majestade da mente enciclopédica de PONTES DE MIRANDA.

Em tempos de loucura e de ódio, de morte, de queda e aflição, de esperança sem rumo, de vozes que clamam justiça e de bocas que pedem pão, do povo que luta pela liberdade, em um mundo de conflitos, ele é o sábio milionário de cultura que andou semeando águas marinhas de múltiplos saberes, o brasileiro sonhador que falou nas cinco liberdades fundamentais do Estado social e humanista.

Os cultores do direito e da justiça saúdam o mestre. *Juris et justitiae cultores te salutant*. O mestre não morreu, permanece vivo e engrandecido na memória da consciência pátria, porque é imortal na sua eterna sabedoria le-

gada ao mundo, pois a imortalidade é a perpetuação no tempo, a consagração histórica perante a posteridade.

PONTES DE MIRANDA assemelha-se a um diamante raro, que um velho minerador encontrou inesperadamente em um veio unsuspeito. É um diamante multifacetado, cujas facetas são claras, brilhantes e luminosas. Mas mudam de coloração à medida que os raios de luz o atingem. Aqui é o filósofo, ali é o pensador político, acolá o sociólogo, além o jurista excelso ou ainda o caráter retilíneo dominando toda a personalidade, a sua moldura global.

Mestre PONTES DE MIRANDA nunca parou na sua gloriosa vida intelectual, ascendeu sempre no campo do pensamento. É o orgulho máximo das letras jurídicas nacionais, pensador admirado no mundo pelo seu saber e genialidade.

*El camino es siempre mejor que la posada*, adverte CERVANTES. A caminhada do guerreiro intelectual vale mais do que o repouso ou o descanso. Esta mensagem significa que a atividade do homem, intelectual ou prática, deve ser permanente, fecunda, operativa. A atividade intelectual é a de um pensador progressista, a serviço das grandes causas humanas. As suas vestes nunca foram outonais, pois o seu pensamento sempre foi novo e primaveril.

PONTES DE MIRANDA é um filho espiritual da Faculdade de Direito do Recife, templo da legenda e de luta, que tem sido uma tribuna das grandes batalhas do pensamento, um cenáculo das discussões literárias, um grande centro de debates das questões filosóficas, e que a natureza poetiza no ornato da sua vegetação tropical, no verde das relvas e nas palmeiras vistosas e vi-ridentes, frutescendo em pássaros de variada plumagem. A Faculdade de Direito do Recife foi sempre uma grande casa de contestações, um templo e uma fortaleza, porém sobretudo uma catedral ecumênica de idéias. Ela tem fome de justiça, de liberdade, da lei e da Constituição, dos direitos do homem, das liberdades e pretensões socialistas, tão duramente conquistados no lento correr dos séculos, da síntese libertadora do espírito contra a angústia da instabilidade, uma centelha de aspiração coletiva, um módulo acelerado do universo em mutação. Mas sente que lá fora ruge um mundo de opressão, histerismo, neuroses, hostil e cruel, sente o sal da lágrima e da aflição que não pode evitar nos momentos dolorosos de sua vida, quando o sangue teve de gotejar e vermelhejar para florir o ideário da liberdade. A cultura procura extrair expressões simbólicas de sua força, através de formas apolíneas e de formas dionisíacas, ou na conjugação de ambas, como se fosse o santuário de uma catedral mística e votiva, religiosa e festiva, emancipando o homem.

PONTES DE MIRANDA é como o sol da inteligência brasileira, que lampeja no colo negro da madrugada, anunciando o seu saber para as gerações amanhecidas.

Cumprido, então, bosquejar um pequeno retrato do mestre: um menino amadurecido pelo saber e um octogenário resplandecendo de uma juventude sempre risonha, com um fogo de saber sempre queimando o coração.

A densa obra intelectual do mestre não é só jurídica, mas também sociológica, filosófica e literária.

Para a filosofia contribuiu com obras criativas, examinando o problema dos universais, que fascinou o mundo medieval, esclarecendo o problema dos jetos, jeto que no fundo é o mesmo que a "coisa em si" (Ding-an-Sich) da filosofia kantiana, além de um esplendente tratado de filosofia sistemática do direito, escrito aos 30 anos.

No domínio da sociologia, faz a aplicação do relativismo einsteiniano ao campo das ciências sociais, com o encanto insinuante do cientista consagrado, a desenvoltura do pensamento e o rico esplendor verbal da mão-de-obra de um artista consumado.

Na ciência política defendeu a tese dos três caminhos — liberdade, democracia e igualdade — debatendo o reverdescimento da "plantazinha tenra", na expressão de OTÁVIO MANGABEIRA, de uma consciência política amanhecendo no pescoço ferido e garroteado de TIRADENTES ou no peito de FREI CANECA varado pelas balas. A história pátria se enriqueceu no tempo, com sonhos, lutas e ilusões de liberdade. Esta história não terminou, o seu destino é cada vez maior e mais belo.

Na literatura, deu-nos trabalhos redigidos com mestria, que denotam uma fina sensibilidade artística e profunda luminescência estética no trato dos temas literários.

É, porém, no campo da ciência jurídica, onde avultam o seu gênio doutrinário e a sua estranha vocação de estudioso, numa produção sem similar talvez na história do pensamento jurídico, ou que, de raro, pode encontrar semelhante. Caminhando a princípio pelo campo do direito privado, discorrendo com sagacidade sobre o direito de família, veredeando pela processualística e pelo direito político, coroou a sua carreira com trabalhos monumentais, como, sem favor, é possível assim designá-los, sobre o processo civil e o direito privado.

Em todas as suas obras, de par com a erudição, as notas informativas abundantes, a rica bibliografia, se encontra um linguajar castiço, a prosa clássica emoldurada no bom conhecimento do vernáculo, a originalidade dos neologismos, a clareza dentro de uma aparente obscuridade, o giro e o aticismo das locuções sintáticas, a precisão geométrica da expressão do pensamento, cuja pedra de toque é a sinceridade científica.

## II — *Apoteose da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*

A Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ) é hoje um monumento de glória para a cultura brasileira. O seu passado é recente, porém já constitui um modelo de Academia, pela sua irradiação cultural e pelo imperialismo dos seus saberes, acolhendo juristas, juristas-filósofos, sociólogos, pensadores de denso quilate intelectual.

Não tem uma vida outonal, mas uma existência primaveril. Contudo já é hoje uma tradição, um símbolo e uma legenda.

Foi fundada em 5 de setembro de 1975. Uma apoteose desta Academia culminou com a aclamação de PONTES DE MIRANDA como seu Presidente honorário, ele que é o símbolo da cultura jurídica.

O seu primeiro Presidente, CUSTÓDIO DE AZEVEDO BOUÇAS, a enobreceu com um trabalho inusual. Legou já um passado de fama, mais enaltecido pelo seu atual Presidente, J. M. OTHON SIDOU, a quem conheci como nobre amigo, de longa data, na Academia do Recife, vindo do Ceará lendário, coração dos grandes filósofos brasileiros, DJACIR MENEZES, FARIAS BRITO, CLÓVIS BEVILAQUA, do mundo romântico de *Iracema*, da prosa alencarina cheia de suave lirismo, dos verdes mares bravios, para a não menos lendária e gloriosa Escola do Recife.

Personalidade dinâmica e movimentada, J. M. OTHON SIDOU consagrou agora a sua vida ao engrandecimento da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, fê-lo com sucesso, com admirável senso de liderança, de congraçamento da cultura brasileira.

Jurista consagrado, tanto por invejável produção intelectual no campo do direito romano, como do direito civil pátrio moderno, ele é, sem dúvida, um acumulador do processo histórico da irmanação da cultura jurídica brasileira, assim como do seu engrandecimento.

“Em sendo só, nada és”, dizia SHAKESPEARE. A Academia Brasileira de Letras Jurídicas representa a irmanação, o congraçamento, a comunhão da cultura jurídica nacional.

Agradeço de antemão as palavras cálidas, generosas, afetivas do mestre MACHADO PAUPÉRIO, juriconsulto e pensador que tem o sortilégio do talento e de uma cultura privilegiada, senhoreando o vasto campo do direito político como sabedor inconfundível de saberes múltiplos.

Autor de obras memoráveis e definitivas, cheias de beleza formal, MACHADO PAUPÉRIO atinge a culminância de mestre perfeito, um homem para ser admirado e querido pelos seus alunos, senão também por toda inteligência brasileira, ele é um mestre dos mestres. Ao seu saber de jurista alia o encantamento do estilo suave e elegante, de comunicação direta e persuasiva.

Sensibilizam-se as palavras de gentil acolhimento que sei serão em breve pronunciadas em sua admirável saudação repassada de cor, musicalidade e beleza, palavras que dançam como bailarinas graciosas em um *ballet* cheio de feitiço e de impecável harmonia.

Apoteose da Academia é a elevação de PONTES DE MIRANDA à dignidade de seu Presidente honorário. Esta presidência é um símbolo eterno, que revela uma mensagem, porque o mestre consagra uma voz profética.

É a voz profética da lei, da democracia, da justiça, da liberdade. Esta voz, como o “clama ne cesses” de JOKANAAN no deserto, não emudecerá nunca. É uma voz que se assemelha aos ventos que uivam do romance de EMILY BRONTË.

PONTES DE MIRANDA, como símbolo eterno, não é como ZAQUEU, o acendedor de duas velas, é ao contrário o democrata militante e sincero que nunca se banqueteu no cardápio de CÉSAR.

A sua palavra é a palavra da lei eterna, que perturba o banquete de ZAQUEU ou o festim de BALTASAR, quando letras de fogo, misteriosas em seu sentido, predestinaram o fim do seu reinado, a dor ensinou a gemer.

A lei eterna é erecta, vertical, soberana, interpretada pela justiça imparcial, a inviolabilidade da magistratura, mas nunca pelo pensamento dos sublaçaos do autoritarismo, na qualidade de aprendiz de MAQUIAVEL, para quem a palavra não é o verbo de DEUS no coração dos homens, porém serve apenas para ocultar o pensamento, quer dizer, para mentir, trapacear, perjurar, enganar, iludir.

É preciso ter fé no povo. Só ele tem força para transformar o voto no solar da democracia, mas nunca o mármore tarjado de negro do seu sepulcro.

A Academia Brasileira de Letras Jurídicas revelou para comigo, pelos seus ilustres membros, uma prova de afeto, que me calou profundamente no coração, sentimento que se refletiu na votação que me foi consagrada, pela gentileza de todos os acadêmicos, numa homenagem a mim dirigida, porém sobretudo à gloriosa Faculdade de Direito do Recife.

A Academia Brasileira de Letras Jurídicas tem assim mais uma noite festiva do conagraçamento e de grandeza espiritual.

Mas ao mesmo tempo um sentimento de saudade, de nostalgia do passado, da lembrança de uma figura carismática, PONTES DE MIRANDA.

Como saber onde está o destino do pássaro, o ciclar da brisa, a onda no mar, a cantiga dos rios, aí está o espírito intangível do mestre, na lembrança e no coração de todos nós, no coração da pátria.

### III – *Breve Relato da Vida de PONTES DE MIRANDA*

PONTES DE MIRANDA madrugou a vida como menino de engenho. Nasceu no engenho de Mutange, Maceió, em 23 de abril de 1893, pertencente a um clã de origem alagoana e pernambucana, possuidor de sete engenhos, na casa-grande ampla, senhorial, dominadora.

Vindo dos canaviais de verdes policrômicos, sabendo dos bichos e dos pássaros, da cantiga dos rios e dos ventos, do cheiro da terra, do perfume das matas, o menino se fez sábio.

Tanto o avô como o pai tinham uma natural predileção científica pelas ciências exatas, especialmente matemática, e daí os pendores lógicos e precisos do seu pensamento.

A sua infância foi a de menino de engenho, numa vivência repartida entre o campo e a cidade.

Foi uma infância povoada de brincadeiras de berlinda, estórias de trancozo, esconde-esconde, garrafa-garração, peladas de futebol e de corrida; papagaios e pipas pintados de seda, vermelhejando, branquejando, negrejando ou verdejando os céus; balões coloridos enfeitando as noites; os soldadinhos de chumbo; o xingamento da mãe dos outros.

Montando cavalinhos sem sela, fazendo bодоques para caçar passarinhos, pulando na bagaceira, bebendo caldo de cana espumante, e, como todo menino de engenho autêntico, enamorado da beleza morena do seu mundo.

Assim também o carnaval, a coreografia dos maracatus, a dança dos caboclinhos, as troças mascaradas e alvoraçadas das ruas, o bumba-meu-boi, o mamulengo, a dança do coco, as emboladas, os reisados e caboclinhos, com os adufes, as caixas de guerra, as sanfonas, as zabumbas, os sapateados.

Terminado o curso ginásial, matriculou-se na Faculdade de Direito do Recife, vetusta, notória e famosa.

PONTES DE MIRANDA diplomou-se em 1911, já existente o novo prédio da Academia, o seu palacete reluzente, pois que em 2 de julho de 1911 foi entregue o palácio ao Diretor, sendo Diretor AUGUSTO VAZ, que substituiu a JOÃO TAVARES DE MELO BRITO.

Neste ano, receberam o grau 126 alunos, sendo 100 com solenidades, formando-se também 14 alagoanos. Foi contemporâneo do meu tio SEBASTIÃO LINS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, que se formou em 1909, pai do famoso jurista-sociólogo MARIO LINS.

Ainda estudante engrandeceu-se com a façanha invulgar de escrever um livro intitulado *A Margem do Direito*, depois publicado aos 19 anos, em 1912, que de pronto lhe deu nomeada.

No Recife e na sua Academia, que sempre estremeceu, foi residir no Palácio dos Quatro Leões de Cristal da BARONESA DE CONTENDAS e de uma tia-avó. Conviveu com parte do ramo nobre de sua ascendência, pelo lado materno, com os VISCONDES DE ALBUQUERQUE, de SUASSUNA, de CAMARAGIBE, com os CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE.

Desde jovem estudou obstinadamente a língua alemã, com o Prof. PAULO WOLF e Frei MATIAS TEVES, franciscano.

Sendo um temperamento de contrastes, altamente introvertido, porém cheio de exuberante amor à vida, não somente pernoitava no Convento dos Franciscanos, como andava de barco no Capibaribe papa-estrela ou se distraía na convivência festiva do mundo estudantil.

Adolescente ainda, conquistando o seu diploma aos 18 anos de idade, retornou a Maceió, em pequeno momento de descanso da sua vida infatigável de trabalhador intelectual, revendo a família, convivendo nas festas populares.

Desse velho e surrado baú, nunca esquecido, relembra variadas fantasias, os pierrôs brancos, as colombinas namoradeiras e alegres, amantes ou esposas,



os lantejoulados arlequins com suas fantasias multicores de losango, seus chistes e bufonadas, o polichinelo apalhaçado de fala trêmula e esgançada, os carnavais diferentes da época. Diferentes, não melhores, porém recordados constantemente.

Em Alagoas, a família politicamente prestigiada indicava-lhe cargos como o de juiz substituto federal ou diretor do banco do estado chamado Caixa Mercantil.

Resolveu fixar-se no Rio de Janeiro, centro cultural e intelectual do País, para o que pediu três mensalidades adiantadas ao pai. No Rio de Janeiro instalou-se no Hotel Avenida, hoje já demolido, escrevendo de imediato um artigo para o *Jornal do Comércio*. O brilho deste trabalho, recebido a *cachet* em dobro, motivou-lhe o convite que lhe foi feito pelo Dr. JOSÉ CARLOS RODRIGUES, grande jornalista, chamando o jovem alagoano para redator do jornal.

Preferiu a banca do advogado, em sala na Avenida Rio Branco, sendo mais tarde convidado pelo Presidente ARTUR BERNARDES para o cargo recém-criado de Juiz da 1ª Vara de Órfãos. Depois foi Desembargador do Tribunal de Justiça da Guanabara, recusando, porém, a indicação para o Supremo Tribunal Federal.

Ainda o Presidente ARTUR BERNARDES nomeou PONTES DE MIRANDA como Consultor Jurídico da Delegação Brasileira à V Conferência Pan-Americana do Chile, em 1924. Queria também fazê-lo Embaixador na Tcheco-Eslováquia, mas não pôde fazê-lo por impedimento legal, eis que a idade mínima permitida era de 35 anos, que o jovem jurista ainda não alcançara.

Durante a 2ª Guerra Mundial recusou o posto de Embaixador do Brasil na Alemanha, pois não lhe seduzia o regime hitlerista em pleno apogeu, com o orgulhoso militarismo prussiano, os soldados marchando com passo de ganso nas graciosas avenidas de Berlim, coroadas de tílias, na arrancada da conquista do mundo, com força destruidora e beleza demoníaca.

Foi Embaixador do Brasil na Colômbia, e o seu eficiente trabalho levou o Governo dos Estados Unidos a solicitar do Governo brasileiro o assessoramento pessoal, que perdurou durante dois anos e sete meses.

Em 1941, chefiou a Delegação do Brasil à Conferência Internacional do Trabalho, em Nova York.

Em seguida, agarrado intransigentemente à sua obra intelectual, ficou quase sempre no Brasil, que tanto amou.

#### IV — As suas Casas

O mestre viveu em um mundo de livros, tanto no seu retiro de Ipanema como no seu suave recanto de Teresópolis.

A sua casa de Ipanema, majestosa e atraente, oculta uma rara biblioteca de 70.000 volumes, sobre direito e ciências em geral, devassando o campo da

matemática, da lógica, do marxismo, das ciências físicas, biologia, da antropologia cultural, tudo distribuído e guardado com desvelo nos dois pavimentos de sua residência.

Era um sábio e um artista. O seu retiro carioca apresentava um estilo elisabetiano, onde os seus admiradores, que o procuravam, se achavam entre os "Gobelins", os estofos de "Aubusson", as tapeçarias de Caxemira, os capacetes de Toledo, os cristais de Auvélais, as cerâmicas de Cazaux, e uma coleção rara de corujas, até da Indonésia, mesmo uma em miniatura de ouro, incluindo uma coruja *coquette* francesa.

Olhando essa invulgar coleção, relembra-se de imediato o vôo da coruja, a Minerva hegeliana, onde provavelmente buscou a sua inspiração.

O seu solar de Teresópolis relembra o engenho Mutange, onde nasceu, e logo à entrada encontra-se um pé de carvalho, muda do milenar carvalho de PLATÃO, que lhe foi oferecido pelo Embaixador da Grécia, assim como duas castanheiras, um mundo de beleza e encanto.

Na mansão de Teresópolis encontra a natureza inebriante de ternura e suavidade, nas árvores verdes frutescendo em abundância, o céu azul pálido, contrastando com o céu azul-marinho e o vermelho-fogo dos dias calorentos e cálidos do Nordeste, como este difere ainda do azul frio lembrando os *icebergs*, o cinza ártico ou o rosa boreal dos climas gélidos.

## V - A Morte

O mestre PONTES DE MIRANDA viveu intensamente, a sua vida representa uma vida de milênio, pois dificilmente alguém pôde escrever o que este gênio produziu.

Em toda a sua vida foi uma personalidade erecta, ao lado do milagre do espírito criador.

Esta personalidade erecta está bem expressa no seu pensamento: "A minha pessoa pouco me importa; e isso, na verdade, sempre me aconteceu desde os primeiros tempos; o que me alegra, o que meço, o que aprecio é o que consigo fazer e não o que sou. Aí está a razão por que nunca tive ambições. Os cargos que tive na vida nunca os pedi. Sempre me foram dados de surpresa. O que me agrada, o que me satisfaz, o que me tranqüiliza, é o que fiz durante a madrugada, durante o dia, durante a semana, ou o mês, ou o ano, ou os decênios".

Viveu e morreu estudando e trabalhando, agarrado com os livros na mão. Ele escrevia sozinho, mas sozinho construiu uma imensa biblioteca de livros de sua autoria. Poderia mesmo olhar desvanecido os livros que escreveu, cerca de 200, enchendo muitas prateleiras.

Mas não escrevia por vaidade pessoal, não escrevia por escrever, mas para comunicar o seu ideário, para esclarecer, para debater, para ensinar, para cultivar a lei e a justiça.

Era um madrugador como RUI. Acordava cedo, dormia tarde, dormia pouco, tinha uma resistência física, moral e intelectual imbatível.

Passava todo o seu dia trabalhando, mesmo aos domingos, mas não se cansava interiormente. Mesmo aos domingos ele os passava debruçado sobre a sua vasta mesa, o centro físico de sua atividade intelectual. Nunca se cansou. Viveu quase um século trabalhando intensamente e sem cessar.

Faleceu aos 87 anos de idade, de enfarte, quando tomava café de manhã na sua casa de Ipanema, aos 22 de dezembro de 1979, quando, até o momento bem disposto, ia sentar-se à costumeira mesa de trabalho, para continuar os seus livros.

Morreu quase à semelhança de MARX. Este reclinado na sua mesa de trabalho, e PONTES DE MIRANDA quando já se dirigia para a mesa de trabalho diário.

Foi casado em segundas núpcias com D. AMNÉRIS, que sempre o tratou com amorável carinho e ternura, estimulando-lhe a vida intelectual. Ela faz presentemente um admirável trabalho de perpetuação do mestre, divulgando trabalhos inéditos, como as famosas *Meditações Anticartesianas*. É a sacerdotisa de um deus intelectual, que purifica e festeja diariamente o altar em que está ungido o mestre glorioso. PONTES DE MIRANDA deixou cinco filhos, seis netos e bisnetos. Durante o velório, no Salão dos Poetas, na Academia Brasileira de Letras, o escultor ARMANDO SCHMOR tirou o molde da máscara mortuária, a pedido da viúva. Foi sepultado às 17 horas no mausoléu dos imortais da Academia Brasileira de Letras, no Cemitério de São João Batista.

Atendeu, na claridade do dia que despertava, ao chamado de Deus. E toda a intelectualidade brasileira chorou a sua morte.

Na verdade, PONTES DE MIRANDA, sempre deslumbrado pelo saber, chegou, porém, à velhice ainda como um apaixonado pelo mundo colorido, com as suas criaturas, as suas surpresas, a sua grandeza e decepções. Mas, como o surpreendeu a sua velhice! Recusou-se a aceitá-la, a ser por ela subjugado. Sustentou uma luta admirável e surpreendente contra o esgotamento final, contra o fim. O jovem sábio romântico que foi, o artista sonhador, amarrou-se com denodo ao corpo exausto e já combalido, até que finalmente vergou. Fitou, no sol cheio de vida que nascia, as derradeiras chamas do seu próprio crepúsculo, o crepúsculo de um deus, que mergulhou aparentemente no ocaso.

Apagaram-se na sua pupila cansada os últimos reflexos da luz, mas esta luz permanece radiante e intangível no coração do seu povo.

Os grandes homens crescem, deificados no tempo, à medida que morrem e se afastam.

## VI – Caráter Global da Obra de PONTES DE MIRANDA

PONTES DE MIRANDA é, sem dúvida, o maior jurista brasileiro e uma das glórias excelsas da ciência jurídica mundial. Sociólogo, jurista-filósofo, juspublicista e jusprivatista, nele exerce a influência do direito alemão. É de lembrar, contudo, que, conhecendo como ninguém os tratadistas alemães, a originalidade e o fulgor do seu gênio superam a faixa de influência dos juristas germânicos, para alargar-se em uma obra de profunda criatividade e originalidade, vigorosamente humana.

PONTES DE MIRANDA é também autor de diversos trabalhos escritos em língua alemã, como sejam: *As Leis Cíveis do Presente (Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band III, Brasilien, 1929)*; *Sentimento e Conceito do Direito (Rechtsgefuehl und Begriff des Rechts, 1929)*; *Subjetivismo e Voluntarismo no Direito (Subjektivismus und Voluntarismus in Recht)*; *Conceito do Valor e Adaptação Social (Begriff des Wertes und soziale Anpassung, 1922)*; *Brasil (Brasilien, 1920, no Rechtsvergleichends Handwoerterbuch, do Prof. Dr. SCHLEGELBERGER)*, em colaboração. Publicou ainda recentemente *Epikure der Weisheit* (Muenchen, Griff-Verlag, 2. Auflage, 1973).

No campo da filosofia as suas obras mais importantes intitulam-se *O Problema Fundamental do Conhecimento* (1937) e *Garra, Mão e Dedo* (1953), onde estuda o despertar da consciência humana; *Representação do Espaço (Verstellung von Raume, Nápoles, 1925)* e, no domínio da filosofia do direito, é cheio de brilho o seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito* (Rio de Janeiro, 1922, 2 vols.).

No campo da sociologia destaca-se a sua *Introdução à Sociologia Geral* (Rio de Janeiro, 1926), como um trabalho pioneiro que marcou época, além do seu *Método de Análise Sócio-Psicológica* (1925).

Na literatura deixou também uma robusta lembrança com os seus trabalhos: *A Sabedoria dos Instintos* (1921), que obteve o 1º Prêmio da Academia Brasileira de Letras; *A Sabedoria da Inteligência* (1923); *O Sábio e o Artista* (1929); *Penetração*, poemas (1930); *Inscrições da Estela Interior*, também poemas (1930); *Obras Literárias* (1960, 2 tomos); *Poèmes et Chansons* (1969); *Epikure der Weisheit* (Muechen, 1973).

No domínio do direito constitucional destacam-se: *Novos Fundamentos Atuais do Direito Constitucional* (1932) e *Comentários à Constituição de 1967* (Rio de Janeiro, 1971, 6 vols.), cabendo salientar que também comentou as Constituições anteriores do Brasil, a partir de 1934, com ricas e valiosas sugestões.

São, também, de destacar diversas obras importantes na ciência política, especialmente os curiosos livros *Introdução à Política Científica* (1924), *Os Novos Direitos do Homem* (1933), *Anarquismo, Comunismo, Socialismo* (1933) e *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)*, (publicado em 1945, no Rio de Janeiro), apontando os caminhos da civilização moderna, trilhando as metas da democracia, da liberdade e do socialismo.

Para a teoria geral do conflito das leis trouxe a sua memorável contribuição intitulada *Tratado de Direito Internacional Privado* (1935, 2 tomos).

É rica, proveitosa e de um vigoroso talento criativo a sua atividade no campo do direito processual penal e especialmente civil, com as seguintes obras: *História e Prática do Habeas Corpus* (1916), no domínio da processualística penal, assim como no campo do direito processual civil as obras intituladas *Tratado da Ação Rescisória contra as Sentenças* (1964, 5ª ed., 1976), *História e Prática do Arresto ou Embargo* (1937), *Embargos, Prejulgados e Revista no Direito Processual Brasileiro* (1937), tudo coroado com o seu tratado monumental *Comentários ao Código de Processo Civil*, não somente a codificação processual de 1939 como a de 1973, este último tratado abrangendo dezessete valiosos tomos, além do seu original *Tratado das Ações* (1970-74).

Genial é o seu poder de criatividade e de erudição na esfera do direito civil, numa obra até hoje não ultrapassada pela sua riqueza e genialidade, tais sejam: *Dos Títulos ao Portador* (1921), *Da Promessa de Recompensa* (1927), *Das Obrigações por Atos Ilícitos* (1927), *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro* (1928), *Tratado dos Testamentos* (1930, 5 tomos), *Tratado de Direito de Família* (1947, 3 tomos), *Tratado de Direito Predial* (5 tomos, 2ª ed., 1953), *Tratado de Direito Cambiário* (1954-1955, 2ª ed., 4 tomos), quase tudo depois maravilhosamente sintetizado em um livro glorioso, ou seja, o seu *Tratado de Direito Privado*, em 60 extensos volumes. Afora as suas contribuições práticas com as *Questões Forenses* (1953, 8 tomos) e *Dez Anos de Pareceres* (10 tomos).

Não se pode também deixar de mencionar as suas obras de estréia sobre sociologia e filosofia do direito e da ética, escritas em plena juventude, ainda quando acadêmico de direito, que espantaram o País, a saber: *A Margem do Direito* (1912) e *A Moral do Futuro* (1913).

Tudo, como se sabe, coroado na sua trilogia dos comentários à Constituição, à codificação processual e ao próprio Código Civil, como neste caso é o seu *Tratado de Direito Privado*.

## VII – Pensador Internacional

PONTES DE MIRANDA tornou-se em pouco um jurista internacional. Publicou na culta Europa obra de densidade intelectual incontestada. Enriqueceu a doutrina com os seus livros publicados em alemão, abalando muitas doutrinas de interpretação das leis, ao aludir ao primitivismo do “espírito da lei” e da vontade do legislador.

Em 1925 fez a tradução do Código Civil pátrio, juntamente com FRITZ GERICKE, escrevendo pouco depois o capítulo sobre o Brasil para o *Compendio de Direito Comparado*, editado em Paris, em 1929.

Ainda no plano do direito, em 1930, viajou para a Alemanha, a convite da Fundação Imperial, Imperador Guilherme, ou do então Kaiser-Wilhelm-Institut, hoje Max-Planck-Institut, fazendo conferência em Berlim sobre a codificação do direito internacional.

Seguiram-se em 1932 um curso sobre Direito Internacional Privado obedecendo ao título *A Concepção do Direito Internacional Privado segundo a Doutrina e a Prática no Brasil (La Conception du Droit International Privé d'Après la Doctrine et la Pratique au Brésil)*, publicado pela Academia de Direito Internacional de Haia, em 1932, assim como mais tarde a obra de sua autoria com o título *A Criação e a Personalidade de Pessoas Jurídicas em Direito Internacional Privado*, publicada em Atenas em 1939 (*La Création et la Personnalité des Personnes Juridiques en Droit International Privé*, Mélanges Streit, Athènes, 1939).

Pelo seu relacionamento com a cultura alemã e a sua contribuição à cultura jurídico-sociológica mundial, o Sr. ENRONFRIED VON HOLLEBEN, Embaixador da Alemanha no Brasil, conferiu-lhe a Grande Cruz do Mérito da República Federal da Alemanha em 17 de abril de 1970.

Elevou o Brasil à verdadeira altura da terra dos maiores juristas do mundo, glorificou a pátria pelo seu saber imenso e enciclopédico.

### VIII — O Filósofo

No domínio da filosofia geral articula-se ainda o pensador brasileiro à doutrina do empirio-criticismo de MACH e AVENARIUS, influenciado pela *Análise das Sensações (Analyse der Empfindungen)* de MACH. Mais tarde, os teóricos do neopositivismo lógico, com CARNAP, FRANK e WITTGENSTEIN, o chamado *Círculo de Viena (Wiener Kreis)*, atraíram a sua atenção como uma complementação da filosofia de MACH.

Entretanto, a sua concepção filosófica do mundo, fundamentada no próprio desenvolvimento das ciências, no sentido de uma filosofia positiva, leva-o à elaboração de sua tese *O Problema Fundamental do Conhecimento* (1937), onde reexamina com notável lucidez o problema do *universal*, já especulado na metafísica medieval, com a sua teoria dos *jetos*, afora a análise da chamada *coisa em si* (*Ding-an-sich*), em cujo segredo tinham também ousado penetrar os dois maiores mestres da filosofia alemã: KANT e HEGEL.

A filosofia de PONTES DE MIRANDA busca a *realidade*, a *coisa em si*: "Por mais relativistas que sejamos, não devemos e não podemos excluir a coisa em si".

**Afirma ainda:** "Sabemos que o mundo é sem nosso espírito; continuará a ser se todos morrermos" (*A Sabedoria dos Instintos*, 1924, 2ª ed., p. 781).

A metafísica toca o objeto, a periferia do objeto, mas não penetra a coisa. Por isto proclama no *Sistema de Ciência Positiva do Direito*: "não há dúvida que é impossível elidir a "coisa em si", e com base no *plúrimo no uno* apresenta uma concepção do universo, uma concepção unitária do cosmos, onde postula o ser em si, como tema de uma inevitável ontologia".

Daí ter usado a palavra *jeto*, que não é um signo linguístico, mas a *realidade em si*. É o absoluto de HEGEL, o *incognoscível* de SPENCER, a *coisa*

em si de KANT, "o real" que nos escritos juvenis equipara a "um Deus, e, como todos os deuses, invisível e absoluto" (*A Sabedoria dos Instintos*, p. 36).

É interessante salientar que a obra de MACH e AVENARIUS é considerada como uma variante do idealismo por PLEKHANOV, pai do marxismo russo, sendo que mais tarde LÊNIN procedeu a uma destrutiva e arrasadora crítica deste idealismo em seus livros *Materialismo e Empírio-Criticismo* e nos *Cadernos Filosóficos*, na defesa do materialismo dialético contra tal desvio idealista.

### IX – A Teologia dos Escritos Juvenis

Nos seus escritos juvenis PONTES DE MIRANDA refere-se a um Deus, como o Absoluto, a Realidade, a Coisa-em-si, embora com um tom de repassado ceticismo.

Contudo, não sabe qual é a melhor palavra para conotar a entidade persistente, energia em ascensão que aperfeiçoa através das idades a parte espiritual da natureza. Seria Deus? – pergunta o mestre em obra de juventude. Esta idéia é determinadora da ascensão constante de nível espiritual.

“É temerário negar a Deus. Problema fundamental, continua insolúvel.”

Três perguntas de longo tempo agitam a humanidade na sua longa viagem: de onde viemos? Que somos? Para onde vamos?

Respostas desencontradas têm sido propostas desde o berço das civilizações até o limiar do 3º milênio.

Os homens se sentem inquietos e se intimidam diante da grandeza, do mistério, da beleza e da amplidão do mundo, como lembra IVAN LINS, baseado em LAFFITTE: contemplando a fragorosa queda das catadupas e a irresistível impetuosidade das torrentes, o trépido borburinho dos riachos e das fontes; o lânguido cicar da brisa por entre as flores; a rumorejante ondulação das árvores que, por vezes, em gesticulações de angústias, clamam e gemem; o álaçre crepitar das chamas; o tenebroso anteceder de incendidas manifestações vulcânicas; os insopitáveis tremores de terra; o arrulhar caricioso e brando do mar em bonança; o rugido fremente das vagas que se encapelam e açulam sob o influxo do uivar dos ventos, os coruscantes fusis dos relâmpagos, o bramido tétrico das tempestades; todos esses grandes e impressionantes fenômenos meteorológicos, enfim, que provam existir na matéria tão formidável característica e poderosa atividade. Além da angústia diante da morte, do fenecer das coisas, do fluxo heraclitiano, que obrigam à explicação do mundo e da vida, e são o *modus faciendi* das filosofias, que a inteligência bruxuleante da besta humana percebe de longe para alvorecer na madrugada das filosofias e ultrapassar as temidas fronteiras da metafísica.

Três linhas filosóficas encontram soluções diferentes desde a Grécia: a linha materialista de DEMÓCRITO; a linha idealista de PLATÃO; a linha

realista de ARISTÓTELES. Em combinações múltiplas e em linhas aperfeiçoadas, as mesmas tendências embaraçam o mundo moderno.

É o homem realmente aquilo que parece ser ao HAMLET da seqüência shakespeariana? Ou é ao contrário um minúsculo átomo de carbono e água a rastejar em um pequeno planeta sem importância? É isto tudo ao mesmo tempo?

O homem, o espírito pensante, que é a suprema floração da natureza, na própria expressão do materialismo dialético com ENGELS (*Dialektika Prirody*, 1948), pára diante das portas do infinito.

Em KANT o universo é uma dúvida; em LOCKE a dúvida é o nosso próprio espírito; em DEMÓCRITO e MARX o universo é matéria; em ARISTÓTELES é criação do pensamento.

Em VOLTAIRE é apenas amarga ironia: "Quando dois filósofos discutem sem se compreenderem, fazem metafísica. Quando não se compreendem mais a si mesmos, fazem alta metafísica."

O homem, depois de milênios de evolução, está às portas do infinito: o seu Deus puro pensamento, idealizado por PLATÃO no *Timaeus*, ou ARISTÓTELES como um pensamento de pensamento em sua *Metafísica*, seria para os cientistas-filósofos a constante de uma equação diferencial ou o equivalente metafísico do infinito matemático, ou o Deus-pensamento do platonismo transformando em amor a caridade do cristianismo.

A comparação de Deus a uma constante em uma equação matemática tem uma sonoridade musical, parece com uma música wagneriana pela intercadência de um motivo central, é uma recreação de matemático sobre o Grande Matemático.

## X – O Sociólogo

Predomina na doutrina sociológica de PONTES DE MIRANDA o pensamento do relativismo einsteiniano e da geometria das formas sociais.

EINSTEIN havia formulado em sua obra *Teoria Geral e Especial da Relatividade (Ueber die Spezielle und die Allgemeine Relativitaetstheorie (Gemeinverstaenliche)*, Braunschweig, 1922), assim como nas *Quatro Lições sobre a Teoria da Relatividade (Vier Vorlesungen ueber Relativitaetstheorie*, Braunschweig, 1923), a concepção do relativismo e da tetradimensionalidade do espaço físico, segundo a linha de MINKHOWSKI.

Deve-se a PONTES DE MIRANDA uma síntese sobre o problema da sistemática dos princípios sociológicos, reconhecendo-lhes as seguintes modalidades: I) princípios de espaciologia social e de relatividade; II) princípios de física social, entre eles se discriminando os princípios de insulamento dos sistemas sociais, da simetria, do determinismo, da inércia, da conservação e da evolução social; III) princípios de biossociologia, compreendendo as leis da herança social, da variação, da crescente estabilidade e da adaptação.

Reconhece, de outro lado, os seguintes processos sociais, que constituem o conteúdo das sociologias especiais, da chamada sociologia cultural, assim



catalogados: religião, moral, arte, ciência, direito, política e economia. Tal discriminação relembra, aliás, as grandes criações culturais da humanidade, aludidas anteriormente por SÍLVIO ROMERO em diversos trabalhos.

A contribuição de PONTES DE MIRANDA para a sociologia é de valor, pois as suas brilhantes pesquisas sobre *Espaciologia Social* antecedem às indagações de SOROKIN, cuja *Mobilidade Social (Social Mobility)* é de publicação posterior. Par a par com esse mérito convém assinalar a superioridade da sua análise de geometria social diante da *Sociologia (Soziologie)* e SIMMEL ou mesmo dos conceitos emitidos em derredor do tema pelo Prof. VON WIESE em seu *Sistema de Sociologia Geral (System der allgemeinen Soziologie)*. Lamentavelmente, depois do seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito* e da *Introdução à Sociologia Geral*, o ilustre cientista social desviou-se dos estudos sociológicos, para dedicar-se mais intensamente à ciência do direito, onde desfere o vôo da sua inteligência excepcional.

De fato, é incontestável o valor de seus estudos, procurando sintetizar a *Teoria da Relação (Beziehungslehre)* de VON WIESE com a teoria da relatividade de EINSTEIN. Fundamentado nas pesquisas do conhecido físico alemão, ele reagiu contra a concepção dominante do monismo do espaço e do tempo social.

Sustenta nesse sentido o ponto de vista pluralista, nos seguintes termos: "De modo que, na Sociologia, podemos dizer o que, noutra ciência, disse H. MINKHOWSKI: não temos no mundo um só espaço, e sim muitos, assim como, no espaço euclidiano, muitos planos há". De idêntica maneira advoga a idéia do pluralismo do tempo social, mostrando a aceleração ou retardamento da evolução sócio-cultural nos diferentes grupos sociais.

É interessante lembrar que, de uma feita, visitando PONTES DE MIRANDA, em sua residência, em 1936, ele me mostrou os originais em alemão, em tinta roxa, de um livro sobre *Espaciologia Social (Raumlehre)*, cuja publicação seria importante.

Elucida ainda com clareza o problema das leis da sociologia, pretendendo que se lhe aplicam os princípios da própria física, pois admitir o contrário seria destruir os princípios e leis universais, aceitar a possibilidade de que elas não seriam válidas para um determinado domínio do universo.

Daí concluir que os fatores sociais se encontram sujeitos a princípios físicos e biológicos, afirmando a inseparabilidade objetiva do *continuum* espaço-temporal, com a idéia de que o tempo social é ao mesmo tempo um espaço-tempo. Mas essas leis físico-sociais ou biosociológicas, decorrentes das próprias leis físicas ou biológicas, que regem o destino da civilização, se diferenciam ao passar para o domínio da sociedade humana e se revestem de novas características.

Entre as leis de dinâmica social ele elucida o princípio de diminuição do *quantum* despótico, enunciando que a violência e o despotismo decrescem no decorrer da história, em benefício da crescente integração e dilatação dos círculos sociais, demonstrando que a civilização se realiza mediante grupos

sociais cada vez mais amplos e mais vastos, desde o clã até a comunidade internacional. Ao final da evolução, se cristalizam o superestado mundial e um governo internacional, realizando a paz pelo direito.

## XI – O Direito e o Estado

PONTES DE MIRANDA examina, à base da sua concepção filosófica e social, o problema do direito ou das relações jurídicas.

O direito se desenvolve no espaço e no tempo social, ou antes em um *continuum* espaço-temporal de natureza sociológica. Os círculos sociais ou as formas sociais se articulam em *contínuos* mais amplos, desde o par andrógino até a humanidade.

Em determinado momento da história mundial, o Estado predomina, mas o Estado nacional como o Estado-cidade é apenas uma etapa intermediária, como salienta HANS KELSEN, etapa intermediária (*eine Zwischenstufe*), uma fase na história política, que será substituído pelo Estado mundial.

Este Estado *mundial* é a esperança e a garantia do futuro da humanidade, garantindo a paz e a segurança. A soberania, como poder de decisão de última instância, tal como a definiram BODIN em *De Republica* (1576) e HEGEL nos *Fundamentos da Filosofia do Direito* (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg, 1935), se transfere lentamente do Estado nacional ao Estado mundial, representativo da comunidade internacional, suprema garantia da paz e da sobrevivência do mundo.

As teorias de HANS KELSEN em sua *Teoria Geral do Estado* (*Allgemeine Staatslehre*, Berlim, 1925), assim como as de VERDROSS e KUNZ se refletem em seu espírito, mas PONTES DE MIRANDA se desprende do seu formalismo para dar-lhes conteúdo humano.

Por quê? Porque a confusão do direito e do Estado em KELSEN levou, como assinalou HELLER, no fundo, à própria negação do direito, confundido com o poder.

Mas o fim do Estado é outro: assegurar a liberdade. A evolução social assinala no lento correr dos séculos a diminuição do *quantum* despótico, da violência, do arbítrio; o Estado nacional tem esse fim, a liberdade e igualdade, com a dominação constitucional da vontade das maiorias, como o caminho a ser trilhado pela humanidade.

“A paz é a liberdade tranqüila”, disse TACITO.

Como conseguir a paz mundial? Somente pelo Estado mundial, a que levaria a lei da crescente integração e dilatação dos círculos sociais, em que se organizaram as nações soberanas do mundo.

Sem a transferência da soberania do Estado, com o mesmo vício do estreito nacionalismo que tem levado a Europa e o mundo à guerra e ao suicídio, há o perigo do extermínio da própria humanidade.

Reafirma-se a terrível profecia de LUCRÉCIO (*De Rerum Natura*, livro V, linhas 373-375), se os filósofos, os juristas, os humanistas não salvarem o mundo da luta fratricida entre os homens: "Assim a porta da morte não está impenetravelmente fechada... não, está horrendamente aberta, olhando-nos ansiosamente com uma enorme abertura: *Haud igitur leti preclusa est iamua.../ sed patet immane et vasto respectat hiatus.*

As guerras termonucleares, os mísseis, os foguetes atômicos, a hegemonia militar das potências nucleares podem ameaçar o mundo de destruí-lo em uma enorme fogueira nuclear, prenunciando as portas da morte de LUCRÉCIO.

Somente o Estado mundial, assegurando a paz, pode ser o ponto de sustentação da humanidade futura.

A concepção clássica do Estado, desde BODIN, examina-o como um poder dotado de soberania. As novas concepções de KELSEN, VERDROSS e KUNZ assinalam o primado do direito das gentes ou direito internacional público sobre o direito constitucional, o primado da comunidade internacional sobre os Estados nacionais. As notas distintivas do Estado, segundo VERDROSS e KUNZ, são a subordinação direta ao direito das gentes (*Voelkerrechtsunmittelbarkeit*) e a autonomia constitucional (*Verfassungsautonomie*), ou a autonomia constitucional subordinada diretamente ao direito das gentes. É a dissolução do dogma da soberania estatal, geradora e fonte de imperialismo, ou, como diz KELSEN, "a dissolução teórica do dogma da soberania, este instrumento principal do imperialismo contra a ideologia do direito das gentes", conforme salienta em sua *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre, Berlim, 1925)* e em *O Problema da Soberania e a Teoria do Direito das Gentes (Das Problem der Souveranetaet und die Theorie des Volkerrechts, Tuebingen, 1920)*.

A soberania transforma-se assim em um conceito delimitado por força da influência do direito das gentes.

## XII — O Jurisprivatista

A obra mais importante de PONTES DE MIRANDA, no campo do direito civil, é o *Tratado de Direito Privado (Rio de Janeiro, 3ª ed., 1970 em diante, 60 volumes)*, grandíssima e monumental obra produzida por um dos maiores gênios jurídicos do mundo. Obra, aliás, representativa de um incomum poder de trabalho, talvez sem igual no mundo.

Na inscrição tumular de PONTES DE MIRANDA seria lícito escrever a frase de São Paulo: "Eu trabalhei mais do que os outros" (*Abundantius illis omnibus laboravi*).

PONTES DE MIRANDA examina o direito dentro do ponto de vista lógico e positivo: "Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos" (*Tratado, I, pág. IX*). Aos conceitos jurídicos correspondem fatos da vida.

Na verdade, a contribuição do mestre é um retorno crítico à tradição jurídica brasileira, um verdadeiro comentário crítico ao Código Civil pátrio. Este foi projetado por CLOVIS BEVILAQUA, apurado gramaticalmente e no estilo por RUI BARBOSA, é um admirável monumento jurídico e literário.

Aparentemente o Código Civil Brasileiro é influenciado pelo Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), publicado em 1896. Entretanto, os autores do BGB de certo conheciam as linhas mestras da obra de TEIXEIRA DE FREITAS, *A Consolidação das Leis Cíveis* (1857), o *Esboço do Código Civil* (1865) e o *Plano de Duplicação dos Códigos Civil e Geral* (1867), onde há um toque de gênio, que serviu de base, em seu conjunto, ao Código Civil da Argentina de 1869, da autoria de VÉLEZ SÁRSFIELD, tudo bastante divulgado na Europa no *Anuário de Legislação Estrangeira*, publicado pela Sociedade de Legislação Comparada de Paris. A divulgação foi feita pelo jurista JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA AREAS e possivelmente por CARVALHO MOREIRA (BARÃO DE PENEDO).

RENÉ DAVID mostra o papel precioso de TEIXEIRA DE FREITAS, que se antecipou de 40 anos ao Código Civil alemão (BGB), ao qual se atribui em geral o mérito de tantas inovações.

Comentando na verdade o Código Civil brasileiro, em seu *Tratado de Direito Privado*, PONTES DE MIRANDA retorna às grandes raízes do direito civil pátrio, com a nota genial que lhe emprestou TEIXEIRA DE FREITAS, a nota da criatividade.

### XIII – O Processualista

No domínio do direito processual cabe lembrar ainda a obra pioneira e renovadora de PONTES DE MIRANDA – seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, de singular grandeza, que renova a ciência processualística brasileira, inspirada pelos doutrinadores alemães.

Com o livro de BUELOW sobre a teoria das exceções processuais, nos meados do século XIX, em 1868, começou tal movimento renovador no direito processual, com a chamada teoria da relação processual.

Como lembra PONTES DE MIRANDA, BUELOW foi um dos processualistas mais profundos, mais originais e ao mesmo tempo mais claros do mundo. Foi realmente na obra de BUELOW, *A Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais (Die Lehre von den Prozessinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen, 1868)*, que nasceu e teve origem a teoria da relação jurídica processual, depois reformulada, inclusive com a concepção da triangularidade. Sobre a obra de BUELOW cabe citar o artigo de DEGEN-KOLG, *A Teoria da Relação Processual, no Arquivo de Prática Civil (Die Lehre von Prozessrechtsverhaeltniss, Archiv fuer die civilistische Praxis, 1908)*.

Mais tarde a doutrina é retomada por JOSEF KOHLER em *O Processo como Relação Jurídica (Der Prozess als Rechtsverhaeltniss, Mannheim, 1888)*, assim como outros doutrinadores, como HELLWIG e WACH.

A concepção do processo como relação jurídica admite diversas variantes.

Em KOHLER a teoria da relação jurídica processual tem um caráter privatístico, que no fundo parece retornar à condição de contrato ou quase-contrato, e onde o magistrado se assemelha ao *pretor* na velha Roma da época das *legis actiones*.

Outra fórmula da teoria é defendida por K. HELLWIG, para quem a relação processual é de direito público, porém não *triangular*, mas *angular*. Ele a desenvolve nos livros *Direito de Ação e Possibilidade de Ação* (*Klagrecht und Klagmoeglichkeit*, Leipzig, 1905) e no *Tratado de Direito Processual Civil* (*Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1903, I; 1907, II; 1908-1909, II, I parte).

A relação jurídica processual tomará a forma geométrica de um ângulo, e esta concepção da angularidade da relação jurídica processual já fora delineada por G. PLANCK no *Tratado de Direito Processual Civil* (*Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses*, Noerdingen, 1887, I; Muenchen, 1896, II).

A terceira concepção do processo como relação jurídica processual procede de ADOLF WACH, autor do livro *Manual de Direito Processual Civil* (*Handbuch des Deutschen Zivilprozesses*, Leipzig, 1885, I), onde desenvolve a teoria da triangularidade da relação jurídica, que se apresentaria sob a forma de um triângulo, no qual a interligação se realizaria na forma geométrica de um triângulo, *autor-juiz-demandado*. WACH pretende que a relação jurídica é de direito público, do mesmo modo que DEGENKOLB, PLOSZ e WEISMAN. É aliás no *Manual do Direito Processual Civil Alemão* que WACH ainda desenvolve a concepção da pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*), novamente afirmada em *Ação Declaratória* (*Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889), que é a obra mais importante sobre ação declarativa.

Assim há três formas diferentes da teoria do processo como relação jurídica: a) a relação processual em linha singela com KOHLER; b) a relação jurídica processual em ângulo (HELLWIG); c) a relação jurídica processual em triângulo (WACH).

Mas a relação jurídica processual é de direito público ou de direito privado? Evidentemente a relação processual tem caráter público, e por conseguinte deve distinguir-se da relação do direito privado, que geralmente constitui o objeto do litígio, di-lo DEGENKOLB nas *Contribuições do Processo Civil* (*Betraege zum Zivilprozess*, Leipzig, 1905), como WACH no *Manual de Direito Processual Civil Alemão* (*Handbuch der Deutschen Zivilprozesses*), como J. WEISMAN em sua obra sobre *Intervenção Principal e Litisconsórcio* (*Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, Leipzig, 1884), que admitem a relação jurídica processual como de direito público, no que andaram certos.

Em sua grandiosa obra, PONTES DE MIRANDA examina, com erudição e clareza, os institutos do direito processual, não só no direito comparado, especialmente no direito alemão, os grandes praxistas lusitanos, como sobretudo no direito processual pátrio, com uma marca de genialidade.

#### XIV – O Socialista

PONTES DE MIRANDA é um dos pioneiros do socialismo democrático, que corresponde ao Estado social de Direito, ao Estado de Direito compreendido na sua visão humanista, como um Estado de participação e de justiça social, de liberdade política e segurança econômica.

O Estado clássico mantém a ordem, monta guarda. Pergunta o mestre: “Monta a guarda a quê? À ordem, dizem alguns. Mas que ordem, se o que se desenrola, diante de nós, é a desordem? Desordem política, desordem moral, desordem econômica” (em *Anarquismo, Comunismo, Socialismo*).

Procura, então, o ideal da organização científica da sociedade: “O Estado político-científico tem de ser *técnico*, tem de renunciar à imposição arbitrária, tem de assentar *indicativos* claros, *antes de qualquer imperativo*”.

Combate um socialismo opressor da liberdade: “Cremos que é possível a criação de um Estado socialista, acima das doutrinas atuais e conciliador de todas as esquerdas”. O socialismo científico é verdadeiro no momento provável (no sentido matemático) da evolução humana: “O Estado tornar-se-á insentido, quando for perfeito”.

Apresenta o seu ideal de Estado, comida para todos, roupa para todos, conforto para todos, o *Estado dos 5 Direitos*, os novos Direitos do Homem, tais como o direito à subsistência, o direito ao trabalho, o direito à educação, o direito à assistência, o direito ao ideal. Este é o *mínimo socialista*.

A revolução russa deixa à história duas lições: a de que um partido organizado, tendente à ação, pode dominar um país, de um golpe; a consequência imediata do rolo compressor, com a constituição estatal soviética.

PONTES DE MIRANDA não é marxista, nem marxista-leninista, porém se proclama além de MARX.

Profetiza: “Socialismo é o caminho único dos nossos dias.”

Combatendo a ditadura do capital, esclarece: “O socialismo ou é antemarxista, ou retificador de MARX”. Simpatiza com MARX, mas não é marxista: “A nossa posição é mais próxima de MARX; antes, *além dele*. Mas, principalmente, após caminhada científica através de vinte e cinco anos de estudos em época posterior à morte de MARX, quer dizer, com elementos que ele não poderia ter aproveitado”.

Sobre o comunismo escreve: “O comunismo é ideal longínquo; não pode ser ponto de partida”. “O comunista é um precipitado. O ideal, belíssimo, cega-o.”

“Lênin ousou, mas recuou. A obra que realizou vem demonstrar que o Estado pode ser *socialista* antes do *socialismo*. Mas devemos manter dentro do Estado a democracia e a liberdade. Por aí se chega até onde se *possa* chegar e até onde se *deve* chegar.”

“É preciso não nos esquecer que MARX, como todos, escreveu com os dados do seu tempo, com os fatos até aquele momento, que passou. A neces-

sariedade e a necessidade histórica precisam ser reafirmadas pelos acontecimentos e pelas descobertas científicas posteriores a ele.”

“O socialismo, como teoria, vive; como doutrina, aperfeiçoa-se ao contato de fatos e sob a influência de gênios novos.”

Dáí os fins da sociedade progressista do século XX, que têm de ser: “Assegurar as liberdades individuais, manter a democracia, realizar certo grau de igualdade, os novos direitos do homem, e promover igualdade crescente” (in *Democracia, Liberdade, Igualdade*).

É preciso não esquecer a advertência feita pelo estadista WILLIAM PITT, em 1796, no auge da Revolução Francesa, aprovando o seguro social e a educação pública: “Com a reforma, os senhores desarmam os jacobinos da sua arma mais perigosa”.

PONTES DE MIRANDA situa-se além de MARX. O sociólogo WRIGH MILLS, em *Os Marxistas (The Marxists, 1963)*, fala de marxismo no plural. Há muitas variedades do marxismo. Não há um MARX, há vários MARX.

Geralmente se fala de um jovem MARX e um velho MARX. Outros dividem a obra de MARX em 4 etapas: *obras de juventude* (1840 — 1844); *obras de censura epistemológica* (1845); *obras de maturação* (1845 — 1857); e *obras da maturidade* (1857 — 1883).

MARX dizia de si mesmo que não era marxista, pois admitia a permanente revisibilidade da ciência, dentro do núcleo da dialética.

A idéia proibida ou contrariada é como o crisântemo, com suas flores amarelas, róseas ou alaranjadas; o único botão que resta crescerá por si e pelos outros, com as mesmas cores.

## XV — A Mensagem da Democracia

É tempo de renovar e de construir.

Não se busca nenhuma Shangri-la, Utopia, Cidade do Sol, ou a Pasárgada do poeta MANUEL BANDEIRA, porém todos sonham um mundo de abundância econômica, cultura, paz, saber e tranquilidade.

O minotauro da segurança desaparece, e surge a estrela da esperança, a manhã da liberdade, e os seus primeiros relâmpagos acendem suas luzes no horizonte da pátria.

CÍCERO, o grande representante da latinidade clássica, bebendo na pura fonte do helenismo, combate as *intiquissimae leges* em seu discurso *De lege agraria* pronunciado no Senado Romano, assim como na sua grande obra *De Republica* bem desenvolve a teoria da *concordia ordinum*, defendendo o entendimento geral, numa imagem da política moderna, conservadora e liberal, a um tempo só, conciliatória, numa atuante concepção democrática, conciliando a unidade do poder em conjunto com a liberdade e a segurança do cidadão.

A história é a realização progressiva da democracia.

A democracia política deve ser complementada por uma democracia econômica e planificada, assegurando a liberdade econômica, os direitos e pretensões socialistas, a justa distribuição da renda social.

Só assim se formarão autênticos cidadãos, com uma consciência profunda dos seus direitos e deveres, pois o enfoque nos direitos humanos nunca deve perder também o sentido da realização dos deveres e responsabilidades, conforme a ética kantiana do cumprimento do dever pelo dever.

Com um povo analfabeto, doente e faminto, não há trabalhadores e cidadãos; com um povo tutelado e intimidado, não há democracia; com dependência diante das multinacionais, não há soberania política, que depende da grandeza econômica nacional; com exploração do homem pelo homem, não há ordem nem paz, esta definida pela filosofia política como a liberdade tranqüila.

ARISTÓTELES bem disse em sua imortal *Política* que a verdadeira democracia é por essência igualitária: *tén eleuterian tén katá to ison*.

É o mesmo pensamento de RUI BARBOSA, o pregador do evangelho liberal e social, quando afirmava: "As Constituições são consequência da irresistível evolução econômica. Alguma coisa têm de ceder ao sopro da socialização, que agita o mundo". Assim também raciocina o seu discípulo dileto, JOÃO MANGABEIRA, no seu ideário de uma democracia socialista, com sua personalidade bem focalizada em lúcida conferência do jurista RAUL FLORIANO.

Para a realização de tais objetos, a elite política dominante deve seguir e compreender as reais necessidades do povo, evitando debilidades e fraquezas, os políticos devem manter a grandeza e verticalidade de caráter.

Do contrário poder-se-á lembrar a tremenda ilusão de ótica dos ensaios magistras e da imagem euclidiana: eles não cresceram; o Brasil é que se amesquinhou.

A política é educadora da vida, tem uma mensagem ao povo, falando claramente a verdade. Contudo há homens que, ainda depois de muito falar, são mudos; não falam pelo que dizem e são mudos pelo que falam, lembrando-se aqui ao Padre VIEIRA. Enganando o povo com um mundo de ilusões e elevando a hipocrisia a caráter de dogma. Mas a coragem de dizer a verdade e de comunicá-la ao povo constitui a essência da política em alto nível. A política é promotora da emancipação do homem e o seu coração é o povo.

Nos momentos de crise e de mudança histórica, a personalidade do estadista necessita elevar-se, notabilizando-se por sua aplicação e seu gênio, sua personalidade saliente, sua capacidade envolvente e seu fascínio carismático, nele se juntando qualidades aparentemente contraditórias, como a firmeza das decisões e a flexibilidade na execução do comando, necessitando coragem e precisão, vontade e prudência, manobras rápidas e cálculo frio, o hábito de falar e de calar-se a tempo, reserva e cortesia, confiança e desconfiança, produto do conhecimento profundo do homem. O verdadeiro homem de estado deve manter uma flexibilidade impessoal diante dos acontecimentos, ligando-se como um *virtuose* da política.



A política, além de ciência, é predominantemente arte. O verdadeiro político é por natureza um *virtuoso*, um dançarino, com suas intuições, seus requêbrados, suas antecipações, seus passes de mágicas. Quando o inimigo tem três opções, ele escolhe normalmente a quarta opção.

Contudo o autêntico estadista tem por finalidade principal de seu destino político a realização da democracia.

A democracia deve ser o governo do primeiro homem, como ensina a filosofia política grega, que CURTIUS relembra em sua *História da Grécia* (*Griechische Geschichte*): *arché tou protou andrós*.

## XVI – A Marca dos Gênios na História

A história marca de maneira indelével o rastro dos grandes homens, o seu talento e o seu gênio, com o seu fascínio ou a sua grandeza demoníaca.

Ao falar de história, ao falar da pátria, não nos ocorre senão neste instante o conceito de HEGEL: “A história nunca é e nunca foi o teatro da felicidade humana. Os períodos de felicidade são nela folhas soltas”.

Na verdade a história tem sido uma permanente tormenta, uma tormenta tão estranha, tão prismática, tão multiforme, a gerar heróis e covardes, rebeldes e conformados, místicos e santos, bárbaros e neuróticos de genialidade demoníaca, oportunistas e traidores. A história que gerou os grandes estadistas sonhadores, os filósofos e cientistas, os artistas, também engendrou a expressão bárbara das forças do antipovo, vermelhejando o mundo com o termidor e a reação termidoriana.

A inclinação presente pelo imperialismo estrutural do marxismo procurou diminuir a figura do grande homem, mas nenhuma tendência anticarlyliana pode tragar definitivamente o gênio dos grandes homens e sua marca na história.

MAX WEBER suavizou a curva anticarlyliana com a figura da personalidade carismática, o carisma, o prestígio com seus transportes de alucinação popular.

LÊNIN, o guia do marxismo, escreveu: “A chave das situações são os homens”. Em seu livro estratégico intitulado *Que Fazer?* (em russo *Chto Dyelat*, 1902) antecipou-se a esta tese da filosofia política.

No mesmo sentido se encontra a posição doutrinária do mesmo LÊNIN nos *Cadernos Filosóficos*, publicados nos tomos IX e XII da Coleção Lênin e aparecidos em volume especial pela primeira vez, em 1933, em russo, com o título *Filosofskiè Tetradi*, onde se encontram os seus ensaios intitulados *Lições sobre a Filosofia da História e Lições sobre a História da Filosofia*.

LÊNIN acentua nos *Cadernos Filosóficos* o fator ativo na capacidade criadora e transformadora do homem, que a consciência humana não só reflete

o mundo exterior, mas o cria, assinalando o papel consciente do homem na transformação da história.

É o pensamento de MARX nas *Teses sobre Feuerbach*, na 11ª tese: "Os filósofos não têm feito até agora senão interpretar o mundo de diversas maneiras; trata-se agora de transformá-lo" (*Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert es kommt darauf an, sie zu vereandern*) (KARL MARX, *Die Fruehschriften*, Stuttgart, 1971, p. 341).

É o papel subjetivo na história, o gênio dos grandes homens. As personalidades carismáticas são acumuladoras do processo histórico:

"São pólos criadores de circunstâncias políticas, econômicas, sociais, ideológicas, éticas. Num dado momento parecem enfeixar nas mãos os poderes do destino e carregam a sorte do mundo nos seus próprios corações. Especialistas céticos falam em carismas, admitindo paradoxalmente a presença antiestrutural do mistério do desafio da história. Essas personalidades fogem a todas as medidas convencionais, transcendem as frágeis fronteiras da normalidade, violentam o soberbo das explicações mecanicistas."

#### XVII – Os Dois Brasis

Não há estabilidade política com uma casa em crise, com debilidades e fraqueza econômica, com um país de pobreza e uma vasta família tecnocrática enriquecida.

LAMBERT falou em dois Brasis: o da riqueza e o da pobreza, com amplos desníveis sociais. Deve-se falar do Brasil no plural.

"O oficioso desse comportamento ou dessa insensatez flagra-se nos padrões de vida de Brasília", observa o arguto historiador POTIGUAR MATOS.

"Temos uma capital à Versalhes, triunfante e luminosa, abastecida e ostentatória."

É uma metrópole que lembra São Petersburgo dos salões e damas imperiais, de faiscante ouro e prataria.

É uma capital luxuosa com piscina de ondas azuladas e revoltas como o mar, acionadas por fabulosa tecnologia, com vistosas alamedas de verdejantes pinheirais em extensões infindas. Com os seus palácios resplandescentes relembrando o Petit Trianon e o Chantilly, onde dançava a nobreza da França antes da Revolução.

Com a Granja do Ipê, de nome poético, a Granja do Torto, palácios e ruas de estilo ousado, uma verdadeira beleza de arquitetura, orgulho de brasilidade. Tudo rebrilhando debaixo de azulescidos céus, semeados de finos azuis de inumeráveis águas marinhas e de safira, de um azul mais profundo e rico, alucinatório e magnetizante.

A beleza policrômica e graciosa dos apartamentos e mansões revelam um regalo e abundância à margem da crise nacional, com o que a vasta família tecnocrática e suas mordomias nababescas raciocinam sobre a crise nacional, a proliferação dos mocambos e favelas, as populações marginalizadas, a Amazônia devastada diante da sanha predatória das multinacionais, alimentando o prestígio do milagre brasileiro.

Mas, além dos campos gerais, das serras, dos montes e verdes vales, surge o Brasil da pobreza, a grande Amazônia, onde o homem é ainda o mesmo intruso impertinente da epopéia de *EUCLIDES DA CUNHA*, o pólo do subdesenvolvimento.

É preciso corrigir tais distorções: ou progredimos ou desaparecemos, na imagem euclidiana.

As pontas do dilema são inexoráveis.

### XVIII – *Paz Mundial ou Holocausto Nuclear*

O mestre PONTES DE MIRANDA defendeu a paz mundial, na sua visão de sábio e de humanista.

No mundo atual, teme-se o apocalipse, o holocausto nuclear, é o fim da própria humanidade. Computadores falham de maneira imperdoável, antecipando o vermelho-fogo da fornalha nuclear, renunciando a diabólica parafernália nuclear, bombardeiros se incendiam, o TITAN II ruge em vôo alucinatório, como um artefacto demoníaco de fera ensandecida.

Parece que ressurgem as sagas mitológicas, as Górgonas, que eram três, ESTENO, EÚRIALE e MEDUSA, terríveis e bárbaras, com suas cabeças com forma de serpente e vomitando fogo. MEDUSA como se assemelha ao monstro nuclear que transformou em pedras as rosas de Nagasaki, como as da saga grega que petrificava os homens. É o retorno petrificante da lenda grega.

Aí está a encruzilhada da civilização. É o que bem esclarece o eminente historiador pernambucano POTIGUAR MATOS:

*“Dois sistemas imperiais se arvoram em proprietários do mundo. Tisnam a face sinistra da ambição e dos interesses econômicos com tinturas de liberdade, direitos, segurança, fraternidade, bandeiras das mais altas e puras. Armam-se numa sofreguidão de feras enfurecidas pelo egoísmo e o sonho do poder. No monstruoso xadrez que jogam, o homem comum não passa de um pobre e negligenciável peão, sempre disponível para o sacrifício, ao menor aceno dos interesses descompasados e soberanos”.*

As feras enfurecidas armam-se com superbombas de hidrogênio e cobalto, teleguiados de poder intercontinental, satélites artificiais que são o prenúncio de plataformas giratórias futuras, fontes de loucura coletiva, que ameaçam o mundo desde as imensidões polares até as vastidões saáricas.

Será utopia ou ilusão gritarmos pela paz, pelo entendimento, pela concórdia, pela fraternidade universal ou, pelo menos, pela limitação da corrida armamentista desenfreada? Do contrário só nos resta a interrogação hamletiana de perguntar se toda a história humana, ao longo da sua heróica aventura, desde a caverna paleolítica até a jornada das estrelas em cosmonaves prateadas, foi apenas a preparação para o apocalipse nuclear, no vermelho-fogo ou no amarelo-ovo de um incêndio, o holocausto final, na imensidão galáctica.

A tecnologia humana colocou suas ogivas frias, insensíveis e assassinas, contra a própria humanidade, para transformar o planeta no cemitério não do inexistente e literário *homo sapiens* mas do real e histórico *homo stupidus*, na feliz expressão de POTIGUAR MATOS, voltando a habitar a caverna paleolítica.

Vem agora a saga mitológica rediviva, com o monstro nuclear dos laboratórios, destilando a sua baba venenosa e mortal sobre o mundo. Não é mais a espada sangrenta dos conquistadores, recortando o mundo, é o monstro nuclear destruindo-o, é o apocalipse *wow*, é a parafernália nuclear, dos povos violentados e mártires.

### XIX – *Glorificação Final*

PONTES DE MIRANDA representa uma figura simbólica e carismática na história do Brasil, revivendo o patrimônio cultural da Escola do Recife, a magia fatalizante de TOBIAS BARRETO e SILVIO ROMERO. O seu espírito é uma lenda, brilhando com uma irradiação luminosa no espaço infinito e no tempo sem fim.

Como pensador e humanista, sente a pulsação do mundo, a face amarga da verdade e a interrogação das filosofias. Como sociólogo e jurista, reconhece que o direito é um controle social, a força que mata a força para transformar-se em direito. Como socialista, percebe o gemido e o sofrimento das multidões proletarizadas e enfurecidas, o surdo rumor de aflições, servidão econômica, fome e medo que se tornam insuportáveis, a tormenta da história, a projeção das sombras dos acontecimentos futuros, um ar pesado de tormenta, como lembra POTIGUAR MATOS, que só não sentem os poucos privilegiados, alheios ao vôo das procelárias, cortando e rasgando um céu tarjado de negro.

O Evangelho registra e anota ressurreições, nos minutos felizes de alumbramento místico. Na cultura elas também são possíveis, pois a cultura é uma comunidade nobre, preciosa e bela, que nossos antepassados nos transmitiram pelo seu trabalho, amor, sangue, sacrifício, heroísmo. As nações e culturas sobrevivem pela sua memória histórica, aquilo que RENAN chamou uma "alma comum".

No Brasil, PONTES DE MIRANDA é uma exaltação desta alma comum: o retorno da primavera, irradiando verdes policrômicos de saber e cultura, explodindo em idéias originais, desafiantes, germinais, uma nova aurora, trazendo na sua luz o eterno invariante plástico da redenção de ideologias triunfantes e irrendidas, a redenção e culto da liberdade, da democracia, da igualdade crescente, do saber humanista e da justiça social.

# Aspectos processuais da aplicação da teoria das dívidas de valor

(Do cabimento da correção monetária,  
independentemente de pedido explícito,  
e da sua concessão em execução,  
mesmo quando não prevista na decisão  
proferida no processo de cognição)

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em  
Brasília, Professor catedrático da Fa-  
culdade de Direito da UERJ

## *Ementa:*

A teoria das dívidas de valor foi aceita pela doutrina brasileira e consagrada definitivamente pela nossa jurisprudência e, em particular, pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça e de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (antigo Estado da Guanabara).

*Praticado um ato ilícito, a responsabilidade civil decorrente constitui dívida de valor, que se caracteriza pela sua finalidade.*

Nas dívidas de valor, a cristalização em dinheiro só ocorre definitivamente no momento do efetivo pagamento; as estimações anteriores de caráter meramente intercalar não transitam em julgado e só teriam valor se o pagamento tivesse ocorrido naquele exato momento.

Assim sendo, a correção monetária deve ser concedida nas indenizações independentemente de pedido da parte e da re-

ferência à matéria nas decisões anteriores, pois a sua incidência constitui condição necessária para manter o equilíbrio entre o valor abstrato do prejuízo e a quantia de dinheiro que é necessária num determinado momento para repará-lo. Tanto nas desapropriações, como nas indenizações por atos ilícitos, a correção deve ocorrer até a decisão final, que é a da liquidação efetiva do prejuízo sofrido pelo autor.

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

RUI BARBOSA (*Oração aos Moços*, edição da Casa de Rui Barbosa, Rio, 1956, pág. 63).

“A necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão.”

GIUSEPPE CHIOVENDA (*Instituições de Direito Processual Civil*, 2.<sup>a</sup> edição brasileira, S. Paulo, Saraiva, 1965, vol. I, pág. 159).

“A idéia de que a dívida proveniente do ato ilícito é de valor está implícita nos arts. 159, 1.541 e 1.543 do Código Civil, as três regras em que se baseia o verbete nº 562 da Súmula.”

Ministro ANTONIO NEDER (voto no RE 87.534-PR, in *RTJ*, 84/341).

“O fato de já haver sido o prejuízo fixado em dinheiro não altera a situação, porque a dívida de valor só perde esta característica e transforma-se em dívida de dinheiro no momento em que o débito é saldado.”

Ministro CUNHA PEIXOTO (voto no RE 84.844-SP, in *RTJ* 81/234).

“Negada que fosse a atualização dos valores, e o dano não teria a reparação completa determinada pela lei e pedida expressamente na inicial.”

Ministro CORDEIRO GUERRA (voto no RE 86.717-RJ, in *RTJ* 81/317).

“Assim, o trânsito em julgado da sentença condenatória não constitui óbice a que se aplique a correção monetária, eis que esse trânsito opera dentro dos fatos contemporâneos ao momento em que foi prolatada a sentença.”

Ministro SOARES MUÑOZ (voto no RE 86.965-MG, in *RTJ* 84/1.042).

## I — O CONCEITO DE DÍVIDA DE VALOR

1. A doutrina e a jurisprudência já reconhecem, há muito tempo, a existência das dívidas de valor, que se distinguem dos débitos de dinheiro. Enquanto nestes últimos o valor devido, representado por um certo número de unidades monetárias, constitui o conteúdo da obrigação e o objeto da execução, nas dívidas de valor (*wertschuld*, *adaptable debt*, *créance de valeur*, *debiti de valore*), o montante em cruzeiros é tão-somente uma tradução momentânea, provisória e dinâmica de poder aquisitivo devido ao credor, análogo ao resultante da conversão em moeda nacional de um débito em dólares, que evolui de acordo com o câmbio do dia, até o momento do seu efetivo pagamento.

2. Assim, nos débitos de valor, a obrigação consiste em pagar uma quantia necessária para alcançar um fim determinado, que só se quantifica no momento da liquidação efetiva e cujos cálculos anteriores constituem meras aproximações sucessivas, que decorrem da impossibilidade prática de calcular o débito, homologá-lo e pagá-lo no mesmo momento, como seria o ideal. Podemos, pois, afirmar que, nas dívidas de valor, todo cálculo anterior ao momento do efetivo pagamento não passa de mera estimativa, que deverá ser retificada até o momento do efetivo pagamento do débito.

3. Examinando a matéria, há vinte anos atrás, já tivemos o ensejo de escrever que as dívidas de valor visam a assegurar ao credor um *quid*, ou seja, uma determinada situação patrimonial condicionada por um fim determinado e específico, e não apenas um *quantum*, um certo número de unidades monetárias. O conteúdo da obrigação é, pois, distinto em ambos os casos, embora, na execução, o pagamento se faça em dinheiro nos dois casos. A distinção básica consiste no fato de ser a quantia devida simultânea e cumulativamente o objeto da obrigação e o meio de solução na dívida de dinheiro, enquanto, na dívida de valor, é tão-somente meio de pagamento, não constituindo o objeto da obrigação. Em outras palavras, na dívida de dinheiro, a moeda é meio e fim, enquanto nas de valor é tão-somente meio condicionado a uma finalidade específica. Podemos, pois, afirmar que:

“Nas dívidas de valor, a quantia em dinheiro é apenas a representação ou tradução, em determinado momento, de valor devido. Variando o poder aquisitivo da moeda, o valor necessário para alcançar a finalidade do débito sofre uma modificação no seu *quantum* monetário, devendo, pois, haver um reajustamento.

Enquanto nas dívidas de dinheiro, o *quantum* é o único objeto do débito, nas dívidas de valor a soma em dinheiro é a quantia correspondente, nas condições atuais, a determinado poder aquisitivo que o devedor é obrigado a fornecer ao credor.

No mútuo feneratício, dívida de dinheiro por excelência, o mutuante tem o direito de exigir do mutuário a quantia que

este recebeu acrescida ou não dos juros (e correção monetária), conforme convenção das partes (e determinações legais).

Ao contrário, no ressarcimento do dano, o causador deste indeniza a vítima, fazendo-lhe uma prestação capaz de repor o seu patrimônio no estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito (*statu quo ante*).

Tratando-se de lesão à pessoa, a indenização deverá compensar a diminuição ou o desaparecimento da capacidade de trabalho da vítima.

No mesmo modo, a pensão alimentar é essencialmente uma dívida de valor, já que visa a assegurar ao seu beneficiário um certo nível de vida, tendo em conta as suas necessidades e as possibilidades do credor" (ARNOLDO WALD, *Aplicação da Teoria das Dívidas de Valor às Pensões Decorrentes de Atos Ilícitos*, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1959, pág. 2).

4. Ao elaborar excelente parecer, em 1965, o eminente Professor RUY CIRNE DE LIMA teve o ensejo de caracterizar, com extraordinária felicidade, a diferença entre as dívidas de dinheiro e de valor, nos seguintes termos:

"Se a prestação supõe a moeda como padrão de cômputo, para determinação do valor a prestar, a dívida diz-se de dinheiro; se, diversamente, a supõe simplesmente como instrumento de troca, por intermédio do qual o valor será prestado, a dívida há de dizer-se, então, de valor.

Nas duas hipóteses, a medida da prestação é considerada em abstrato, e não em concreto. Na primeira, a medida da prestação será determinada pela expressão nominal da moeda, e não pelo valor intrínseco ou pelo poder aquisitivo desta; na segunda, a medida da prestação determinará o valor a ser prestado em moeda, tomada esta, igualmente, pela sua expressão nominal. Neste último caso, o valor intrínseco da moeda, ou o seu poder aquisitivo, será levado em conta para determinar-se, em dinheiro, a medida da prestação; essa, porém, será enunciada pelo valor nominal da moeda, enquanto meio legal de pagamento, pelo menos, nos sistemas monetários de curso forçado" (RUY CIRNE DE LIMA, *Pareceres* (Direito Privado), Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1967, pág. 53).

E acrescenta o ilustre administrativista gaúcho:

"Mas, nas dívidas de valor, propriamente tais, o valor é o que lhes provém da medida da prestação, a ser satisfeita em moeda, ao passo que, nas dívidas meramente de dinheiro, o valor é o que lhes impõe a moeda a ser prestada. Aqui, a moeda



é o objeto imediato da prestação; ali, objeto imediato da prestação é o valor que, mediatamente, por intermédio da moeda, será prestado. Daí, o discrimine entre dívidas ditas de valor e dívidas ditas de dinheiro, posto de realce pelo fato econômico-político da desvalorização da moeda" (cf. ISELE, *Geldschuld und Bargeldlotische Praxis*, Neue Folge, Tubingen, s.d., t. IX, p. 140; ENNECCERUS LEHMANN, *Recht des Schuldverhältnisses*, Tubingen, 1954, § 11, p. 45; etc.) (Obra citada, págs. 53, *in fine*, e 54).

5. Dentro da mesma orientação, SAN TIAGO DANTAS, no relatório sobre a evolução contemporânea do direito contratual, que apresentou no 13º Congresso da União Internacional dos Advogados, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1951, esclareceu que cabia distinguir "entre as obrigações de dar certa soma de dinheiro (*certae pecuniae*) e as que têm por objeto não a quantia em si, mas um valor (obrigações de valor)", pois:

"Enquanto as primeiras estão sob o império de princípio nominalista, isto é, devem ser solvidas com o número de unidades monetárias indicadas no título, ainda que o poder aquisitivo daquelas unidades se tenha modificado, as segundas — as obrigações de valor — devem ser solvidas com a quantia que for capaz de representar o valor esperado" (F. C. de SAN TIAGO DANTAS, *Problemas de direito positivo* (Estudos e pareceres), Rio, Forense, 1953, pág. 28).

6. Dentro da mesma orientação encontramos a mais recente definição de GEORGES L. PIERRE FRANÇOIS, para quem:

"La dette de valeur est une obligation qui a pour objet une valeur autre que monétaire et dans laquelle la monnaie n'est jamais "in obligatione" mais toujours "in solutione" (GEORGES L. PIERRE FRANÇOIS, *La Notion de Dette de Valeur en Droit Civil — Essai d'une Théorie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, pág. 407).

7. Outros autores têm salientado a importância da vinculação da dívida de valor a uma finalidade específica, assemelhando-se até, em certo sentido, ao patrimônio da fundação considerado como uma soma de dinheiro que se caracteriza pela sua afetação a um fim determinado. Assim, um jurista francês chegou a afirmar que:

"La somme d'argent dont le responsable est débiteur en vertu de la décision judiciaire n'est pas une somme d'argent comme une autre; elle est dominée par son affectation" (STANISLAS DE GOZDAWA-GODLEWSKI, *L'Incidence des Variations de Prix sur le Montant des Dommages-Intérêts dans le Droit Commun de la Responsabilité Civile*, Paris, Sirey, 1955, pág. 112).

## II — A EVOLUÇÃO DA TEORIA DAS DÍVIDAS DE VALOR

8. É possível vislumbrar no direito romano os prenúncios da atual teoria das dívidas de valor, pois, já naquela época, se fazia a distinção entre as obrigações pecuniárias propriamente ditas (*sestertium decem milia dare*), nas quais o objeto consistia em *certam pecuniam numeratam*, e as demais, que tinham como objeto determinado (um bem), ou o valor correspondente ao mesmo no caso de indenização (*quanti ea res fuit*), conforme bem explicava SAVIGNY, cujas lições foram oportunamente lembradas por RUY CIRNE DE LIMA (obra citada, pág. 54).

9. A distinção entre dívidas de dinheiro e de valor também foi consagrada por longa tradição luso-brasileira, conforme se verifica nos textos de ANTONIO DA GAMMA (*Decisiones*, Antuérpia, 1735, pág. 493), MENDES DE CASTRO (*De Annonis Civilibus*, Coimbra, 1680, nº 47, pág. 16), JOSÉ LEITÃO TELLES e MANUEL ALVAREZ BRANDÃO (*Cardoso Praxis Judicum et Advocatorum*, Coimbra, 1732, verb. SOLUTIO, additio ad num. 19/53) e BORGES CARNEIRO (*Direito Civil de Portugal*, Lisboa, 1867, tomo IV, § 8, nº 5, pág. 21), também invocados por RUY CIRNE DE LIMA.

10. Finalmente, ainda no século passado, TEIXEIRA DE FREITAS, comentando o art. 363 da sua *Consolidação das Leis Cíveis*, que estabelecia os juros, no caso de mora das obrigações de dinheiro, ressaltou as peculiaridades das indenizações, esclarecendo que todas as outras obrigações (dívidas de valor) “resolvem-se definitivamente no pagamento de somas de dinheiro, que representam o valor delas (...)” (Nota 1 ao art. 363, *Consolidação das Leis Cíveis*, Rio, Typografia Universal de Laemmert, 1865, pág. 193).

11. No fim do século XIX, LACERDA DE ALMEIDA, invocando as lições de GUERREIRO, de CORREIA TELLES e de GAMA, deduziu a principal consequência da teoria das dívidas de valor, quando escreveu que:

“Nas dívidas provenientes de indenização por fato ilícito, deve-se, no caso de variar de valor a moeda, decidir de modo que o lesado não sofra com a baixa ou alta da moeda” (*Obrigações*, Porto Alegre, 1897, § 23, pág. 122).

12. As grandes linhas da evolução histórica da teoria das dívidas de valor constam, aliás, de excelente e brilhante acórdão das Câmaras Reunidas do Egrégio Tribunal de Alçada proferido no Recurso de Revista nº 1.073, que foi julgado em 19 de outubro de 1973 e do qual foi relator o ilustre Juiz Dr. NEWTON DORESTE BAPTISTA (*Arquivos do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara*, nº XII, págs. 30 e seguintes).

13. Essas manifestações que ocorreram no passado mais remoto, embora importantes, podem, todavia, ser consideradas como constituindo a pré-história da teoria das dívidas de valor, que só se desenvolveu de forma sistemática após a Primeira Guerra Mundial, em virtude de esforço realizado pela doutrina e pela jurisprudência, na Alemanha e na

Itália, para encontrar uma fórmula adequada a fim de garantir o pleno ressarcimento da vítima no caso de atos ilícitos e o direito à segurança pessoal e patrimonial que todo homem deve ter na sociedade contemporânea.

14. Na realidade, foram autores como SCADUTO e ASCARELLI, na Itália, e MANN e NUSBAUM, na Alemanha, que deram uma estrutura adequada à teoria das dívidas de valor, deduzindo todas as conseqüências da elaboração de uma noção fecunda. Em relação ao Brasil, podemos afirmar, em 1959, que, até àquela época, essa teoria não tinha merecido mais do que algumas referências na doutrina e jurisprudência pátrias, sem que se tivesse definido adequada e exatamente o seu sentido, havendo, inclusive, divergências importantes, entre os acórdãos e entre os autores, quanto aos seus efeitos e conseqüências (ARNOLDO WALD, obra citada, pág. 14).

15. Nos últimos vinte anos, a teoria das dívidas de valor se firmou, todavia, tanto no direito pátrio, como no exterior, de modo que hoje devemos reconhecer que ela foi plenamente consagrada, tanto pela jurisprudência como pela doutrina e pela própria lei.

#### A) *Posição Jurisprudencial*

16. Se desde 1955, algumas sentenças de primeira instância aplicaram a correção monetária nos casos de responsabilidade civil, destacando-se entre elas decisões proferidas no Rio de Janeiro, pelo então Juiz e hoje Desembargador SAMPAIO DE LACERDA, foi somente em 1975 que a jurisprudência se tornou mansa e pacífica na matéria. Efetivamente, após longa e gradativa evolução, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 79.663-SP (in RTJ 79/515), firmou, definitivamente, uma nova orientação para o nosso direito, considerando que toda indenização, tanto de danos materiais como pessoais, deveria ser corrigida, em virtude de um princípio ético. A nossa mais alta Corte entendeu, na ocasião, que “o processo não pode servir para beneficiar quem não tem razão”, não se justificando, nem lógica, nem historicamente, a posição jurisprudencial anterior que, por algum tempo, fizera prevalecer, para fins de correção monetária, uma distinção baseada na natureza dos danos. O acórdão líder do Supremo Tribunal Federal de 1975 ensejou a aprovação da Súmula nº 562, de acordo com a qual:

“Na indenização de danos materiais decorrentes de atos ilícitos cabe a atualização do seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outro critério, dos índices da correção monetária.”

17. Foi essa a conclusão de uma longa evolução cujas principais etapas foram as seguintes:

a) inicialmente, fazia-se a avaliação do dano de acordo com o seu valor no momento em que ocorrera, tese que prevaleceu até 1958, na maioria dos julgados;

b) de 1958 a 1963, o Supremo Tribunal Federal, influenciado pelas decisões dos juízes de primeira instância e dos tribunais da Guanabara e de São Paulo, passou a considerar razoável a avaliação do dano na data da sentença ou do acórdão (Súmula nº 314), começando simultaneamente a tolerar a pensão móvel;

c) de 1963 a 1966, robustece-se a tese do reajustamento futuro da pensão, no caso de danos pessoais, devendo a mesma acompanhar as variações do salário mínimo (Súmula nº 490);

d) de 1966 a 1975, o Supremo Tribunal Federal só admite a correção monetária nos casos de danos pessoais, afirmando que não há correção monetária sem determinação legal específica, prevalecendo o princípio da "reserva legal";

e) em 1975, sob a influência dos eminentes ministros ALIOMAR BALEEIRO e RODRIGUES ALCKMIN, o plenário do Supremo Tribunal Federal consagra a correção monetária de todas as indenizações decorrentes de atos ilícitos, eliminando a distinção entre casos de danos pessoais e materiais (RE nº 79.663 e Súmula nº 562).

f) de 1976 a 1979, o Supremo Tribunal Federal equipara aos atos ilícitos decorrentes de responsabilidade extracontratual ou delitual, o "ato ilícito contratual", para o fim de, também neste último caso, assegurar ao credor a *restitutio in integrum* (RTJ, 76/623 e RE nº 83.646).

18. Os fundamentos das decisões dos nossos tribunais não foram vinculados apenas à teoria das dívidas de valor, mas salientaram a necessidade de ser completa a reparação dos danos e de não ser possível utilizar o processo como meio lucrativo de procrastinar o cumprimento das obrigações pelo devedor.

19. Durante muito tempo prevaleceu nos tribunais a tese da taxatividade ou do *numerus clausus* dos casos de correção monetária, não se admitindo o reajustamento sem determinação legal expressa. Mesmo naquela fase, alguns magistrados e o próprio Excelso Pretório reconheceram que o chamado princípio de reserva legal não deveria impedir a correção das dívidas de valor, nas quais a própria natureza do débito exigia que o valor pago fosse o justo no momento da efetiva liquidação, ou seja, do pagamento. Alguns acórdãos do Tribunal de Justiça da Guanabara fundamentaram a correção das dívidas de valor no próprio Código Civil (v. Rec. de Revista nº 9.674 in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, vol. 35, pág. 52, e no mesmo sentido o artigo do Juiz SEMY GLANZ in *Revista de Jurisprudência — Arquivos do Tribunal de Alcada do Rio de Janeiro*, vol. 18, pág. 39, e recentemente no STF a decisão do RE nº 87.534 in RTJ, 84/339).

20. A Associação dos Magistrados Brasileiros, no excelente simpósio que realizou no Rio de Janeiro, em maio de 1975, invocou, nas suas conclusões, a necessidade de garantir a *restitutio in integrum*, considerando oportuno e louvável o tratamento dado às dívidas de valor, no sentido de corrigi-las até o efetivo pagamento (*Boletim da Associação dos Magistrados Brasileiros*, nº 12, novembro de 1975, pág. 126).

21. No *diagnóstico* que fez a respeito do funcionamento da Justiça brasileira, ainda em 1975, o Supremo Tribunal Federal já considerava que a ausência da aplicação da correção monetária estava ensejando não só uma injustiça para os credores, como ainda um verdadeiro incentivo para a protelação dos processos e a multiplicação dos recursos descabidos por parte dos réus, beneficiados com a gradativa deterioração do poder aquisitivo da moeda.

22. Neste sentido, tem sido invocada oportunamente pelo Excelso Pretório (RTJ, 79/522) a lição de CHIOVENDA, para quem “a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão”, pois:

“A administração da Justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão” (GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª edição brasileira, S. Paulo, Saraiva, 1965, vol. I, nº 34, pág. 159).

23. No acórdão líder do Supremo Tribunal Federal, o Ministro RODRIGUES ALCKMIN lembrou ainda que a correção monetária das dívidas de valor era condição da própria credibilidade da Justiça. Afirmou o ilustre e saudoso magistrado a este respeito que:

“Mais recentemente, atendendo a convocação do eminente Ministro ELOY DA ROCHA para sugestões sobre a reforma do Poder Judiciário, o Instituto dos Advogados de São Paulo, pelas palavras do ilustre Dr. THEOTONIO NEGRÃO — palavras amargas em excesso, talvez, mas ditadas sem dúvida por larga experiência profissional — disse: “Enquanto todos souberem que não conseguirão em juízo a reparação integral do seu direito, porque receberão em moeda corroída pela inflação, estaremos — juízes, advogados, promotores — a clamar no deserto: ninguém acreditará na Justiça.”

Há meio século, bastou a juízes alemães a regra legal de que os contratos se executam de boa fé para que nesse texto fizessem a concessão de revalorização de dívidas, forçando o legislador à disciplina do tema.

Creio que em questão que em nada desatende ao princípio da reserva de lei, a nós nos basta o mandamento legal, de que o responsável deve reparar o dano, integralmente, para que se mande que seja pago o valor à data da reparação, servindo os índices de correção monetária como *um*, entre outros possíveis critérios, para a atualização do valor” (RTJ, 79/522).

24. E acrescentou o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA que:

“Acho, mesmo, que o processo não pode ser usado em detrimento da justiça, não deve haver uma procrastinação da Justi-

ça pelos recursos processuais, pelo abuso do direito de demandar” (RTJ, 79/523.)

25. Cabe, por outro lado, esclarecer que em todos os tribunais do País, a teoria das dívidas de valor passou a ser utilizada sem qualquer restrição, reconhecendo-se todas as conseqüências da sua transplantação para o direito pátrio. Assim ocorreu no Supremo Tribunal Federal (RTJ, 53/378; 69/266; 62/102; 82/284; 76/589; 80/304; 82/431), no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (antigo TJEG) (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, vol. 27, págs. 288 e 221) e no Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (*Arquivos do Tribunal de Alçada*, vol. 5, pág. 150, vol. 15, pág. 24, vol. 18, pág. 98).

#### B) Posição Doutrinária

26. Se há vinte anos atrás éramos totalmente carecedores de estudos doutrinários a respeito da matéria, devemos reconhecer que atualmente, além de ter sido tratado em numerosos artigos, monografias e pareceres, a correção das dívidas de valor constitui capítulo que se encontra necessariamente em todas as obras recentes que tratam do direito das obrigações.

27. Foram precursores na matéria, nas obras publicadas em nosso País, além de TULLIO ASCARELLI (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 1ª edição, 1945) SAN TIAGO DANTAS (obra e loc. citados), PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. XXVI, 2ª edição, pág. 293), PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO (*Obrigações de Pagamento em Dinheiro*, Rio—São Paulo, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1971, págs. 22 e seguintes), MARIGILDO DE CAMARGO BRAGA (*Teoria das Dívidas de Valor em Acidentes de Trabalho*, Rio, Editora Alba, sem data), CAMPOS MAIA (artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 247), RUY CIRNE DE LIMA (obra citada), OTTO DE ANDRADE GIL no seu excelente relatório sobre as *Relações Jurídicas e a Correção Monetária*, apresentado na IV Conferência Nacional de Advogados em São Paulo, e o Juiz PENALVA SANTOS, na sua excelente análise sobre a *Aplicação da Correção Monetária nas Condenações em Dívidas de Dinheiro no Juízo Civil*, que apresentou no Simpósio organizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em 1975.

28. Nas obras genéricas sobre direito das obrigações, a referência às dívidas de valor se tornou obrigatória, como se verifica no erudito trabalho de OROZIMBO NONATO (*Curso das Obrigações*, 2ª Parte, vol. I, Rio, Forense, 1960, pág. 165) e mais recentemente nas obras de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 1ª Parte, 10ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1975, pág. 74), SÍLVIO RODRIGUES (*Direito Civil, Responsabilidade Civil*, vol. IV, S. Paulo, Saraiva, 1975, pág. 207, nº 68), ORLANDO GOMES (*Obrigações*, 1ª edição, Rio, Forense, 1961, nº 38, pág. 77), e ANTUNES VARELA (*Direito das Obrigações*, vol. I, Rio, Forense, 1977, nº 130, pág. 364).

29. Os poucos autores que inicialmente divergiram da aplicação da teoria das dívidas de valor no direito pátrio, como ORLANDO GOMES (*Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, "Revista dos Tribunais", 1967, Capítulo VIII e especialmente pág. 124), evoluíram construtivamente no sentido de admiti-la, amplamente, como se vê na obra didática do professor da Universidade da Bahia acima referida.

30. No direito estrangeiro, também se multiplicaram, nos últimos anos, os estudos sobre a matéria, destacando-se, entre outras, monografias como a de GEORGES L. PIERRE-FRANÇOIS (*La Notion de Dette de Valeur en Droit Civil — Essai d'une Théorie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975), na França, e a de ENRIQUE CARLOS BANCHIO (*Obligations de Valor*, Buenos Aires, Lerner Ediciones, 1965), na Argentina, revelando, assim, a existência de um consenso quanto à importância da aplicação da teoria dos débitos de valor, em todos os países.

### III — Conseqüências da teoria das dívidas de valor

31. Todos os autores que trataram das dívidas de valor salientam que, nelas, o risco da depreciação monetária, ou seja, da desvalorização do poder aquisitivo da moeda corre por conta do devedor, que tem a disponibilidade do valor devido até o momento do efetivo pagamento. Concluem, conseqüentemente, ser o dia da liquidação efetiva, ou seja, o do pagamento, aquele no qual o número de unidades monetárias deve corresponder ao valor do prejuízo, sob pena de ocorrer uma injustiça e uma violação da lei que determina a reparação integral do dano.

32. Assim, ORLANDO GOMES escreve que:

"Nas dívidas de valor, quem suporta o risco da desvalorização da moeda é o devedor, exposto que se acha a despender maior quantidade de dinheiro se diminui o poder aquisitivo da moeda" (ORLANDO GOMES, obra citada, pág. 78).

33. Por sua vez, entende WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que as dívidas de valor, ao inverso dos débitos de dinheiro, "devem ser solvidas com a quantia capaz de representar o valor esperado (no momento do efetivo pagamento)" (obra citada, pág. 74).

34. CAMPOS MAIA lembra que a reintegração do patrimônio do lesado somente ocorrerá desde que "a soma da indenização constitua o justo equilíbrio do dano no momento em que é pago" (ob. e loc. cit. e no mesmo sentido OROZIMBO NONATO, obra citada, pág. 167).

35. PONTES DE MIRANDA afirma que a dívida de valor só perde a sua natureza com o pagamento, ponderando que "as indenizações são dívidas de valor até o momento de serem prestadas" (PONTES DE MIRANDA, obra citada, vol. 26, pág. 299).

36. Fundamentando-se na Súmula nº 490, que assegura o reajustamento da pensão de acordo com as variações do salário mínimo, SÍLVIO RODRIGUES assinala a existência de uma tendência no sentido da "ampla admissão da correção monetária das obrigações derivadas de atos ilícitos", que, no entender do eminente professor paulista, "atende a um desejo de justiça, por muitos sentido" (SÍLVIO RODRIGUES, obra citada, pág. 214).

37. A interpretação dada pelos tribunais à legislação sobre correção monetária nas desapropriações também considerou que a correção deveria ser mantida e reiterada até o momento do efetivo pagamento, admitindo-se, inclusive, se necessário, correções sucessivas (Súmula nº 561).

38. Acresce, finalmente, que, além de já existir uma centena de diplomas legislativos mandando aplicar a correção em casos específicos (v. ARNOLDO WALD, "Ensalos e Pareceres de Direito Comercial", 1ª série, S. Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1972, págs. 79/80), as recentes leis que regulamentaram as sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15-12-1976, art. 290) e o inquilinato (Lei nº 6.649, de 16-5-1979, art. 19, § 2º) determinaram expressamente a correção monetária das indenizações devidas em virtude das normas nelas existentes. Assim, consideramos que, na realidade, a correção monetária das indenizações constitui, atualmente, um verdadeiro princípio geral do nosso direito.

39. Devemos, finalmente, considerar que também o Projeto de Código Civil, na redação do seu art. 314, nos termos da Emenda nº 321, do Deputado DASO COIMBRA, aceita pelo Relator, Deputado RAYMUNDO DINIZ, se refere expressamente às dívidas de valor, determinando a correção monetária das mesmas e reconhecendo assim não só a natureza própria desses débitos, mas a existência do regime jurídico que lhes é peculiar (Projeto de Código Civil, Relatório da Parte Especial, Livro I, Brasília, 1978, pág. 17).

40. Pelo exposto, podemos, pois, afirmar que existe um consenso dos tribunais e da doutrina, que mereceu o beneplácito do legislador, em alguns casos específicos, no sentido de considerar que:

- a) o direito brasileiro consagrou a teoria das dívidas de valor;
- b) a indenização por ato ilícito constitui dívida de valor;
- c) nas dívidas de valor a correção monetária se impõe, independentemente de lei e em virtude da própria natureza do débito, por constituir a única forma de garantia adequada da *restitutio in integrum* e do restabelecimento do *statu quo ante*;
- d) a correção incide sobre o valor devido até o momento do efetivo pagamento;
- e) a correção não se confunde com os juros e não é um acréscimo ao débito, mas integra a indenização que consiste no próprio débito atualizado, como bem o caracterizou o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE (RTJ, 79/734-735).



41. Firmados esses princípios, examinaremos sucessivamente os dois pontos básicos que nos foram submetidos e que são:

a) o cabimento da concessão da correção própria quando não pedida expressamente na petição inicial;

b) a possibilidade de aplicação da correção na fase da execução, quando a decisão proferida na fase de cognição não previa a sua incidência.

#### IV — *A concessão da correção monetária na indenização de atos ilícitos independe de pedido expresso na inicial*

42. Nas ações de perdas e danos decorrentes de atos ilícitos, como ocorre na presente hipótese, o autor se limita a pedir na inicial o ressarcimento da totalidade dos prejuízos que sofreu. Essa indenização deve ser ampla e cabal, abrangendo todos os aspectos do prejuízo sofrido, não se exigindo, pois, que o lesado discrimine, na inicial, todos os elementos que compõem necessariamente a reparação, abrangendo esta tanto o dano emergente, como o lucro cessante, a correção monetária, os juros, os honorários de advogado e as custas judiciais.

43. A falta de explicitação de um dos componentes necessários da indenização é irrelevante desde que o autor tenha pedido a reparação da totalidade do prejuízo que lhe foi causado, pois a condenação do réu aos acessórios e complementos decorre das próprias determinações do direito adjetivo e substantivo.

44. Assim, a condenação aos juros, às custas judiciais e aos honorários de advogado emana da lei processual, em virtude dos princípios da abrangência dos juros, que consta do art. 293 do Código de Processo Civil, e da sucumbência, em relação às custas judiciais e honorários de advogado, na forma do art. 20 e seus parágrafos do mesmo diploma legal.

45. Quanto à correção monetária, ela é inerente à reparação, pois representa condição *sine qua non* para que a mesma seja plena, importando na *restitutio in integrum*, determinada pelo Código Civil. Efectivamente, a lei não limita a responsabilidade por atos ilícitos, determinando ao contrário que:

a) o ato ilícito enseja a responsabilidade (art. 159);

b) todos os bens do devedor ou responsável ficam sujeitos à reparação do dano causado (art. 1.518 do Código Civil);

c) o credor tem direito de exigir do devedor o valor atualizado do bem no caso de reivindicação (art. 519 do Código Civil);

d) nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado (art. 948 do Código Civil).

46. Ao pedir a indenização, o autor não está obrigado a explicitar que deseja que ela seja completa, pois a reparação visa apagar, ou seja, desfazer *in totum* os efeitos da lesão de direito, tornando o lesado indene, ou seja, incólume, aos seus efeitos e ensejando a *restitutio in integrum*, que só pode ocorrer quando, no momento do pagamento, a quantia recebida pelo credor pode produzir este efeito.

47. *A contrario sensu*, a indenização calculada de acordo com o valor do prejuízo no momento em que o mesmo ocorreu, na data da realização da perícia ou da decisão de primeira ou de segunda instância não é cabal e plena, quando, entre tal momento e o do efetivo pagamento, decorre um prazo no qual há alteração do poder aquisitivo da moeda, que exige uma correção da estimativa a ser feita no processo. A evolução das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, desde a Súmula nº 314 até a Súmula nº 562, comprova que só é justa a indenização que, no momento do pagamento, possa corresponder ao valor do prejuízo.

48. Foi por este motivo que a jurisprudência considerou inconstitucional o art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365, posteriormente revogado pela Lei nº 2.786/56, justamente por determinar aquele diploma legal que o valor da indenização fosse contemporâneo à declaração de utilidade pública, o que, no entender dos tribunais, excluía a indenização justa prevista pelo texto constitucional (*Revista Forense*, vol. 146, pág. 322, e *Revista de Direito Administrativo*, vol. 38, pág. 229).

49. Acresce que a correção monetária não é um complemento da indenização, não é um *plus*, como é o caso, por exemplo, dos juros. Trata-se de uma técnica de cálculo da própria indenização, é um critério para fixar o seu valor no momento oportuno. Assim entendeu, com muita clareza, o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar, em voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE que:

“Correção monetária não tem nenhuma semelhança com juros, que são um *plus*. Ela é a própria indenização primitiva, quando retificada.” (RTJ, 79/735.)

50. Dentro dessa orientação, salientou o Ministro VICTOR NUNES LEAL, ao julgar o RE nº 63.218, que:

“Na correção monetária, portanto, não existe um verdadeiro acréscimo da indenização, mas um novo método de compensação da mora do expropriante.”

51. Na realidade, no caso de mora do devedor, o credor tem direito aos juros, como compensação do capital que deixou de receber, e à correção monetária para que o mencionado capital mantenha o seu poder aquisitivo e não seja deteriorado pela inflação. Se assim não fosse, o devedor, ao deixar de pagar e ao protelar o pagamento, estaria obtendo um enriquecimento ilícito em detrimento do credor, utilizando a própria máquina judiciária para ter uma vantagem ilícita e sem causa, numa operação da qual a justiça seria a involuntária cúmplice.

52. Sintentizando com muita felicidade a posição de vários outros membros da Suprema Corte, o Ministro CORDEIRO GUERRA definiu a correção monetária como sendo "o instrumento de identidade da moeda através do tempo" (RTJ, 81/317), ou seja, a técnica da manutenção do poder aquisitivo da indenização para que se conserve o equilíbrio dinâmico entre os valores do prejuízo causado e da respectiva indenização.

53. Assim sendo, tornou-se mansa e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de poder ser concedida a correção monetária independentemente de pedido específico do autor, na petição inicial. Já há longo tempo que a matéria não apresenta mais divergências no Excelso Pretório em relação às desapropriações, às quais se aplicava a correção monetária *ex officio*, sem pedido da parte. O mesmo ocorre nos casos de denegação da correção em primeira instância e da ausência de apelação do autor, tendo havido tão-somente o recurso *ex officio* do expropriante, como se verifica nas decisões proferidas nos RE de n.ºs 62.862-SP, 63.218-MG e 70.912-BA e outras que encontramos publicadas na obra de JARDEL NORONHA e ODALÉA MARTINS intitulada *Sumulário da Jurisprudência sobre Correção Monetária no Supremo Tribunal Federal* (Brasília, edição dos autores, vol. I, págs. 317/318 e 343/345 e vol. II, pág. 635).

54. Passando da desapropriação para a responsabilidade por ato ilícito, encontramos pronunciamentos unânimes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal no sentido de independêr de pedido expresso a correção monetária nas ações decorrentes de atos ilícitos.

55. Assim, em 11 de maio de 1976, a Egrégia Primeira Turma decidiu, por unanimidade, no RE nº 84.844-SP, que:

"Ação de indenização por ato ilícito, em que houve danos exclusivamente materiais. *Atualização do valor da indenização, embora não pedida na inicial, nem estipulada na sentença exequenda*" (RTJ, 81/234).

56. O eminente Ministro CUNHA PEIXOTO, que foi relator do feito, esclareceu no seu voto que:

"Trata-se de pagamento de lucros cessantes em decorrência de danos causados ao estabelecimento comercial do recorrido, em consequência de atos praticados pela recorrente. E, no caso de reparação por ato ilícito, a jurisprudência deste Colendo Supremo Tribunal já se firmou no sentido de fixar o valor na época em que o pagamento é efetuado.

Para isto, desnecessária lei expressa, que autorize a valorização da importância a pagar, porque, aqui, a correção monetária se apresenta apenas como um falso problema. Não há nada a corrigir. De fato, é princípio de direito que, quando se trata de coisa a devolver ou reparar e não se pode entregá-la *in natura*, o devedor pagará a coisa pelo seu valor atual. A in-

denização deverá colocar o credor nas mesmas condições em que estaria se o ato danoso não houvesse ocorrido.

Como assinala o eminente Ministro RODRIGUES ALCKMIN, *se o texto legal manda que se reparem os prejuízos causados pela ação ou omissão ilícitas, a estimativa destes prejuízos em quantia que reponha, no patrimônio do lesado, o atualizado valor deles, atende à lei civil e não desatende à Lei nº 5.670, que cuida da revalorização de dívidas e, pois, não encontra aplicação no caso*" (RTJ, 67/571).

O fato de já haver sido o prejuízo fixado em dinheiro não altera a situação, porque a dívida de valor só perde esta característica e transforma-se em dívida de dinheiro no momento em que o débito é saldado.

Do contrário, bastaria a própria demora no andamento dos processos, no período de liquidação, para alterar a situação, passando a favorecer o devedor.

Vale aqui a observação de FERRARA:

*"la stima deve determinare il valore reale, cioè il valore che la cosa ha per ognuno in qual determinato tempo e luogo, il valor che la cosa ha in commercio, e può realizzarsi con l'alienazione di essa (prezzo del mercato)" (Tratado, pág. 857, nº 180).*

Nem se diga, como o Professor GALENO LACERDA, que *lucro, na acepção própria, é diferença entre preço de custo e preço de venda, de coisa ou de serviço, diferença, evidentemente, em dinheiro (A Juris, nº 4, pág. 97), tratando-se, portanto, sempre de dívida de dinheiro, porque não é menos certo que nossa lei civil manda repor o credor na situação em que se encontrava antes do evento danoso e só se consegue isto se a avaliação também dos lucros cessantes ocorrer no momento do pagamento.*

Na atualização do valor dos danos, nada se corrige; apenas se coloca o credor na situação em que estaria, se não ocorresse o ato ilícito que lhe acarretou prejuízo. Portanto, não se pode falar em correção monetária e, nem tampouco, em pedido novo ou inovação da sentença exequiênda. A chamada aqui correção monetária não passa de mero elemento do cálculo da parcela indenizatória. Não se confunde com verba indenizatória distinta, o que constituiria extensão do pedido ou inovação da sentença.

Por estes motivos, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, principalmente porque a decisão está de conformidade com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal" (RTJ, vol. 81, pág. 234).

57. Por sua vez, a Egrégia Segunda Turma, decidindo por unanimidade o RE nº 86.717-RJ, em 18-3-1977, entendeu que:

“No pedido de completa indenização dos danos devidos pelo ato ilícito, se compreende a atualização dos seus valores por ocasião da execução.

Inocorrência de julgamento *extra petita*” (RTJ, 81/317).

58. O eminente relator, Ministro CORDEIRO GUERRA, esclareceu no seu voto que:

“De fato, não se pediu, na inicial, de modo explícito, a correção monetária da indenização a ser fixada, porém os autores pediram expressamente “a completa indenização dos prejuízos materiais ocasionados aos suplicantes, constantes estes dos totais danos aos mencionados imóveis, com destruição completa dos móveis, utensílios e mercadorias neles existentes, considerados os respectivos valores à data dos laudos periciais”.

O v. acórdão recorrido, ao confirmar a sentença, não aludiu à atualização da indenização, embora a admitisse pela confirmação do julgado nesta parte.

Creio que o julgamento não foi *ultra petita*, pois os autores pediram a completa indenização dos danos, e, para isso, há que se atender à atualização dos valores, sob pena de frustrar-se a indenização, quando a sentença foi prolatada cinco anos após o sinistro, e hoje já são decorridos sete anos da data do evento.

Tenho sempre reconhecido que a correção monetária nada mais é que o instrumento de identidade da moeda através do tempo.

Negada que fosse a atualização dos valores, e o dano não teria a reparação completa determinada pela lei, e pedida expressamente na inicial” (RTJ, 81/317).

59. Diante de dúvidas que tinham surgido quanto à sua posição em votos anteriores, o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE fez, por sua vez, declaração de voto, na qual afirmou:

“Hoje, estou convencido de que o pedido deve ser interpretado como abrangente da correção monetária, que, como registrou o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA, é mero instrumento de manutenção da identidade da prestação, quando alcançada pela desvalorização da moeda” (RTJ, 81/317).

60. Verificamos, pois, que, sem qualquer discrepância, ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, acolhendo a teoria das dívidas de valor, admitiram que a correção monetária nas indenizações decorrentes de ato ilícito independe de pedido expresso na petição inicial.

61. No Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, foi adotada, já há muitos anos, a teoria das dívidas de valor que foi de-

envolvida em vários votos pelos eminentes Juizes DORESTE BAPTISTA, JOSÉ CÂMARA, LUIZ FELIPE MIRANDA ROSA e SEVERO DA COSTA, conforme se verifica nas decisões proferidas no Recurso de Revista nº 593 (in *Arquivos do Tribunal de Alçada*, vol. 8, pág. 50) e nas Apelações Cíveis de n.ºs 12.780 (*Arquivos*, vol. V, pág. 204) e 21.385 (*Arquivos*, vol. IX, pág. 150).

62. Encontramos nesses julgados a afirmação mansa e pacífica no Tribunal de acordo com a qual:

“A indenização da vítima (...) configura dívida de valor, reajustável em sua expressão monetária.

.....

Eis que, na verdade, há, por força da própria definição de dívida de valor, *cabimento para a sua expressão monetária, em termos de moeda atual*, desde que demonstrada a sua não correspondência com a moeda vigente” (*Arquivos*, nº 5, págs. 204/205).

63. No mesmo sentido tem entendido o Egrégio Tribunal de Alçada que:

“Nas dívidas de valor, a correção monetária de há muito é tese vitoriosa nos nossos Tribunais, inclusive no mais alto dos nossos pretórios. Não há, pois, como subtrair, à indenização, a correção do *quantum debeatur*” (*Arquivos*, vol. 9, pág. 50).

64. Mais recentemente, a Egrégia Segunda Câmara tem entendido que:

“A atualização das pensões vencidas é de rigor, eis que se trata de dívida de valor, cujo pagamento, como de direito, deve ser feito pela moeda da data do adimplemento” (voto do Dr. Juiz NARCIZO PINTO in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada*, vol. 18, pág. 170).

65. Em relação à existência de pedido expresso na inicial, existe, todavia, divergência entre as várias decisões do Egrégio Tribunal de Alçada, que está a justificar a uniformização de jurisprudência.

66. Efetivamente, enquanto no Recurso de Revista nº 417, julgado em 6-8-1971, as Câmaras Reunidas entenderam que a correção ou atualização independe de pedido do autor, na Apelação Cível nº 76.708, a 3ª Câmara Cível decidiu, em 22-9-1977, que descabe a correção monetária, “uma vez que ela não foi incluída no pedido inicial”.

67. Existe, assim, divergência a justificar a uniformização da jurisprudência, impondo-se, no caso, a melhor tese de acordo com a qual a correção não precisa ser pleiteada explicitamente, nas dívidas de valor, pois a atualização até o momento do efetivo pagamento decorre da própria natureza do débito e constitui condição legal para que a reparação seja plena e atenda às determinações do Código Civil, no tocante ao ressarcimento dos danos.

68. A divergência foi, aliás, reconhecida, por unanimidade, pela Egrégia 1ª Câmara Cível, que entendeu estar provado na matéria o dissídio jurisprudencial.

#### V — *Da Possibilidade de Corrigir Monetariamente a Indenização na Fase de Execução*

69. Já vimos que a indenização, para ser justa, deve corresponder ao valor do prejuízo no momento em que ocorre o seu pagamento efetivo, sob pena de beneficiar o devedor, em detrimento do credor, numa época de inflação galopante.

70. Assim sendo, enquanto não paga, a dívida de valor mantém a sua natureza e deve ser reajustada para que possa atender à sua finalidade legal específica.

71. É, pois, evidente que somente o pagamento efetivo, extinguindo a dívida, exclui o reajustamento, não ocorrendo, como pensavam no passado alguns autores, uma transformação da dívida de valor em dívida de dinheiro em decorrência do julgamento. A decisão proferida em ações de responsabilidade civil traduz a quantificação do prejuízo no momento em que ela é prolatada, incluindo, pela própria natureza do débito, uma cláusula insita de revisão, que poderá, conforme o caso, ser realizada na mesma ação, na fase executória, ou em outra ação, se já concluída a fase de execução.

72. Na fase inicial da elaboração da teoria das dívidas de valor, a doutrina considerou que o trânsito em julgado da decisão que quantificou o prejuízo importava em transformar a responsabilidade em débito de dinheiro. Já tivemos o ensejo de criticar essa posição escrevendo a respeito que:

“Tal modo de entender deturpa por completo a teoria das dívidas de valor, eliminando as suas conseqüências práticas as mais importantes. É de estranhar que os autores que elaboraram a teoria da dívida de valor tivessem ficado no meio do caminho, não extraindo todos os corolários das premissas por eles estabelecidas. A evolução das correntes contemporâneas do pensamento jurídico tem sido orientada no sentido de completar a teoria das dívidas de valor, reconhecendo que tais débitos só perdem a sua natureza quando se extinguem pelo pagamento. A simples cristalização em dinheiro não transforma a natureza do débito, que continua dominado pela sua afetação, pela sua própria finalidade.

Se há mora no pagamento de uma dívida em dinheiro, é praticamente impossível calcular o prejuízo que tal mora acarreta ao credor, justificando-se, pois, o pagamento dos juros como única compensação. Já o mesmo não acontece nas dívidas de valor, em que a indenização tem finalidade específica e o

prejuízo decorrente da mora pode ser calculado pelo aumento do valor do prejuízo, ou seja, pela necessidade de um maior número de unidades monetárias para ressarcir o dano causado.

A jurisprudência italiana, num acórdão líder, reconheceu o caráter declaratório da sentença fixadora da indenização, esclarecendo que não opera novação, nem modifica a natureza do direito objeto do litígio. Acrescentou o julgado que o devedor está em mora a partir do momento em que praticou o ato ilícito e não ressarciu imediatamente o dano, e, assim, a desvalorização monetária constitui um acontecimento danoso superveniente vinculado pelo nexo de causalidade ao ato ilícito e à mora. Como no direito brasileiro admitimos também que a mora surge quando o dano é produzido e não é imediatamente ressarcido, não vemos por que não aderir integralmente à tese defendida pelo julgado italiano" (ARNOLDO WALD, *Aplicação da Teoria das Dívidas de Valor às Pensões Decorrentes de Atos Ilícitos*, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1959, págs. 55/56).

73. Concluímos, naquela ocasião, que:

"Pensamos que a exceção da coisa julgada não se aplica às dívidas de valor, já que estas só perdem o seu caráter após o pagamento, ou seja, após a extinção da dívida. Enquanto há dívida, enquanto o credor não foi indenizado, o crédito continua sendo de valor e o trânsito em julgado da sentença que fixa o seu *quantum* em nada modifica a sua natureza. Seguindo a própria orientação da doutrina francesa contemporânea, chegamos à conclusão de que a dívida de valor importa no fornecimento ao credor de uma quantia que, no momento do pagamento, deve corresponder a certo poder aquisitivo. Assim, a sentença estabelece que o responsável deve pagar à vítima ou aos seus dependentes econômicos uma quantia em dinheiro correspondente, no momento da sentença, a determinado poder aquisitivo. A parte da sentença que transita em julgado é a que fixou o valor do débito, ou seja, o poder aquisitivo que deve ser assegurado ao credor. Ao contrário, a expressão monetária deste valor se modifica de acordo com as condições econômicas e com a depreciação monetária" (ARNOLDO WALD, ob. cit., pág. 59).

74. O que caracteriza, no particular, a dívida de valor é o fato de se admitir o seu reajustamento, até final e efetivo pagamento, sem que contra essa atualização se possa invocar a coisa julgada. Na realidade, o que transita em julgado, na fase da cognição do processo, é a parte da decisão que reconhece a existência da responsabilidade e dimensiona o valor do dano, cuja expressão ou quantificação monetária é feita naquele momento, sujeita às oscilações do poder aquisitivo da moeda que possam ocorrer até o efetivo pagamento. Constitui coisa julgada a parte da decisão que condena o causador do dano a inde-



nizar a vítima. Ao contrário, o *quantum* pecuniário da condenação não transita em julgado, pois traduz tão-somente uma correspondência existente no momento em que é proferida a decisão, de tal modo que, se o devedor tivesse liquidado o débito naquele momento, tal *quantum* seria o necessário para a sua liquidação.

75. A decisão judicial que constitui coisa julgada é a que condena o devedor a pagar ao credor um poder aquisitivo determinado, representado no dia do julgamento pelo número de unidades monetárias que constam da sentença ou do acórdão. Assim, transita em julgado o valor ou poder aquisitivo que o devedor deve fornecer ao credor, mas não a sua expressão em dinheiro, que deverá ser reajustada e retificada sempre que for modificado o poder aquisitivo da moeda. Estamos diante de uma situação parecida com a da condenação do réu ao pagamento de uma dívida em moeda estrangeira, quando a sentença, determinando o pagamento de um certo número de dólares, acrescenta que essa importância, naquele momento, corresponde a tantos cruzeiros. O que transita em julgado é o número de dólares cujo pagamento deverá ser feito de acordo com a taxa do câmbio do dia do efetivo pagamento (art. 947, § 3º, do Código Civil), sendo o valor calculado em moeda nacional no dia da decisão um simples parâmetro para posterior aplicação da percentagem da variação cambial até a data do efetivo pagamento.

76. Este aspecto peculiar das dívidas de valor não tem merecido o adequado estudo no direito pátrio, embora os tribunais tenham admitido amplamente a revisão do valor da condenação em cruzeiros, independentemente de qualquer recurso das partes, como em seguida comprovaremos.

77. Na doutrina estrangeira fez-se a oportuna distinção entre as duas partes que existem na sentença proferida em ação de responsabilidade civil: a primeira de caráter declaratório, reconhecendo o direito do autor à indenização, e a segunda de natureza constitutiva, transformando e cristalizando a dívida ilíquida num débito certo e líquido. Os autores entendem que, enquanto a primeira parte da sentença (declaratória) transita em julgado, o mesmo não acontece com a transformação em unidades monetárias do valor do débito.

78. No campo processual, coube à jurisprudência e à doutrina italianas desenvolver a teoria das dívidas de valor, definindo adequadamente as suas conseqüências.

79. Assim, a Corte de Cassação italiana, em decisão de 10-8-1946, consagrou essa bipartição da sentença que está vinculada à teoria das dívidas de valor, e mandou calcular a indenização de acordo com o valor do dano no dia da liquidação. Foi a seguinte a ementa do acórdão:

“Para fins de ressarcimento do dano, a sua extensão deve ser definida no dia do evento danoso e o cálculo do equivalente pecuniário deve ser feito no dia da liquidação da dívida, tomando-se em consideração a desvalorização da moeda.

O crédito ainda não liquidado numa soma de dinheiro não está sujeito ao princípio nominalístico" (*Rivista di Diritto Commerciale*, abril/junho 1947, n.º 4-6, pág. 103 da parte jurisprudencial).

80. O acórdão, que mereceu interessante comentário do Professor PAULO GRECO, da Universidade de Turim, concluiu que, nas dívidas de valor, a *aestimatio rei* (avaliação do prejuízo) devia ocorrer na data da efetiva liquidação, ou seja, do pagamento.

81. Dentro da mesma linha, três anos depois, em 20-6-1950, a mesma Corte decidiu que:

"Por se tratar de obrigação de ressarcir o dano decorrente de fato ilícito, que tem as características de dívida de valor, **DEVE O MAGISTRADO "EX OFFICIO" TOMAR EM CONSIDERAÇÃO A DESVALORIZAÇÃO MONETÁRIA**, mesmo quando verificada **APÓS O TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO**" (*Rivista di Diritto Processuale*, 1951, nº VI, pág. 173).

82. O acórdão, após fazer a distinção entre dívidas de dinheiro e de valor, salienta que o princípio nominalístico só se aplica àquelas, e que o objeto destas é um valor abstrato representado por uma certa soma de dinheiro, mas que com ela não se identifica, a não ser num momento determinado, devendo a sua expressão monetária concreta acompanhar as flutuações do poder aquisitivo da moeda, até final pagamento, para que haja a restituição integral em favor do lesado.

83. Na realidade, a jurisprudência italiana já era, naquela época, mansa e pacífica no sentido de onerar o devedor com os riscos decorrentes da desvalorização monetária, até o efetivo pagamento do débito nos casos de responsabilidade por ato ilícito. A importância do acórdão de 1950 decorre de ter sido o primeiro a admitir expressamente a desvalorização posterior ao trânsito em julgado da sentença, o que fez com o argumento irresponsável de que a simples conversão em dinheiro ou cristalização do débito de valor não transforma a natureza da dívida, pois não beneficia o credor, que continua sem ter a disponibilidade do seu crédito, arcando, pois, conseqüentemente, com a desvalorização da moeda, até o final e efetivo pagamento. Esclareceu o acórdão que o cálculo ou a sentença de conversão ou cristalização, que transforma o débito ilíquido de valor em dinheiro, só tem caráter declaratório da equivalência naquele momento, não podendo ser considerado como novação, ou seja, transformação de dívida de valor em dívida de dinheiro.

84. O acórdão de 1950 mereceu importante comentário de FRANCESCO CARNELUTTI, publicado na mesma revista (*Rivista di Diritto Processuale*, 1951, pág. 173), no qual defende a decisão do mais alto tribunal italiano, contra as críticas que lhe foram feitas. Entende o eminente processualista que não houve violação da coisa julgada, pois o julgamento que converte a dívida de valor em débito de dinheiro tem

“eficácia puramente declaratória”, eis que o acertamento não tira à dívida de valor as suas características, criando tão-somente uma faculdade de solução, mediante o pagamento, naquele momento, de uma certa quantia de unidades monetárias. Não há, no caso, novação da natureza do débito, que conserva as suas características originárias, até o final e efetivo pagamento. CARNELUTTI atribui à sentença que homologa a conversão um caráter “fundamentalmente declaratório”, tratando-se de uma sentença “de acertamento” e não de uma decisão determinativa (revista citada, pág. 175). Nela, o juiz acerta a quantidade de unidades monetárias que, naquele momento, correspondem ao valor do dano, estabelecendo uma equivalência entre dois débitos — a obrigação originária e o débito sucedâneo ou sucessivo.

85. Aceitando a teoria das dívidas de valor, lembra CARNELUTTI que haveria, em tese, três momentos aceitáveis para que neles se fizesse a avaliação do dano: o *dies obligationis*, o *dies aestimationis* e o *dies solutionis*. E acrescenta o eminente mestre do direito processual: “Ma in logica sono due solamente: la prima e la terza; la soluzione intermediaria è dovuta alla necessità, non alla giustizia” (Revista citada, pág. 176). Conseqüentemente, para o autor italiano, correndo a depreciação por conta do credor, impor-se-ia a avaliação no *dies obligationis*, enquanto, se fosse por conta do devedor, a avaliação deveria ser realizada no *dies solutionis*, não havendo meio-termo possível dentro da lógica. Na realidade, a liquidação no *dies aestimationis* corresponde a uma necessidade prática por ser ignorado pelo juiz e imprevisível o dia do efetivo pagamento. Assim sendo, conclui CARNELUTTI, ao escolher o *dies aestimationis*, o juiz exclui o *dies obligationis*, que conhece, mas não afastou a avaliação no *dies solutionis*, cuja data exata ele não pode prever. Poder-se-ia dizer que o magistrado presumiu a coincidência entre ambas as datas (dia do julgamento e do pagamento), pois ao magistrado não cabe prever a possibilidade de descumprimento de sua decisão e estabelecer as sanções decorrentes.

86. Assim sendo, o problema processual básico consiste em saber se a conversão realizada no *dies aestimationis*, que pode conter um erro de previsão, quanto à efetiva liquidação da qual é um sucedâneo não satisfatório, implica ou não em preclusão, que impeça qualquer modificação ou correção posterior do cálculo. Presume o processualista italiano que o juiz, ao fixar o valor da indenização, partiu da idéia de ser o mesmo pago de imediato, de modo que, por este motivo, só transferiu para o devedor a desvalorização monetária já ocorrida até àquele momento. Assim sendo, dentro da lógica da própria sentença e de acordo com os princípios jurídicos que a inspiraram, caberia manter e aplicar a mesma regra para o futuro, atribuindo-se, sempre, ao devedor, o risco da variação do poder aquisitivo da moeda. Se houve a correção entre o *dies obligationis* e o *dies aestimationis*, essa atualização também se impõe entre o *dies aestimationis* e o *dies solutionis* (data do efetivo pagamento). Só não poderia ocorrer tal fato se o juiz tivesse de modo expresso excluído a correção futura. Para CARNELUTTI, a ausência de preclusão na matéria decorre do fato de ser a depreciação posterior

à sentença fato novo, não previsto nem apreciado pelo juiz na sua decisão, constituindo questão nova, ou seja, matéria não pré-questionada e conseqüentemente não abrangida pelo julgamento anterior.

87 bis. Encontramos posições análogas no direito francês. Efetivamente, a lei de 17 de maio de 1960, que modificou os arts. 548 e 549 do Código Napoleão referentes às restituições, determinou expressamente que:

“Si les dits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement.”

88. Parte da doutrina francesa defende a interpretação extensiva dessas normas e, cotejando-as com as demais que compõem o sistema, conclui que a idéia de dívida de valor impõe a fixação da indenização na data do efetivo pagamento, acrescentando que qualquer estimação anterior do prejuízo não impede que o cálculo final seja feito no momento da real liquidação do débito. Considera, ainda, que a existência de conversão anterior da dívida de valor em soma em dinheiro não importa em novação ou transformação da natureza do débito (v. GEORGES L. PIERRE FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur*, obra já citada, especialmente págs. 193 e seguintes, 197 e 389 a 409).

89. Retomando a lição da Corte de Cassação italiana e de CARNELUTTI, no sentido da inexistência da coisa julgada no tocante às dívidas de valor, o Professor Jean Carbonnier escreve, por sua vez, que:

“On pourrait dire encore que le jugement qui a statué sur la responsabilité n'a d'autorité de chose jugée que quant à la dette de valeur du responsable, non quant aux différentes expressions monétaires que cette dette peut revêtir” (*Droit civil*, tomo II, Paris, Presses Universitaires de France, 1959, 2ª edição, § 88, pág. 302).

90. No Brasil, a doutrina já vinha entendendo que não transita em julgado a expressão monetária da indenização decorrente de ato ilícito, como se verifica pelas lições de PONTES DE MIRANDA e de LOPES DA COSTA.

91. No seu *Tratado de Direito Privado*, escreve a respeito PONTES DE MIRANDA que:

“Pode-se tratar de custo de uma só mercadoria, ou de duas ou mais. Então, têm-se de conhecer o preço na data da con-

clusão do contrato (ou outra data que se preestabeleceu) e o preço na data do adimplemento na dívida (ou outra data que se preestabeleceu). *Qualquer avaliação intercalar é provisória, razão por que se têm de corrigir ou atualizar os cálculos. Se houve sentença que aprovou a avaliação, ou homologou o cálculo, ou ainda se pode, antes do trânsito em julgado, emendar, ou a mora do demandado dá ensejo a juros e a prestação da diferença entre o que foi base para o quanto adotado pela sentença e o preço que vige ao tempo do adimplemento.* Para que tal pedido — feito nos próprios autos — seja deferido, basta que se invoque o art. 956 do Código Civil: “Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058).”

E acrescenta o eminente mestre:

“Sempre que se trata de indenizar por fatos ilícitos ou lícitos, o *valor* que há de cobrir os danos tem de ser o do momento do adimplemento. Daí a necessidade de se corrigirem (porem em dia) as avaliações. Passa-se o mesmo com as indenizações por desapropriação, que são indenizações por atos lícitos, como as indenizações a que se refere o art. 1.519 do Código Civil (art. 160, II). Sempre se há de verificar se foi satisfatório o adimplemento, ou se somente dependia do credor levantar o depósito suficiente. Enquanto não ocorrer isso, acarreta com a mudança de circunstâncias o devedor, como lhe corre a responsabilidade pela mora.

Nem sempre a avaliação, que a sentença aprovou, tem de ser imutável, porque pode a desvalorização do dinheiro ter sido entre a sentença e o julgamento do recurso. O demandante há de pedir que o tribunal *ad quem* mande que se proceda à retificação, se o recurso foi interposto pelo demandado; ou, se o recurso foi interposto pelo demandante, a retificação ou foi matéria do recurso, ou decorreu tempo para se operar a desvalorização, devido a protelação do demandado, quando lhe foi exigido, o que lhe permite formular o pedido depois da própria decisão no recurso” (*Tratado de Direito Privado*, vol. 26, 2ª edição, Rio, Borsoi, 1959, págs. 291 e 293).

92. Dentro da mesma orientação, LOPES DA COSTA nos deixa entender que o aumento do custo de vida, ou seja, a diminuição do poder aquisitivo da moeda, justifica a modificação da decisão judicial, mesmo quando já transitou em julgado. Esclarece, a respeito, o eminente processualista que:

“A coisa julgada abrangerá apenas a causa remota que definiu a pretensão. Variando tal causa, a demanda com o mesmo objeto pode ser repetida tantas vezes quantas tal variação for possível” (LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, vol. III, págs. 124-125).

93. A jurisprudência brasileira firmou, na matéria, o princípio de acordo com o qual, enquanto não efetivado o pagamento, pode a decisão judicial ser reformada no tocante à expressão monetária do débito de valor.

94. O Supremo Tribunal Federal examinou, inicialmente, o problema da correção em execução nas desapropriações, entendendo, de modo manso e pacífico, que “sobre a indenização fixada incidirá a correção monetária ainda em fase de execução (...)”

95. A matéria tornou-se mansa e pacífica em ambas as Turmas e no Plenário do Excelso Pretório, conforme se verifica pelas decisões proferidas nos RE 64.620 (RTJ, 51/313), 69.635 (RTJ, 55/868), 65.167 (RTJ, 51/697), 70.752 (RTJ, 57/351), 65.546 (RTJ, 55/94), 75.830 (RTJ, 69/802) e 80.353 (RTJ, 75/586) etc.

96. Num dos primeiros acórdãos que tratou da matéria, o Excelso Pretório, em decisão plenária, entendeu que cabia a “aplicação do critério corretivo; na Segunda Instância, ao ser apreciado o recurso de ofício (independentemente de apelação do expropriado), como meio de dar maior eficácia ao princípio constitucional da justa indenização” (RE nº 63.218 in RTJ, 49/470).

Conforme evidencia o voto do relator, tratava-se de hipótese em que a União invocara a ofensa à coisa julgada, pois o expropriado não tinha recorrido da sentença de primeira instância e, não obstante, o Tribunal Federal de Recursos, ao conhecer do recurso *ex officio*, determinara a correção monetária. No seu voto, o eminente Ministro VICTOR NUNES LEAL ressaltou os argumentos da recorrente, esclarecendo que:

“Na correção monetária, portanto, não existe um verdadeiro acréscimo da indenização, mas um novo método de compensação da mora do expropriante. Interpretando-se conjuntamente os dois dispositivos constitucionais (referentes à justa indenização e ao respeito da coisa julgada), resulta que a lei, bem como, no caso concreto, o acórdão, não violaram o princípio constitucional da coisa julgada. Do mesmo modo não ofende a coisa julgada a jurisprudência do Supremo Tribunal, que considera os juros da mora incluídos, implicitamente, na condenação” (RTJ, 49/471).

97. Dentro dessa mesma ordem de idéias, são numerosos os acórdãos do nosso mais alto Tribunal que determinaram a correção monetária *ex officio*, na fase da liquidação, interpretando construtivamente a alusão da lei à necessidade de corrigir a indenização até a “decisão final”, considerada esta como sendo a sentença proferida no momento da liquidação. Essa interpretação, que defendemos, a partir de 1966 (Parecer in *Revista do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, vol. XIII, pág. 417, e *Revista dos Tribunais*, vol. 370/52), foi adotada

pelo Excelso Pretório, sob a influência dos eminentes Ministros ALIOMAR BALEEIRO e AMARAL SANTOS, conforme se verifica pelas decisões proferidas nos RE n.ºs 64.620—SP, 65.014—SP e 65.156—SP, todas publicadas no *Sumulário da Jurisprudência sobre Correção Monetária no Supremo Tribunal Federal*, de JARDEL NORONHA e ODALEA MARTINS, no vol. I, respectivamente, às páginas 429, 441 e 453.

98. Na última das decisões citadas, da qual foi relator o eminente processualista Professor MOACYR AMARAL SANTOS, teve ele o ensejo de esclarecer os fundamentos do seu voto nos seguintes termos:

“Discute-se a inteligência da expressão “decisão final” no dispositivo transcrito.

O acórdão, em maioria, entendeu que por decisão final se considera a que fixa o valor da indenização. A recorrente e, com ela, o voto vencido do Ministro CAMPOS GOUVEIA (fls. 49) entendem que é aquela a que alude o art. 29 da Lei de Desapropriações. Perfilham esta orientação ARNOLDO WALD (*Revista dos Tribunais* 370/52), CELSO NEVES (*Revista dos Tribunais* 376/71) e o Ministro FLÁVIO TÓRRES, que preferiu o despacho que admitiu o recurso extraordinário.

A expressão “decisão final” não é daquelas que permitem ser conceituadas de modo genérico. “Decisão final” é a que encerra o processo, seja terminativa, sem julgamento do mérito, seja definitiva, pelo julgamento do mérito. “Decisão final” pode ser entendida como a da qual não caiba recurso ordinário, como a que é suscetível de recurso extraordinário ou de recurso de revista (Código de Processo Civil, art. 853). “Decisão final”, sob um critério restritíssimo, seria a que transita em julgado.

A conceituação do que seria “decisão final”, na ação de desapropriação, ainda exigiria indagações da natureza desta, na consonância das modernas teorias processualísticas: ação condenatória, ação constitutiva. Considerada ação condenatória, aquela expressão diria respeito à decisão final da ação de conhecimento ou da ação de execução? Considerada como ação constitutiva a desapropriatória, onde haveria execução propriamente, senão execução imprópria, se a sentença se realiza de ofício, não por provocação do interessado? Estas e outras questões teóricas, ignoradas pelo legislador, tornam assaz confusa a expressão “decisão final” por ele ali empregada.

Já votei neste Tribunal sustentando que, no processo desapropriatório, “decisão final” é a decisão, de primeiro ou segundo grau, que fixa o valor da indenização. É a ela e não outra, aliás, a que se refere o art. 29 do Decreto-Lei nº 3.365.

Hoje revejo meu ponto de vista, para reformulá-lo, afastando-me da doutrina em troca de uma interpretação finalística do § 2º do art. 26 da referida lei.

Esse parágrafo, com a redação que lhe deu a Lei nº 4.686, se insere no art. 26, que estabelece orientações dirigidas ao juiz quanto à apuração do valor da indenização. Funda-se na disposição constitucional que manda que a indenização seja *justa*. Outra não foi a sua finalidade. De tal forma, quando por ocasião da decisão fixadora do preço da indenização se verificarem os pressupostos para a determinação da correção monetária, a própria decisão, mesmo de ofício, deverá determiná-la. Quando, entretanto, após a decisão definitiva, ou de mérito, de primeira ou segunda instância, se houver de fazer o cálculo das indenizações, o qual deverá ser homologado por sentença, nesta verificará igualmente o juiz aqueles pressupostos, para somente proferi-la após a devida correção monetária, sendo o caso. Nesse sentido, a meu ver, deve ser entendida a expressão “decisão final”, constante do § 2º do art. 26 da Lei de Desapropriações” (*Sumulário*, já citado, pág. 456).

99. No julgamento do RE nº 65.329—GB, em 5-5-1969, ocorreu discussão de conteúdo idêntico, na qual o Ministro THEMISTOCLES CAVALCANTI, que anteriormente divergira da maioria, a ela aderiu para determinar a correção até o pagamento, proferindo o seguinte voto:

“Conheço do recurso, porque a maioria dos votos, notadamente do eminente Ministro LUIZ GALLOTTI, no RE nº 65.346, julgado em 19-3-69, fundou-se naquele preceito constitucional para reconhecer direito a correção monetária até a data do pagamento.

E, como essa decisão foi quase unânime, firmando doutrina, a ela me submeto e assim conheço do recurso e lhe dou provimento para assegurar a correção até a data do pagamento.”

Na mesma ocasião, tendo divergido o Ministro ELOY DA ROCHA, que entendia dever o prejudicado pleitear o seu direito em ação própria, respondeu-lhe, com especial felicidade, o Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA, invocando o princípio da economia processual e concluindo:

“O eminente Ministro ELOY DA ROCHA divergiu do ponto de vista do Relator, não conhecendo do recurso. Argumentou S. Exª que, havendo a decisão final concedido a correção monetária até a data do *juízo*, não seria possível, através do *recurso extraordinário*, estendê-la até o momento do efetivo pagamento, porque isso equivaleria a transcender os limites desse recurso ou executar o julgado, além do que o mesmo exigiria. Para S. Exª, somente em ação própria será possível pleitear essa ampliação da correção monetária, que o acórdão recorrido não possibilitou.



É, tecnicamente, irrepreensível o raciocínio do eminente Ministro ELOY DA ROCHA. *Mas remeter para uma ação própria essa segunda etapa de indenização, que deve ser um desdobramento da primeira, seria, não somente retardar o desfecho do processo, como penoso e dispendioso para as partes. Melhor, mais econômico e mais cômodo para os interesses em jogo será adotar-se o pensamento contido no acórdão padrão, a que se reportou o eminente Relator, e que não é mais do que o eco da nova orientação traçada pela jurisprudência, já hoje dominante neste Pretório Excelso*" (Sumulário, já citado, vol. I, págs. 466 e 467).

100. A tese do Supremo Tribunal Federal foi sendo progressivamente aplicada, não só às desapropriações propriamente ditas, mas, também, às desapropriações indiretas (Sumulário, citado, vol. I, págs. 429 e 441, e vol. II, pág. 493), e, finalmente, às indenizações decorrentes de atos ilícitos, por haver identidade de regime jurídico entre todas as dívidas de valor.

101. Já vimos que, ainda em 1976, no RE nº 84.844, do qual foi relator o Ministro CUNHA PEIXOTO, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, na ação de indenização por ato ilícito, podia ser aplicada a correção monetária para atualização do valor da indenização *ex officio*, independentemente de recurso da parte (RTJ, 81/232 e nº 56 do presente estudo).

102. Pouco tempo depois, em 13-12-1977, ao julgar o RE nº 86.965—MG, reafirmou a Primeira Turma do Excelso Pretório a mesma tese, complementando os seus fundamentos doutrinários e equiparando expressamente as soluções dadas no tocante a desapropriações e à responsabilidade civil. No seu voto, que foi acompanhado, por unanimidade, pela Turma, o eminente Ministro SOARES MUÑOZ escreveu que:

*"A sentença exequiênda, proferida há nove anos atrás, não excluiu a correção monetária; apenas a ela não se referiu, mas, tendo condenado a ré a pagar as perdas e danos que a liquidassem em execução, tacitamente, inclui a correção monetária no caso de demora no pagamento, sob pena de a indenização perder a propriedade de ressarcir as perdas e danos, considerado o valor destas, ao tempo do adimplemento.*

Ademais, consoante já tive ocasião de acentuar quando integrava o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, respondendo à objeção consistente em não ter o acórdão exequiêndo feito expressa referência à correção monetária:

*"Ocorre que a doutrina moderna a respeito da coisa julgada é toda ela no sentido de que a sentença produz coisa julgada, tendo em vista os fatos contemporâneos ao momento em que foi prolatada.*

Essa é a teoria moderna da coisa julgada, exposta por JAMES GOLDESCHMIDT: "la fuerza de cosa juzgada material alcanza a la situación jurídica en el estado en que se hallare en el momento de la resolución (§§ 323, II, y 767, II) no teniendo, por la tanto, influencia sobre los hechos que sobrevengan despues" in *Derecho Procesal Civil*, pág. 390, trad. 1936).

Portanto, se no período compreendido entre a ocorrência do ato ilícito e o da liquidação das perdas e danos, a moeda se desvalorizou, nada impede seja atualizada a indenização de conformidade com a realidade, eis que se cuida de repor o patrimônio do lesado no estado em que se achava antes do advento ao ato ilícito.

JULIAN CHACEL, MARIO HENRIQUE SIMONSEN e ARNOLDO WALD escreveram interessante monografia sobre correção monetária. No subtítulo *Da Revisão das Indenizações Após o Trânsito em Julgado da Sentença Condenatória*, observam os mencionados autores: "que, tratando-se de dívida de valor, a decisão condenatória transita em julgado, mas o *quantum monetário* correspondente ao valor continua sendo reajustável até o efetivo pagamento de cada prestação, como se se tratasse de uma dívida em moeda estrangeira, cujo valor cambial tivesse que ser apurado no dia da liquidação real, ou seja, do pagamento" (pág. 207).

O 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar os Embargos Infringentes nº 141.162, decidiu que o trânsito em julgado da sentença inicial não impede a revisão do *quantum* da indenização (apud *Correção Monetária*, pág. 209).

PONTES DE MIRANDA reconhece: "Sempre que se trata de indenizar por atos ilícitos ou lícitos, o *valor* que há de cobrir os danos tem de ser o do momento do adimplemento. Daí a necessidade de se corrigirem (porem em dia) as avaliações" (in *Trat. de Dir. Priv.*, 29/292).

Assim o trânsito em julgado da sentença condenatória não constitui óbice a que se aplique a correção monetária, eis que esse trânsito opera dentro dos fatos contemporâneos, ao momento em que foi prolatada a sentença" (in *Rev. de Jurisprudência do TJRS*, vol. 38, pág. 142).

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário pelo permissivo da letra *d* e lhe dou provimento, para restaurar a sentença de liquidação de fls. 559, no ponto concernente à correção monetária" (*RTJ*, vol. 84, pág. 1.041).

103. Por sua vez, o Egrégio Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro tem, em vários acórdãos, adotado a posição do Supremo Tribunal Federal, consagrando a aplicação da correção monetária na fase executória da sentença. Neste sentido, se manifestou, ainda recentemente, a Egrégia Primeira Câmara Cível, ao julgar a Apelação Cível nº 81.774, cuja ementa é a seguinte:

“Execução de sentença — Recurso — Correção Monetária.

Dívida de valor — Possibilidade da revisão do cálculo para o fim de se atualizar o *quantum* da execução, decorridos mais de dez anos da decisão exequenda. É a seguinte a decisão proferida:

“Em execução de sentença, foi pleiteada a correção monetária, tendo em vista que as pensões ficaram reduzidas ao valor, de hoje, de uma corrida de táxi.

A delegada na execução não decorreu de qualquer omissão das exequentes, e, sim, da resistência da executada, além dos incidentes que se prolongaram durante mais de dez anos.

Trata-se de dívida de valor. Recentemente, acórdão do STF estabeleceu o princípio de que tal correção não depende de pedido, e faz parte da natureza da dívida, em se tratando de dívida de valor.

Daí o provimento do recurso, na forma estabelecida acima. Os juros legais incidem sobre o total corrigido. Rio de Janeiro, 30 de maio de 1978. — FERNANDO CELSO GUIMARÃES, Presidente e Revisor. RUI OCTAVIO DOMINGUES, Relator” (*Revista de Jurisprudência — Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro*, nº 18, pag. 98).

104. Assim sendo, entendemos que, também no particular, cabe a uniformização de jurisprudência, justificando-se a aplicação da correção, na fase de liquidação, de tal modo que, no momento do pagamento, o *quantum* recebido pelos autores tenha o poder aquisitivo correspondente ao prejuízo que sofreram.

105. Sensível à lacuna, ainda, existente no campo de incidência da correção monetária, o Congresso Nacional aprovou o Projeto nº 1.996-C, que se transformou na Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981.

Esse diploma veio consagrar toda a construção jurisprudencial acerca da correção monetária para estabelecer a incidência indiscriminada da indexação a débitos de qualquer natureza, desde que ajuizados. Não entendeu o legislador, aliás, acertadamente, que a correção monetária de débitos não submetidos à apreciação judicial devesse sofrer os índices de reavaliação da moeda, eis que o objetivo da lei é justamente evitar que o credor sofra com a demora na solução do processo, causada

muitas vezes por expedientes processuais de iniciativa do credor. Trata-se, por conseguinte, de lei eminentemente processual, não se destinando a regular privatisticamente os negócios entre particulares.

A evolução no Congresso Nacional do projeto que originou a nova lei não foi pacífica. Seu texto inicial previa que o cálculo da correção monetária "nas ações decorrentes de ato ilícito teria início a partir do fato originador da demanda", demonstrando o inequívoco apego à construção jurisprudencial.

No que tange à aplicação da lei no tempo, foi proposta emenda ao projeto para fazer com que a correção monetária incidisse sobre processos cujas sentenças, ainda, não tivessem transitado em julgado. O texto aprovado e sancionado prevê, em seu artigo 3º, que "o disposto nesta lei aplica-se a todas as causas pendentes de julgamento", fazendo uso de expressão vaga e que, certamente, dará ensejo a inúmeras interpretações jurisprudenciais.

## VI — Conclusões

106. Pelo exposto, concluímos:

- a) que o direito brasileiro consagrou a teoria das dívidas de valor;
- b) que a jurisprudência e a doutrina caracterizaram a dívida de valor pela sua finalidade, a fim de evitar o enriquecimento sem causa e a protelação dos processos a assegurar a *restitutio in integrum*;
- c) que a indenização constitui dívida de valor;
- d) que, nas dívidas de valor, o *quantum* monetário do débito só se torna definitivo no momento do efetivo pagamento;
- e) que, no caso de dívida de valor, a petição inicial não deve fazer referência expressa à correção monetária que é inerente ao débito, abrangendo o pedido de reparação os seus acessórios, complementos e reajustamentos, que decorrem da lei e da própria natureza e finalidade do débito;
- f) que, nas dívidas de valor, o *quantum* fixado é uma tradução momentânea do débito, uma estimativa intercalar, que não transita em julgado e não impede a revisão *ex officio* do número de unidades monetárias devidas, que só será final e definitivamente calculado no momento do efetivo pagamento em dinheiro.
- g) A Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, determinou a incidência de correção monetária sobre dívida de dinheiro, suprimindo a lacuna jurisprudencial nesse ponto, e consagrou o reiterado entendimento jurisprudencial naquele sentido.

# Castração. Esterilização. "Mudança" artificial de sexo

ANTONIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

1. A idéia da castração quem a teve foi Semíramis
2. Transexualismo e operações de "mudança de sexo"
3. A síndrome transexual e a lei
4. Jurisprudência italiana em sentido negativo
5. E em sentido positivo
6. Situação no Brasil
7. Será válido o casamento de quem tenha mudado artificialmente de sexo?

### 1. A idéia da castração quem a teve foi Semíramis

Segundo a lenda, a castração foi introduzida pela belíssima SEMÍRAMIS, rainha assíria fundadora de Nínive e Babilônia, a fim de eliminar heranças mórbidas, difundindo-se depois em todo o Oriente, Grécia e Roma.

Além da famosa lei racista alemã de 14-7-1933, a "esterilização dos anormais" começou a ser aplicada no Estado de Indiana a partir de 1907 e atualmente na maior parte dos Estados Unidos da América: em alguns, leis de esterilização de anormais; em outros, de delinqüentes; e em outros, ainda, de ambos.

Por exigências eugênicas admite-se por toda a parte que possam ser necessárias a castração e a esterilização, lícitas em pacientes e portadores de doenças incuráveis e transmissíveis, a fim de evitar descendência de degenerados e raquíticos.

Na Europa a primeira lei foi promulgada em 1929 no Cantão de Vaud, Suíça. Do mesmo ano é a lei de esterilização da Dinamarca, segundo o exemplo da Suécia.

---

Conferência realizada na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Roma, Instituto de Direito Privado.

Em nenhum outro Estado, todavia, o problema assumiu as proporções da Índia. As autoridades, preocupadas com o índice alarmante de fome e de miséria, com 520 milhões de pessoas disputando uma porção diária de 200 gramas de arroz por pessoa, enquanto nascem diariamente 35.000 indianos, ritmo capaz de dobrar a população em 20 anos, começaram oferecendo um rádio portátil ou o equivalente em rúpias para cada cidadão que se submetesse à operação de esterilização.

Não obtendo a campanha o êxito esperado, o governo decidiu realizá-la à força, obrigando os funcionários públicos e professores a indicar cada um cinco "voluntários", sob pena de suspender seus ordenados ou demiti-los sumariamente.

O terror ocasionado pelos sete milhões de esterilizações efetuadas em 1976 levou milhões de pessoas a se refugiarem nas florestas e transformou-se num problema político tão grave que influenciou decididamente na derrota de Indira Gandhi nas eleições de março de 1977.

Aumenta, todavia, no mundo inteiro, o número de esterilizações voluntárias não só de homens como de mulheres, mesmo nos países onde tais operações são proibidas.

Segundo uma notícia proveniente de Roma e publicada pela imprensa mundial de 12-11-78, a esterilização voluntária feminina assumiu a posição de método de controle da natalidade mais difundido: cerca de 84 milhões de pessoas já o teriam utilizado e, de acordo com as previsões, em 1985, mais de 200 milhões de casais o escolherão como o sistema mais eficaz para evitar filhos.

Todavia, o problema específico da castração assume aspecto de plena atualidade, como decorrência da mudança artificial de sexo.

## **2. Transexualismo e operações de "mudança de sexo"**

A confirmação do fato de que o sexo é um conceito plurivectoral, resultante de diferentes fatores — genéticos, sociais, psicológicos —, encontra-se em casos de indivíduos que reúnem, no corpo, todas as características orgânicas de um determinado sexo, enquanto que seu psiquismo tende irresistivelmente na direção do de sexo oposto.

Teremos, então, as hipóteses dos travestis ou fetichistas, que sentem necessidade de usar roupas, atitudes e complementos do sexo oposto, ostentando a aparência do mesmo: homossexuais, que se realizam somente com as pessoas do próprio sexo, e transexuais, que possuem toda a disposição psíquica e afetiva de sexo contrário, mas não se conformam com a própria condição.

Por isso o comportamento deles é diferente: repudiam o sexo para o qual se apresentam "instrumentalmente" dotados, não só pelo seu comportamento, mas também biologicamente, usando como recurso extremo, quando o tratamento clínico não resulta eficaz, a providência da cirurgia, no esforço de viver normalmente integrados ao sexo psíquico ao qual sentem pertencer.

CAULDWELL, estudando em 1949 o estado psíquico do indivíduo cuja meta principal é a mudança de sexo, chamou-o de "síndrome de psicopatia transexual", expressão esta que viria a ser consagrada por HARRY BANJAMIN e, desde então, usada por todos.

JACQUELINE PETIT, num estudo completo, "L'Ambiguité du Droit Face au Syndrome Transsexuel", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1976, recorda a "bomba" que estourou na imprensa mundial nos primeiros dias de dezembro de 1952: a cirurgia à qual se submeteu o ex-soldado e combatente americano GEORGE JORGENSEN, para "passar" ao sexo feminino, assumindo o nome de CHRISTINE. O autor da operação, CHRISTIAN HAMBURGER, anunciou que o problema da conversão sexual estava definitivamente resolvido em todos seus aspectos plásticos, anatômicos, sexuais e psicológicos.

Recebeu 465 cartas, em dinamarquês, holandês, inglês, francês, alemão, italiano, norueguês, português, espanhol e sueco, com base nas quais escreveu um minucioso relatório.

### 3. A síndrome transexual e a lei

Segundo a lei sueca de 21-4-72, relativa à determinação do sexo em certos casos, § 1º, aquele que, transcorrida a juventude, demonstra não pertencer ao sexo no qual é registrado, que se comporta há muito tempo desta maneira e que se possa presumir que assim viverá para o futuro neste rol sexual, poderá, a seu pedido, obter a verificação de que pertence ao outro sexo. Semelhante comprovação é lícita independentemente do fato de a pertinência sexual do solicitante ter sido precedentemente verificada em conformidade com o § 2º

A verificação, segundo o § 1º, não é lícita a menos que o requerente que tenha completado 18 anos tenha sido esterilizado ou seja incapaz de procriar por outras razões.

§ 2º — Aquele que tenha tais deformidades em seus órgãos genitais, que levantem dúvidas quanto ao seu sexo, pode requerer sua verificação segundo o § 1º, contanto que isto seja compatível com o desenvolvimento dos órgãos sexuais e se uma correção das deformidades pode ser efetuada de modo que os órgãos sexuais correspondam melhor ao sexo desejado, ou se, não sendo desejável a correção, a atribuição de sexo corresponde melhor à constituição física geral do requerente.

Aquele que tiver 18 anos completos, ou que, mais jovem, não esteja mais sob tutela, deve pessoalmente requerer segundo o § 1º. Nos outros casos, o pedido deve ser feito pelo tutor. Se o requerimento diz respeito a jovem com mais de 12 anos, a verificação não será lícita a não ser com o consentimento do mesmo.

§ 3º — A verificação segundo os §§ 1º e 2º só poderá ser solicitada por cidadão sueco não casado.

§ 4º — Quem quer que pense solicitar a verificação na conformidade dos §§ 1º e 2º só poderá obter uma intervenção em seus órgãos genitais após autorização especial, com a finalidade de adaptá-los ao sexo oposto.

A autorização só poderá ser concedida quando estejam reunidas as condições para obtenção da verificação.

O pedido de autorização deve ser feito por quem requer a verificação. Será aplicável a determinação do § 2º, alínea 2, frase 3.

Se, até o momento da concessão de autorização, não for indicado nenhum médico, a intervenção será feita em hospital por um médico funcionário do mesmo.

Existem prescrições especiais para a esterilização e a castração.

§ 5º — A questão da verificação de acordo com os §§ 1º e 2º ou da autorização, na conformidade do § 4º, será resolvida pela autoridade social suprema (Socialstyrelsen).

§ 6º — Contra as decisões da autoridade social poder-se-á recorrer ao tribunal administrativo.

§ 7º — Quem estiver envolvido em negócio previsto por esta lei não poderá pronunciar-se, sem autorização, sobre aquilo que venha a conhecer sobre a vida particular do interessado. Quem transgredir conscientemente ou por negligência será punido com multa ou detenção até um ano. O ato de citação só será apresentado a pedido da vítima ou se o interesse público exigir uma ação penal.

§ 8º — Quem, contrariamente a esta Lei, pratique, cientemente e por negligência, uma intervenção na conformidade do § 4º será punido com multa e pena de detenção de até seis meses, se o fato não for punido segundo o Código Penal.

A lei alemã de 15-8-1969, sobre a castração voluntária e outros métodos terapêuticos, dispõe, no § 2º, que a mesma não é suscetível de ser reprimida penalmente, se este tratamento, a juízo da ciência médica, for indicado para prevenir, sarar ou aliviar a pessoa de doenças, perturbações ou sofrimentos psíquicos graves ligados à sexualidade anormal. O interessado deve ter 25 anos e manifestar um consentimento livre e esclarecido sobre o ato terapêutico oferecido, após informação sobre a natureza e gravidade dos riscos inerentes à operação.

A lei dinamarquesa de 11-5-1935 permite a castração voluntária de pessoas cujos instintos sexuais anormais apresentem o risco de impeli-las ao crime, à decadência física, ou a graves sofrimentos morais. A transformação só pode ocorrer com a autorização do Ministério da Justiça e após um balanço clínico e endocrínico. O tratamento só é acessível aos dinamarqueses e só é praticado quando as conseqüências sejam suscetíveis de serem reconhecidas no plano jurídico.

A lei norueguesa de 1º-6-1934 admite explicitamente a esterilização de qualquer adulto cujo requerimento tenha por base uma "razão séria". O médico avalia somente a capacidade e o valor do consentimento do interessado e pode recorrer também à castração.

Na Suíça, a liceidade da operação fundada na finalidade terapêutica foi proclamada pelo Tribunal do Cantão de Neuchâtel, em 2-7-1945.

A esterilização praticada fora das indicações médicas é tolerada por acordo tácito entre médicos e autoridades mesmo sem qualquer texto oficial.



#### 4. Jurisprudência italiana em sentido negativo

Na Itália, PIETRO PERLINGIERI, *La Personalità Umana nell'Ordinamento Giuridico*, Camerino, Jovene, 1972, acentuava, à pág. 200, não ser relevante aos efeitos de direito somente o sexo psicológico, social ou biológico, mas qualquer elemento que concorra à sua complexa definição, embora "para a maior parte das hipóteses seja o perfil psicológico, ainda mais que o estrutural e biológico, que prevalece como critério qualificador da regulamentação das relações".

Justifica nestas condições a mudança do sexo não como expressão de livre e arbitrária escolha do interessado, mas como consequência de terapias e de intervenções cirúrgicas destinadas a acompanhar uma tendência natural, ou para evitar efeitos negativos sobre a saúde, como no caso de uma grave neurose, ou sobre o comportamento da pessoa.

O problema é particularmente interessante nos países como a Itália e o Brasil, que não têm legislação específica.

O Código Civil peninsular limita-se a proibir, no art. 5º, os atos de disposição do próprio corpo "quando podem ocasionar uma diminuição permanente da integridade física, ou quando contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes".

Admitindo-se que tais operações não podem mais ser consideradas contrárias à ordem pública ou aos bons costumes, "fica ao critério do intérprete decidir se a evolução científica impõe, ou não, uma ampliação do conceito de integridade física abrangendo o não menos importante de integridade psíquica". Uma atitude receptiva ao conceito de que não haja alteração da integridade físico-psíquica na extirpação de órgãos que, por qualquer motivo, não correspondem à sua destinação natural conduzirá a uma solução contrária, envolvendo o destino e a felicidade de milhares de pessoas.

A tendência em 1970 era no sentido indicado por VINCENZO MARIO PALMIERI, em "Sesso", no vol. XVII do *Novissimo Digesto*, que considerava a posição da jurisprudência italiana conforme as "exigências jurídicas e éticas da personalidade", julgando ilícitas, ocasionalmente até criminosas, as modificações arbitrárias dos órgãos copulatórios através de uma atitude postiva (ativa ou passiva) à compenetração.

Em substância, ao cirurgião seria permitido corrigir o sexo dos pseudohermafroditas, contanto que se trate de uma correção que vise melhorar as características do verdadeiro sexo, não de uma intervenção que aumente a simples aparência de um sexo inexistente.

Todavia, um balanço da jurisprudência ordinária revela que o decurso de um decênio modificou o panorama.

Uma questão de fato impõe-se com a força do inelutável: a existência de muitos casos de pessoas submetidas a operações de "mudança de sexo", com ablação cirúrgica dos órgãos sexuais externos, realizadas mais freqüentemente no exterior, principalmente em Casablanca. Os anais da jurisprudência registram até um caso de automutilação, exemplo bas-

tante expressivo do estado de desespero a que são levados estes indivíduos.

Certamente serão muito mais numerosos os casos que não chegam ao conhecimento dos Tribunais.

Diante desta situação, dois problemas se apresentam em toda a sua importância.

O primeiro é saber se uma pessoa que tenha artificialmente "mudado de sexo" pode obter do Tribunal a retificação do registro de nascimento de modo que dele possa resultar um sexo diferente daquele com o qual foi registrado.

O art. 454 do Código Civil Italiano admite a retificação dos atos de estado civil somente na hipótese de erro material quanto à identificação sexual, em virtude de sentença do Tribunal passada em julgado.

Os arts. 165 e 167 do Régio Decreto nº 1.238, de 9-7-1939, Ordenamento do Estado Civil, regulam apenas "as retificações solicitadas pelo interesse público e as que dizem respeito a erros de escrita".

Mas a legitimidade constitucional destas disposições foi posta em dúvida por um tal de LUBRANO DE CAMPAMORTE RICCARDO, que, invocando os arts. 2º e 24 da Constituição, solicitava fosse declarado que, contrariamente ao que resultava do seu registro de nascimento, ele agora pertencia ao sexo feminino.

O art. 2º reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, e o art. 24, na parte que interessa, admite que todos podem agir em juízo para a salvaguarda dos próprios direitos e interesses legítimos, determinando a lei as condições e os modos para a reparação dos erros judiciais.

Podrá reivindicar como direito fundamental e inviolável à identidade sexual quem, por meio de operação voluntária, tenha adquirido características do sexo oposto ao original?

Mencionado balanço enumera seis sentenças de jurisprudência ordinária que excluem a possibilidade de obter, por parte do transexual, a retificação dos registros de estado civil.

Três são da Corte de Cassação, Seção I, respectivamente nº 1.847, de 1º-6-1972; 3.948, de 3-12-1974, e 1.236, de 7-4-1975 (*Giur. Civil.*, 1972, I, pp. 1.978 e segs.; 1975, I, pp. 663 e segs.; *Foro It.*, 1975, I, pp. 1.687 e segs.); uma do Tribunal de Milão, de 2-10-1969 (*Nuovo Diritto*, 1970, pp. 272 e segs.); uma da Corte de Apelação de Bolonha, de 23-1-1970 (*Giur. It.*, 1971, I, 61), e, finalmente, uma do Tribunal de Palermo, de 17-3-1972 (*Dir. Fam.*, 1972, pp. 507 e segs.).

Podem ser assim resumidos seus fundamentos:

a) A transformação física, além de ser limitada aos órgãos sexuais externos, verificou-se somente em consequência de operação cirúrgica de castração com radical extirpação dos órgãos masculinos e foi sucessivamente favorecida (pelo desenvolvimento das mamas e redução do sistema pilífero) por tratamentos hormonais adequados.

**b)** Isto exclui que o pedido de mudança legal do sexo possa referir-se à hipótese de errado registro do sexo masculino ao momento do nascimento; ação não admitida pelo ordenamento positivo italiano a do reconhecimento legal da mudança de sexo, da modificação voluntária dos caracteres morfológicos genitais.

**c)** O interessado deve considerar-se pertencente ao sexo masculino não só pela ausência dos órgãos femininos internos, mas também pela presença dos cromossomos que caracterizam o sexo masculino, não podendo a psicosexualidade, orientada no sentido de atitudes mentais e de interesse de tipo feminino, exsurgir como elemento decisivo e determinante aos fins da individuação do sexo.

Chega, pois, o primeiro julgado à conclusão que:

“Não é admissível em nosso ordenamento positivo a solicitação para obter o reconhecimento de um sexo diferente daquele que resulta do registro de nascimento, não conseqüente de erro de redação do mencionado registro, mas sim em conseqüência de uma diferente realidade sexual criada por um fato voluntário do homem, mesmo baseado em substrato psico-patológico de transexualidade.”

**d)** A presença de uma sexualidade psíquica invertida não é suficiente para atribuir o sexo, em direção ao qual a psique é orientada, a um indivíduo portador, desde o nascimento, de caracteres sexuais primários e somáticos secundários do sexo masculino.

O sexo como fator incidente na capacidade jurídica é qualidade natural e não modificável ao estado da ciência.

**e)** A consciência comum fundamenta o encontro entre pessoas de sexo diferente em índices de recognoscibilidade que exige sejam naturais, certamente recusando os artificiais.

**f)** A exigência da proteção social que nasce das relações entre os dois sexos, mesmo praticadas fora do casamento não poderia ser considerada satisfeita com a anotação da modificação de sexo nos registros do estado civil (segundo julgado).

**g)** A modificação dos órgãos genitais externos, determinada por não autorizados atos de disposição do próprio corpo, e a psicosexualidade não justificam a revisão da verificação do sexo feita ao momento do nascimento e documentada no registro civil (terceiro julgado).

**h)** Perante a prevalente exigência de certeza das relações jurídicas a que o sexo da pessoa dá origem nos setores público e privado, frente às imprescindíveis necessidades de uma organizada vida social inspirada nos superiores ditames do interesse público, não pode o Tribunal deixar-se levar pela piedade do fato infelizmente já consumado e atribuir reconhecimento a uma voluntária mudança de sexo que comportaria, sob o ponto de vista jurídico, a adoção do princípio inadmissível segundo o qual o indivíduo, somente para secundar suas inclinações psíquicas, seria livre de determinar o próprio sexo.

Portanto, segundo as ementas:

“Somente a mudança dos caracteres sexuais somáticos realizada na época do desenvolvimento físico do indivíduo, apoiada pela presença de caracteres sexuais cromossômicos e gonádicos, mesmo imperfeitos, justifica a mudança de atribuição de um sexo que se revelou errônea. Da mesma maneira pode admitir-se a mudança de sexo devida a trabalho prestado pelo cirurgião a fim de ajudar o natural desenvolvimento do verdadeiro sexo do indivíduo, corrigindo imperfeições ou eventuais equívocos aparentes do sexo somático. Fora de tais hipóteses não se pode admitir a mudança de sexo pela alteração artificial e voluntária de caracteres sexuais masculinos mediante intervenção cirúrgica” (quarto julgado).

“Aos fins da atribuição a um indivíduo de um sexo diferente daquele verificado no momento do nascimento, não se pode dar relevo algum à aparência exterior de qualquer maneira criada (na hipótese, artificialmente, mediante intervenção cirúrgica)” (quinto julgado).

“Visto que a personalidade humana é, conjuntamente, psíquica e somática, não se pode falar de um direito ao desenvolvimento da própria personalidade psíquica em contraste com a somática. Em particular, é inadmissível seja atribuído relevo e proteção jurídica à vontade do indivíduo, dirigida a modificar a seu bel-prazer, segundo as suas tendências, os caracteres somáticos sexuais primários nele definidos especialmente quando tal modificação é fundamentada na voluntária intervenção cirúrgica” (sexto julgado).

## 5. E em sentido positivo

Todavia são já mais numerosos os acórdãos (em número de 8 já compilados), que admitem a possibilidade de obter o transexual a retificação dos registros do estado civil: Tribunal de Pisa, 31-12-1968, inédito; Corte de Apelação de Roma, Seção I Civ., 26-1-1970 (*Giur. Pen.*, 1971, pp. 222 e segs.); Tribunal de Pisa, 9-3-1970 (*Giur. It.*, 1971, I, pp. 66 e segs.); Corte de Apelação de Milão, 29-1-1971 (*Teml.*, 1971, pp. 92 e segs.); Trib. Lucca, 17-4-1972 (*Giur. It.*, 1973, II, pp. 374 e segs.); Trib. Pádua, 16-7-1976 (*Giur. Mer.*, 1977, I, pp. 6 e segs.); Tribunal Montepulciano, 10-2-1977 (*Giur. Mer.*, 1977, pp. 701 e segs.); comparecimento conclusional do Procurador da República em Pisa, em data de 21-1-1976, e uma sentença do Tribunal de Taranto, de 30-6-1976 (*Dir. Fam.*, 1976, pp. 212 e segs.), relativa a um caso de evolução natural das características sexuais, evidenciada por sucessiva intervenção cirúrgica.

Resumo dos seus fundamentos:

a) Para verificar se o interessado deve ser considerado de sexo masculino ou feminino, é preciso examinar a sua posição quer sob o aspecto de seus caracteres somáticos, quer da personalidade, da psique.

"Faltando às nossas leis a regulamentação jurídica de um caso como o presente, caracterizado não por um erro na determinação do sexo ao momento da redação do ato de nascimento, mas por uma diversidade existente entre uma situação surgida ao momento do nascimento e uma realidade vinda em evidência no curso da vida do indivíduo, parece certo dever-se fazer referência aos princípios gerais do direito, entre os quais está o que cada um tem direito ao reconhecimento da sua verdadeira identidade e, portanto, ao reconhecimento do sexo conforme à sua pessoa."

A aparência externa não é a única circunstância para a atribuição do sexo. "Com o lado externo, concorre o elemento psicológico". Sendo o fator psíquico e a realidade externa interdependentes (o primeiro verifica o segundo), numa estreita simbiose, a verdadeira identidade pessoal só pode ser conforme à sua natureza feminina, vindo por esse modo a ser devolvido o equilíbrio interno entre a verdadeira natureza feminina e o reconhecido (pela lei) sexo feminino (primeira sentença).

b) "Mudança de estado civil referente ao sexo. Coexistência de caracteres somáticos e sexuais de valor primário e de tipo masculino com outros, de importância secundária, do tipo feminino. Orientação psíquica decididamente em sentido feminino. Relevância deste último e deferimento do pedido de inscrição ao registro, no sexo feminino."

O Tribunal ficou ciente de que o prevailecimento quantitativo e qualitativo dos caracteres somáticos e biológicos do tipo masculino é contrastado, aos fins de avaliação, por uma equivocidade que diz respeito sobretudo à esfera genital, "na qual a constituição anatômica não corresponde absolutamente à função biológica que os mesmos órgãos são chamados a desempenhar enquanto que não se pode não considerar a coexistência dos caracteres físicos e sexuais de tipo feminino, mesmo se os conhecimentos científicos não consentiram enquadrar a anomalia numa síndrome precisa e acertar a sua gênese.

"(..) a Corte acredita poder expressar a opinião de que sejam respeitadas as opiniões expressas pelos dois colégios de consulentes e que seja atribuído ao Cascinotti o sexo feminino em consideração ao fato de que o prevailecimento dos caracteres físicos e sexuais ficou anulado na sua coexistência e validade para fins de uma diagnose diferencial das graves anomalias verificadas. Assim, perante os caracteres biossomáticos pertencentes a ambos os sexos e que podem ser considerados de valor equivalente, determina-se a componente psicológica unívoca no sentido da feminilidade. Portanto, o complexo psicológico enquadra-se num juízo global da personalidade biopsicossomática do Cascinotti como um caso separado, não suscetível da generalização."

Determina conseqüentemente ao Oficial de Estado Civil proceder à retificação do ato de nascimento no sentido de que onde está escrito

"de sexo masculino" deve-se escrever "de sexo feminino" e onde está escrito o nome "Giuliano" deve-se escrever "Giuliana" (segunda sentença, e, no mesmo sentido, a terceira).

c) São poucas as variações. De qualquer maneira merecem ser citadas as observações da quarta decisão no sentido de que, ao estado atual das coisas, o aparecimento dos seios, a amputação do pênis e a reestruturação dos órgãos genitais, de maneira que o interessado possa ter relações sexuais só **more feminae**, excluem obviamente que ele possa ser definido, em base ao exposto, com imediata certeza, indivíduo de sexo masculino.

Deve-se, então, recorrer à consideração global da sua personalidade, à síntese de todos os elementos que concorrem para determinar seu "eu" e a dar-lhe a fisionomia que hoje lhe é própria (quarta decisão e, no mesmo sentido, a quinta).

d) Particularmente cerrada a refutação à tese da imutabilidade do sexo verificado no momento do nascimento, fora das hipóteses de erro e da natural evolução dos caracteres sexuais:

"Na verdade, a circunstância de que a mudança de sexo não está expressamente prevista na regulamentação das anotações e retificações dos atos de estado civil não assume relevo decisivo a favor da tese que se critica, não tendo o rol caráter taxativo.

Prova da exatidão desta última afirmação vem da própria opinião contrária, quando admite a retificação do registro civil em caso de evolução natural dos caracteres sexuais, visto que tal situação não pode ser referida a nenhuma das espécies normativas formuladas pela lei do estado civil.

Mas, a bem considerar a referência à exigência da certeza das relações jurídicas, não parece pertinente, visto que a função certificativa dos atos de estado civil não é posta em discussão em virtude do atendimento do pedido de retificação. Se, por outro lado, por certeza entende-se estabilidade no tempo das relações em que o sexo é relevante, então a argumentação aparece tautológica.

Na verdade, a exigência de veracidade do conteúdo dos atos de estado é mais amplamente realizada através da retificação que assegura a coincidência, embora dentro dos limites acima expostos, entre o sexo atual do interessado e aquele legal, a não ser por meio da conservação da informação originária, certamente em discordância com a realidade."

Põe, finalmente, em relevo que a decisão do transexual de submeter-se a intervenção assume um sentido terapêutico que deixa sem fundamento as argumentações que sustentam a opinião contrária, sobre a voluntariedade da modificação dos órgãos genitais externos, como se se tratasse de um capricho do indivíduo (sexta decisão).

No mesmo sentido, as sentenças ulteriores.

## 6. Situação no Brasil

No XV Congresso Brasileiro de Urologia (novembro de 1975), o cirurgião plástico Dr. ROBERTO FARINA, expondo uma tese, exibiu um filme da sua cirurgia de reversão sexual realizada em 1971, comunicando que já a havia executado em 9 pacientes de sexo masculino.

Entre as muitas reações, uma foi inesperada e rumorosa: o Ministério Público o denunciou como infrator do art. 129, § 2º, inc. III, do Código Penal, por ter cometido lesões corporais de natureza grave, causando perda e inutilização de membro, sentido ou função, que comina a pena de reclusão de dois a oito anos.

Condenado, em 6-9-1978, a dois anos de reclusão, sem pena acessória de interdição de direito, em reconhecimento aos méritos do cirurgião, e tendo obtido suspensão condicional por dois anos, sem condições especiais, foi absolvido, em superior instância, por dois votos contra um.

O crime foi negado pelo advogado da defesa: não houvera inutilização de órgão ou função, mas somente adaptação de órgão e criação de funções até então inexistentes. Além disso, a ação atribuída ao acusado servira para a saúde mental da vítima.

Enquanto o relator do processo, OCTÁVIO RUGGIERO, manifestava-se pela confirmação da sentença, o segundo membro da Câmara do Tribunal, DJALMA LOFRANO, reconhecia que o médico havia sido impelido unicamente por propósitos curativos, sem a menor intenção de prejudicar, e no exercício regular de sua profissão, acrescentando:

"A suposta vítima, de homem só possuía os órgãos extirpados, inúteis à sua destinação específica e que, no seu caso, de características psicossomáticas predominantemente femininas, facilmente perceptíveis desde a primeira infância, constituíam nota de repulsa, de obsessiva inconformidade. A não ser esta verdadeira deformidade, só lhe faltariam, para ser mulher, os órgãos reprodutores internos. Não se tratava de homossexual, de homem com tendências ao feminismo, em consequência do seu meio ambiente, de defeitos de educação, de problemas de ordem mental ou de deformação de natureza moral. Era um transexual. A cirurgia realizada pelo Dr. ROBERTO FARINA não significava tão-somente mudança de sexo, mas recondução, por motivos eminentemente terapêuticos e corretivos, ao sexo organicamente preponderante e psicologicamente exclusivo sem a menor nota de ambivalência."

## 7. Será válido o casamento de quem tenha mudado artificialmente de sexo?

É o segundo problema fundamental para o qual nem a doutrina nem a jurisprudência se apresentam ainda preparadas para enfrentar.

A única referência que encontramos na voz dos Tribunais italianos é em sentido nitidamente negativo: Tribunal de Palermo, de 17-3-1972, já

referida, afirmando que a "idoneidade a contrair matrimônio com um homem decorre não do fato de ser homem com aparência de mulher, nem do comportamento mais ou menos feminino do indivíduo, mas do fato de ser mulher por natureza".

Nem se poderia esperar uma conclusão diferente de um Colégio orientado no sentido de considerar irrelevante juridicamente a modificação voluntária dos caracteres somáticos sexuais primários.

Mas, se a doutrina e a jurisprudência têm tendência a reconhecer que um ex-homem tornou-se mulher para todos os efeitos, a tal ponto que pôde obter retificação do registro civil, se admitem tacitamente todos que ele possa unir-se a pessoa de sexo diferente daquele obtido artificialmente, não se poderá negar, por uma questão de coerência, que mais cedo ou mais tarde chegará o momento de reconhecer que também o casamento será possível por maiores que ainda possam ser os preconceitos, por acaloradas que possam ser as discussões e as controvérsias.

De qualquer maneira, nesta tempestade de opiniões divergentes, de dúvidas e mal-entendidos, uma coisa é certa: só uma orientação legislativa satisfatória e acima de qualquer raciocínio apaixonado estará em condições de permitir, com todas as cautelas necessárias, não só mudança de sexo para os transexuais, como também a retificação do registro civil, e, finalmente, a possibilidade de unir-se em matrimônio.

A matéria foi considerada com agudeza por uma decisão da Corte Constitucional Federal alemã em data de 11-10-1978 (*Neue Juristische Wochenschrift*, fascículo 12, pp. 595 e 596), que, após ter refutado que o processo de metamorfose sexual possa ser considerado contrário aos bons costumes, e imoral uma operação que visa corrigir os genitais a fim de evitar desvantagens colaterais espirituais e físicas, acrescenta:

"Mas nem a questão conexa com a correção da inserção do sexo, pela qual o recorrente pode unir-se com um pertencente ao sexo que ele possuía anteriormente, viola o bom costume. Não são necessárias ulteriores explicações que a capacidade de gerar do homem e a capacidade de engravidar da mulher não constituem pressuposto para contrair matrimônio.

Segundo a Lei Fundamental (art. 6, 1), o matrimônio é a união do homem com a mulher para uma comunhão de vida em princípio indissolúvel (cf. E. 10, 59 (66) NJW 1959, 1483). A formação desta comunhão correspondente às próprias idéias é tarefa das duas pessoas que se casam. Pode ser que para o vulgo um casamento entre um transexual homem com outro homem seja contrastado ou de qualquer forma reprovado. Do ponto de vista racional não há motivos em contrário (E. 36, 146 (163) NJW 1974, 454).

Acrescente-se que ao estado dos conhecimentos científicos o transexual homem não deseja relações homossexuais, mas união com parceiro heterossexual, e, após uma bem sucedida operação que modifique os genitais, ele se encontra na possibilidade de ter relações sexuais normais com um parceiro homem."



# Emenda Constitucional n.º 15, de 19 de novembro de 1980

**Sinopse:** JOSÉ XAVIER DA SILVA  
Técnico Legislativo da Subsecretaria  
de Edições Técnicas

## SUMARIO

- I — Mensagem n.º 95, de 1980 (CN)  
    Proposta de Emenda à Constituição n.º 76, de 1980
- II — Comissão Mista
- III — Emendas
- IV — Parecer
- V — Discussão em 1.º turno
- VI — Votação em 1.º turno
- VII — Discussão e votação em 2.º turno
- VIII — Promulgação

### I — Mensagem

Na sessão conjunta do Congresso Nacional, em 22 de agosto de 1980, foi lida a Mensagem do Senhor Presidente da República submetendo à deliberação do Poder Legislativo a Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda n.º 15, de 1980 (1):

#### MENSAGEM N.º 95, DE 1980 (CN) (N.º 63/80, na origem)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Nos termos do art. 47, item II, da Constituição, tenho a honra de submeter à superior apreciação de Vossas Excelências a anexa proposta de Emenda à Constituição, que restabelece o sistema do voto direto nas eleições para Governador dos Estados e para Senador da República.

(1) DCN — Sessão Conjunta — 23-8-80, pág. 2.065

A eliminação dos diplomas de exceção, a reinstauração da coexistência democrática pela Anistia e, finalmente, a reintrodução do pluripartidarismo na vida política do País assinalaram passos decisivos na obra de construção do regime democrático.

A presente proposta de Emenda Constitucional, reinserindo o sufrágio universal e o voto direto e secreto no quadro das instituições republicanas para eleição de Governador de Estado e Senador, exprime a execução do compromisso democrático livremente assumido pelo Governo.

Tal compromisso, por envolver a reformulação das instituições políticas nacionais, há de contrapor-se, pela necessidade de sua formulação global, a projetos isolados que, embora coincidentes com alguns de seus objetivos, se apartam da concepção necessariamente integral do problema.

A alteração constitucional ora proposta resultará, de certo, na futura revisão dos estatutos legais pertinentes à propaganda eleitoral pelo rádio e pela televisão, de forma a compatibilizá-los com o sistema de eleição direta.

Brasília, 26 de fevereiro de 1980. — **JOAO FIGUEIREDO.**

#### **PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N.º 76, DE 1980**

**Art. 1.º** — Os dispositivos da Constituição Federal adiante indicados passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 13** — .....

§ 2.º — A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, far-se-á por sufrágio universal e voto direto e secreto; o candidato a vice-Governador considerará-se eleito em virtude da eleição do candidato a Governador com ele registrado.

.....  
**Art. 41** — O Senado Federal compor-se-á de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos.

§ 1.º — Cada Estado elegerá três Senadores, com mandato de oito anos.

§ 2.º — A representação de cada Estado renovar-se-á de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e por dois terços.

§ 3.º — Cada Senador será eleito com os respectivos suplentes.”

.....  
**Art. 2.º** — O mandato dos atuais Senadores terá a duração prevista na legislação em vigor à data da respectiva eleição.

## **II — Comissão Mista**

De acordo com as indicações das Lideranças, ficou assim constituída a Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre a matéria (2):

Pelo Partido Democrático Social — Senadores Alberto Lavinas, José Lins, Jutahy Magalhães, Luiz Cavalcante, Lomanto Júnior, Mu-

(2) DCN — Sessão Conjunta — 23-8-80, pág. 2.066

rilo Badaró e os Srs. Deputados Afrísio Vieira Lima, Edison Lobão, Genésio de Barros, Hugo Napoleão, Lulz Rocha e Maluly Neto.

Pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Pedro Simon, Humberto Lucena, Franco Montoro e os Srs. Deputados João Gilberto, Eptácio Cafeteira e Max Mauro.

Pelo Partido Popular — Senador Gilvan Rocha e os Srs. Deputados Magalhães Pinto e Jorge Moura.

Pelo Partido Trabalhista Brasileiro — Senador Leite Chaves.

A Comissão foi instalada em 26 de agosto <sup>(3)</sup>, eleitos para a Presidência o Deputado Humberto Lucena e para a Vice-Presidência o Senador Lomanto Júnior. Foi designado Relator o Deputado Edison Lobão.

Na 2ª reunião, em 2 de setembro <sup>(4)</sup>, a Comissão Mista aprovou requerimento do Deputado João Gilberto, solicitando o comparecimento, perante a Comissão, do Senhor Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, a fim de analisar e debater aspectos da proposta em exame e assuntos conexos — eleições presidenciais, eleições em municípios das Capitais de Estado, áreas de segurança nacional e estâncias hidrominerais.

A 3ª reunião da Comissão Mista, em 16 de setembro <sup>(5)</sup>, compareceu o Senhor Ministro da Justiça. Consta do resumo da ata da reunião:

“Durante sua palestra, o Senhor Ministro analisa o poder parlamentar que, atualmente, reacende-se, após períodos de arbiário.

Cita a revogação do Ato Institucional n.º 5; a lei da anistia; o pluripartidarismo, ressaltando, neste item, a liber<sup>a</sup>ção das correntes políticas do País que eram restritas ao bipartidarismo imposto por decreto artificial.

Afirma, ainda, que se tornaria inteiramente inútil votar as prerrogativas do Congresso Nacional, realizar anistia, permitir o surgimento de organizações partidárias, se, ao termo de tudo isso, não se viabilizasse a eleição direta para Governador dos Estados.

Sustenta a tese de que todas as medidas políticas tomadas, no sentido da evolução democrática no Brasil, a eleição direta para Governadores é a que, mais profundamente, atinge esse resultado.

Faz referência, também, à disposição da Proposta, que agora se discute, no que tange à eliminação da figura do Senador indireto, restaurando, assim, a forma universal de participação popular na eleição dos mandatários para a totalidade do Senado.

Na fase interpelatória, fazem uso da palavra os Senhores Senadores Leite Chaves, Gilvan Rocha, Henrique Santillo, Pedro Simon, Lomanto Júnior e os Deputados Edison Lobão, João Gilberto, Samir Achôa e Pimenta da Veiga.”

A 4ª reunião da Comissão Mista realizou-se em 21 de outubro <sup>(6)</sup> para apreciação do Parecer.

(3) DCN — S. II — 18-10-80, pág. 5.840

(4) DCN — S. II — 14-10-80, pág. 5.839

(5) DCN — S. II — 9-10-80, pág. 5.454 (com a íntegra da palestra do Senhor Ministro da Justiça)

(6) DCN — S. II — 21-11-80, pág. 6.983

### III -- Emendas

EMENDAS OFERECIDAS PERANTE A COMISSÃO MISTA INCUMBIDA DE EXAMINAR E EMITIR PARECER SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 76, DE 1980, QUE "RESTA-BELECE O SISTEMA DO VOTO DIRETO NAS ELEIÇÕES PARA GOVERNADOR DOS ESTADOS E PARA SENADOR DA REPÚBLICA" (7).

Parlamentares	Número das Emendas
Senador Marcos Freire e outros	2
Deputado Ralph Biasi e outros	3
Deputado Ulysses Guimarães e outros	1

#### EMENDA N.º 1

(Substitutivo)

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 76, de 1980-CN

Altera dispositivos da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1.º — Os dispositivos da Constituição Federal adiante indicados passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 13 — .....

§ 2.º — A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, far-se-á por sufrágio universal, voto direto e secreto, considerando-se eleito o candidato a Vice-Governador em virtude da eleição do candidato a Governador com ele registrado.

Art. 15 — .....

I — pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito, incluindo das Capitais, e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais, para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléias Legislativas.

Suprima-se o parágrafo 1.º e suas alíneas.

Art. 41 — O Senado Federal compor-se-á de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos.

§ 1.º — Cada Estado elegerá três Senadores, com mandato de oito anos.

§ 2.º — A representação de cada Estado se renovará de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e por dois terços.

(7) DCN — Sessão Conjunta — 9-9-80, pág. 2.331

§ 3.º — Cada Senador será eleito com dois suplentes.

.....  
**Art. 74** — O Presidente será eleito, entre os brasileiros maiores de trinta e cinco anos, por sufrágio universal e voto direto e secreto, para um mandato de cinco anos.”

**Art. 2.º** — O mandato dos Senadores eleitos indiretamente no pleito de 1978 terá a duração de quatro anos, elegendo-se dois, com seus suplentes, para cada Estado, em 1982.

**Art. 3.º** — Fica revogado o art. 75 e seus parágrafos da Constituição.

**Art. 4.º** — O § 1.º do art. 77 passa a ter a seguinte redação:

§ 1.º — O candidato a Vice-Presidente preencherá os requisitos do art. 74, inclusive quanto à duração do mandato, elegendo-se como o Presidente.”

### Justificação

A restauração da eleição direta do Presidente da República é uma aspiração insofreável da maioria do povo, conformando-se, ademais, com a tradição do Direito Constitucional brasileiro até a Revolução de 1964.

Já o res'abelecimento da autonomia política das Capitais significa, por sua vez, a devolução do direito de escolha dos seus Prefeitos a mais de doze milhões de eleitores, ou, pelo menos, vinte por cento da população votante do País.

Propostas nesse sentido ou têm sido rejeitadas ou não alcançam **quorum**, frustrando aquele enorme eleitorado, o mais politizado, a desculpa da maioria de que a alteração é inoportuna, ou sob a alegação de incoincidência, objeção sanada na presente emenda substitutiva.

A redução do mandato presidencial para cinco anos significa uma volta à tradição inaugurada pela Constituição de 1946 e só interrompida por uma emenda constitucional outorgada.

A redução do mandato dos Senadores chamados **biónicos** pela ironia popular, indiretamente eleitos numa rejeição da mais cara tradição republicana, impõe-se como uma satisfação inarredável à opinião pública.

Finalmente, numa fase de abertura democratizante, muito mal se situará o Congresso, diante da opinião pública, se recusar este substitutivo, concebido de forma a acolher as justas aspirações políticas, cuja viabilização tem merecido tanto empenho das Oposições e outros importantes segmentos da sociedade brasileira.

Sala das Comissões, 3 de setembro de 1980.

**DEPUTADOS:** Ulysses Guimarães — Freitas Nobre — Odaírc Klein — Ralph Biasi — Adhemar Santillo — Paulo Borges — Iram Saraiva — Hélio Duque — João Cunha — Aírton Soares — Ronan Tito — Arnaldo Schmidt — Pedro Ivo — Valter Garcia — Antônio Russo — Iturival Nascimento — Cardoso Alves — Gilson de Barros — André Dantas — Marcus Cunha — João Herculino — Paes de Andrade — Siqueira Campos — Carlos Bezerra — Marcondes Gadelha — Modesto da Silveira — Tidei de Lima — Edgard Amorim — Hildérico Oliveira — José Carlos Vasconcelos — Júnia Marise — Pacheco Chaves — Elquisson Soares — Flávio Chaves — Fernando Lyra — Francisco Libardoni — Israel Dias-Novae — Pimenta da Veiga — Eloar Guazzelli — Sérgio Murilo — Olivir Gabardo — Jorge

Cury — Ernesto de Marco — Mário Frota — Paulo Rattes — Oswaldo Lima — Walter Silva — Juárez Baptista — Sílvio Abreu Júnior — Roberto Freire — Marcello Cerqueira — Walber Guimarães — Jorge Gama — Carlos Santos — Jerônimo Santana — Max Mauro — João Gilberto — Heltor Alencar Furtado — Carlos Nelson — Carlos Alberto — Getúlio Dias — João Linhares — Carneiro Arnaud — Vilela Magalhães — Edson Vidigal — Carlos Sant'Anna — Alceu Collares — Luiz Cechinel — Murilo Mendes — Lidovino Fanton — Sérgio Ferrara — José Mauricio — Magnus Guimarães — Edison Khair — Nivaldo Krüger — Aloizio Bezerra — Rubem Dourado — JG de Araújo Jorge — José Maria de Carvalho — Antônio Carlos — Mendonça Neto — Alcyr Pimenta — José Frejat — Pedro Ivo — Fernando Cunha — Nabor Júnior — Gerson Camata — Renato Azeredo — Juárez Furtado — Tarcísio Delgado — Maurício Fruet — Aldo Fagundes — Mário Moreira — Luiz Baptista — Walmar de Luca — Roque Aras — Iranildo Pereira — Marcelo Cordeiro — Feu Rosa — Jorge Vianna — Samir Achôa — Márcio Macedo — José Bruno — Carlos Cotta — Luiz Baccarini — Jorge Vargas — Peixoto Filho — Figueiredo Correa — Alvaro Dias — Antônio Anibelli — José Costa — Jalro Brum — Délio dos Santos — Raimundo Urbano — Cardoso Fregapani — Fued Dib — Waldir Walter — Lúcia Viveiros — Oswaldo Macedo — Cristina Tavares — Celso Peçanha — Jackson Barreto — Jorge Uequed — Fernando Coelho — Del Bosco Amaral — Júlio Costamilan — Octacílio Queiroz — Santilli Sobrinho — Aurélio Paes — Daniel Silva — Mendes de Melo — Leônidas Sampaio — Levy Dias — Mac Dowel Leite de Castro — Newton Cardoso — Mário Hato — Francisco Pinto — Airton Sandoval — Alberto Goldman — Jader Barbalho — Henrique Eduardo Alves.

**SENADORES:** Gilvan Rocha — José Richa — Paulo Brossard — Humberto Lucena — Mauro Benevides — Evelásio Vieira — Mendes Canale — Valdon Varjão — Itamar Franco — Pedro Simon — Marcos Freire — Agenor Maria — Cunha Lima — Affonso Camargo — Henrique Santillo — Franco Mon'oro — Roberto Saturnino — Jaisson Barreto — Dirceu Cardoso — Tancredo Neves — Lázaro Barboza — Orestes Quércia — Adalberto Sena.

#### EMENDA N.º 2

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 16, de 1980-CN

**Dispõe sobre eleições para Senador da República.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1.º** — .....

**Art. 2.º** — Assegura-se aos atuais Senadores eleitos em 1978, por sufrágio do colégio eleitoral de seus respectivos Estados, o direito de registro de seus nomes para concorrerem a uma das vagas de Senador, a serem preenchidas em 1982.

#### Justificação

A Mensagem n.º 63/80 do Senhor Presidente propõe Emenda Constitucional restabelecendo "o sistema de voto direto nas eleições para Governador dos Estados e para Senador da República".

Apontando passos decisivos na obra de construção do regime democrático, afirma que o projeto "reinsere o sufrágio universal e o voto direto e secreto no quadro das instituições republicanas para

eleição de Governador de Estado e Senador, exprime a execução do compromisso democrático livremente assumido pelo Governo”.

Assim sendo, da mesma forma que nas próximas eleições gerais se restaurará o poder do povo de escolher os dirigentes dos vários Estados federados, não há razão ética que justifique que, nessa mesma oportunidade, não se restabeleça, de modo pleno, esse direito, no que diz respeito ao Senado.

Dai por que a presente emenda, dentro da justificativa apresentada pelo Presidente da República, assegura tal anseio que é de toda a Nação brasileira, que foi surpreendida pela figura do chamado Senador biônico, criada pela Emenda outorgada n.º 8, conhecida pelo nome de “pacote de abril”.

Em todo caso, pela nova redação que se dá ao art. 2.º da proposta do Executivo, ora em exame pelo Congresso Nacional, assegura-se àqueles que foram indicados pelo Poder Central para o Senado Federal e formalmente eleitos pelas Assembléias Legislativas dos seus respectivos Estados, o direito de registro de suas candidaturas a um dos dois mandatos senatoriais a serem preenchidos em 1982.

É de pressupor que os atuais titulares de mandatos, se porventura se julgarem representantes autênticos do povo, só satisfação terão em se submeterem ao veredicto popular, tendo a oportunidade, desta forma, de desfazerem as versões correntes sobre a ilegitimidade dos mandatos que detêm, uma vez que, se favorecidos pela preferência do eleitorado, poderiam permanecer com suas atuais funções no Senado Federal.

Sala das Comissões, 3 de setembro de 1980.

**SENADORES:** Marcos Freire — Cunha Lima — Gilvan Rocha — Orestes Quércia — Adalberto Sena — Franco Montoro — Jaison Barreto — Mauro Benév'des — Itamar Franco — Humberto Lucena — Pedro Simon — Alberto Silva — Tancredo Neves — Henrique Santillo — Ezequiel Vieira — Alexandre Costa — Paulo Brossard — Lázaro Barboza — Mendes Canale — Agenor Maria — Affonso Camargo — Dirceu Cardoso (apoio) — Valdon Varjão.

**DEPUTADOS:** Marcondes Gadelha — Oswaldo Macêdo — Edson Vidigal — Iranildo Pereira — Olivir Gabardo — JG de Araújo Jorge — Fernando Cunha — Maurício Fruet — Renato Azeredo — José Costa — Edgard Amorim — Mendes de Melo — Francisco Pinto — Fued D'eb — Audálio Dantas — Celso Peçanha — Benedito Marcillo — Cristina Tavares — Epitácio Cafeteira — Carlos Alberto — Gilson de Barros — Marcus Cunha — Miro Teixeira — Ruy Codo — Jackson Barreto — Vilela de Magalhães — Fernando Lyra — Heitor Alencar Furtado — Haroldo Sanford — Aluisio Bezerra — A'ceu Collares — Roberto Freire — Mendonça Neto — Carlos Wilson — Walter de Prá — Louremberg Nunes Rocha — Raimundo Urbano — Cardoso Fregapani — Júlio Costamilan — Rosa Flores — Joel Vivas — Leonidas Sampaio — Lázaro de Carvalho — Octacílio Almeida — Airton Sandoval — Milton Figueiredo — Levy Dias — Hélio Duque — Lúcia Viveiros — Péricles Gonçalves — Luiz Cechinel — Jorge Cury — Walmor de Luca — Felipe Penna — Magnus Guimarães — Peixoto Filho — Samir Achôa — Ernesto Dall'Oglio — Airton Soares — Aldo Fagundes — Jairo Brum — Mauro Sampaio — Luiz Baccarini — Sérgio Ferrera — Carlos Nelson — Edson Khair — Mário Frota — Murilo Mendes — Santilli Sobrinho — José Frejat — Tidei de Lima — Délio dos Santos — Jorge Gama — Carlos Sant'Anna — Juarez Furtado — Daniel Silva — Walter Silva — Odacir Klein — Euclides Scalco — Francisco Libardoni — Melo Freire — Gerson Camata — Eloar Guazzelli — Nivaldo Krüger — Sílvio Abreu Júnior — Júnia Marise — Paulo Borges

— Aurélio Peres — Eloy Lenzi — Pedro Sampaio — Amadeu Gears — José Bruno — Oswaldo Lima — Antônio Russo — Paulo Marques — Márcio Macedo — João Gilberto — Fernando Coelho — Freitas Dniz — Roque Aras — Hldérico Oliveira — Tarcísio Delgado — Henrique Eduardo Alves — João Cunha — Alvaro Dias — Octacílio Queiroz — Carneiro Arnaud — Walber Guimarães — Elquisson Soares — Ubaldo Dantas — Ronan Tito — Waldir Walter — Walter Garcia — Horácio Ortiz — Jorge Vargas — Carlos Cotta — Celso Carvalho — Pedro Lucena — Carlos Santos — Francisco Rollemberg — Adhemar Santillo — Jader Barbalho — Pedro Faria — Bento Gonçalves — Luiz Baptista — Mário Moreira — Max Mauro — Tertuliano Azevedo — Geraldo Bulhões — Antônio Mariz — João Linhares — João Hercúlio — Rubem Dourado — Alcir Pimenta — Albérico Cordeiro — Figueiredo Correia — Geraldo Fleming — José Maurício — Sérgio Murilo.

### EMENDA N.º 3

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 76, de 1980-CN

Desprezado o art. 2.º da Proposta de Emenda à Constituição n.º 76, de 1980-CN, façam-se, ainda, as seguintes alterações no vigente texto constitucional:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — Os arts. 74, 75, 77 e 208 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

**Art. 74** — O Presidente será eleito, entre os brasileiros maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos, pelo sufrágio universal e direto.

**Art. 75** — O mandato do Presidente da República é de cinco anos.

**Art. 77** — O candidato a Vice-Presidente, que deverá preencher os requisitos do art. 74, considerar-se-á eleito em virtude da eleição do candidato a Presidente com ele registrado; seu mandato é de cinco anos, observado, quanto à posse, o disposto no art. 76.

**Art. 208** — Os mandatos dos Senadores eleitos em 1978, na forma do disposto na parte final do § 2.º do art. 41 (redação dada pela Emenda n.º 8, de 1977), terão a duração de quatro anos, realizando-se nova eleição em 15 de novembro de 1982 para a complementação dos mandatos do terço a eles correspondente."

### Justificação

A presente emenda visa:

1.º — reintroduzir em nosso ordenamento jurídico-constitucional o sistema de eleições diretas para a Presidência da República;

2.º — estabelecer que o mandato do Presidente da República tenha duração mais consentânea com a nossa tradição, ou seja, de cinco anos;

3.º — encurtar o mandato dos atuais Senadores indiretos, determinando nova eleição em 1982 para a conclusão dos respectivos mandatos.

Quanto aos do's primeiros objetivos, cremos que pouco ou nada há a dizer sobre os mesmos, visto que eles consubstanciam a expectativa e os desejos generalizados de todo o povo brasileiro que real-



mente não se conforma com ter que suportar presidentes não ungi-  
dos por sua vontade soberana. Tais objetivos compatibilizam-se, ade-  
mais, com a chamada abertura democrática.

No que tange ao encurtamento dos mandatos dos Senadores in-  
diretos, vulgarizados sob a depreciativa denominação de "blônicos",  
cremos que nada justifica a sua permanência por mais tempo no Se-  
nado da República quando o próprio Governo, responsável por sua  
criação, já está a cuidar de suprimi-los.

Sala das Comissões, 27 de agosto de 1980.

**DEPUTADOS:** Ralph Biasi — Del Bosco Amaral — Roberto Freire — Héitor Alencar Furtado — Rosa Flores — Jorge Ueques — Jorge Cury — Aluizio Bezerra — Eptácio Cafeteira — Freitas Nobre — Edgard Amorim — Osvaldo Macedo — Fernando Lyra — Adhemar San'illo — Ernesto de Marco — Álvaro Dias — Fernando Coelho — Walter Silva — Audálio Dantas — João Gilberto — Felipe Penna — Elquisson Soares — Marcondes Gadelha — Octacilio Queiroz — Roman Tito — Tarcísio Delgado — Pimenta da Veiga — José Carlos Vasconcellos — Adhemar Ghisi (apoiamento) — José Maria de Carvalho — JG de Araújo Jorge — Marcello Cerqueira — Navarro Vieira Filho (apoiamento) — Aurélio Peres — Amílcar de Queiroz (apoiamento) — Pedro Germano (apoiamento) — Getúlio Dias — Juarez Furtado — Antônio Gomes — Daniel Silva — Leônidas Sampaio — Alberto Goldman — João Faustino — Miro Teixeira — Ernesto Dall'Oglio — Francisco Libardoni — Wilson Falcão — Euclides Scaldo — Tidel de Lima — João Cunha — Rosemburgo Romano — Paulo Borges — Carlos Bezerra — Ruy Codo — Fued Dib — Haroldo Sanford — Francisco Pinto — Freitas Diniz — José Costa — Carlos Augusto — Paulo Marques — Juarez Batista — Arnaldo Schmitt — Olivir Gabardo — Francisco Rollemberg — Figueiredo Correia — Carlos Cotta — Fernando Cunha — Marcus Cunha — Herbert Levy — Ademar Pereira — Valter Garcia — Santilli Sobrinho — Leorne Belém — Ruy Baccelar — Renato Azeredo — Octávio Torrecilla — Pacheco Chaves — Iranildo Pereira — Antônio Russo — Cristino Cortes — Mário Hato — Magalhães Pinto — Airton Soares — José Freire — Horácio Ortíz — José Camargo — Luiz Baccarini — Alberto Hoffmann — Cardoso Fregapani — Jorge Ferraz — Edison Khair — Flávio Chaves — Sebastião Rodrigues Jr. — Odacir Soares — Sérgio Ferrara — Nivaldo Krüger — Magnus Guimarães — Carlos Alberto — Amadeu Geara — Artenir Werner — Antônio Moraes — Edison Lobão — Raymundo Urbano — Mário Moreira — Alceu Collares — Lidovino Fanton — Paes de Andrade — Marcelo Cordeiro — Cris'ina Tavares — Lázaro Carvalho — João Alberto — Mário Frota — Max Mauro — Israel Dias-Novaes — Modesto da Silveira — Antônio Carlos de Oliveira — Eloy Lenzi — Harry Sauer — Maurício Fruet — Airton Sandoval — Waldir Walter — Samir Achôa — Hélio Duque — Carlos Nelson — Pedor Ivo — Newton Cardoso — Ulysses Guimarães — Aldo Fagundes — Caio Pompeu — Daso Coimbra — Hildérico Oliveira — Eloar Guazzelli — Pedro Sampaio — Odacir Klein — Jackson Barreto — Castejon Branco — Leopoldo Bessone — Cardoso Alves — José Carlos Vasconcellos — Iturival Nascimento — Geraldo Fleming — Júlio Martins — Benedito Marcílio — José Amorim — Pedro Geraldo Costa — Arnaldo Lafayette — Bento Lobo.

**SENADORES:** Gilvan Rocha — Evandro Carreira — Itamar Franco — Mauro Benevides — Paulo Brossard — Orestes Quercia — Evelásio Vieira — José Richa — Alberto Silva — Mendes Canale — Dirceu Cardoso — Humberto Lucena — Franco Montoro — Roberto Saturnino — Jason Barreto — Marcos Freire — Lázaro Barboza — Affonso Camargo — Henrique Santillo — Pedro Simon — Nelson Carneiro — Adalberto Sena — Tancredo Neves.

## IV — Parecer

### PARECER N.º 172, DE 1980 (CN)

Da Comissão Mista, incumbida de estudo e parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 76, de 1980, que “restabelece o sistema do voto direto nas eleições para Governador dos Estados e para Senador da República” (8).

Relator: Deputado Edson Lobão

#### I — Relatório

Com a Mensagem n.º 63, de 26 de fevereiro de 1980 (n.º 95/80-CN), vem o Senhor Presidente da República de submeter à consideração do Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição Federal, objetivando o restabelecimento do pleito direto para a escolha dos Governadores e Vice-Governadores de Estado e a eliminação do sistema de eleição indireta para um terço da composição do Senado Federal.

A presente proposta de modificação constitucional acha-se justificada, basicamente, nas seguintes razões:

“A eliminação dos diplomas de exceção, a reinstauração da coexistência democrática pela Anistia e, finalmente, a reintrodução do pluripartidarismo na vida política do País assinalaram passos decisivos na obra de construção do regime democrático.

A presente Proposta de Emenda Constitucional, reinserindo o sufrágio universal e o voto direto e secreto no quadro das instituições republicanas para a eleição de Governador de Estado e Senador, exprime a execução do compromisso democrático livremente assumido pelo Governo.”

Sobre a Proposta do Senhor Presidente da República, ora objeto de nossa atenção, incidiram três emendas encabeçadas, respectivamente, pelo Deputado Ulysses Guimarães, a de n.º 1, pelo Senador Marcos Freire, a de n.º 2, e pelo Deputado Ralph Biasi, a de n.º 3.

#### A EMENDA DO DEPUTADO ULYSSES GUIMARÃES

É objetivo da emenda em causa:

I — também, como a Proposta sobre que incide, o restabelecimento da eleição direta para Governador e Vice-Governador de Estado;

II — reinserir, no texto constitucional, a previsão de eleição para Prefeito e Vice-Prefeito de Capital e, bem assim, dos Municípios de interesse da segurança nacional a realizar-se conjuntamente com a dos demais Prefeitos, “dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléas Legislativas”;

III — igualmente, como a Proposta de Emenda sobre que incide, sugere restabelecer-se que os Senadores sejam eleitos, exclusivamente, pelo voto direto e secreto segundo o princípio majoritário, mas diferentemente da Proposta do Senhor Presidente da República, que garante aos atuais Senadores eleitos indiretamente a duração de seus mandatos nos termos em que foram eleitos, propõe que esses mandatos sejam reduzidos para quatro anos;

IV — o restabelecimento da eleição direta para a Presidência e a Vice-Presidência da República, com o período de mandato de cinco anos.

(8) DCN — Sessão Conjunta — 25-10-80, pág. 3.021

A emenda que tem o nobre Deputado Ulysses Guimarães como seu primeiro signatário, vem justificada nos argumentos de que o povo há muito aspira ao exercício do direito de escolher diretamente o Presidente da República, de que deve ser restabelecida a autonomia política dos Municípios das capitais, mediante a devolução do direito de escolha dos seus Prefeitos aos respectivos municípios, e de que se faz mister a redução do mandato dos Senadores eleitos indiretamente, como medida que se impõe a título de "uma satisfação inarredável à opinião pública".

#### A EMENDA DO SENADOR MARCOS FREIRE

(Emenda n.º 2)

A emenda cuja iniciativa vem liderada pelo Senador Marcos Freire tem em vista assegurar, aos Senadores eleitos indiretamente em 1978, o direito de registro de seus nomes para concorrerem "a uma das vagas de Senador a serem preenchidas em 1982".

Construindo razões entendidas eficazes ao objetivo de convencer sobre a oportunidade da presente iniciativa, seus nobres autores, sobre alegarem que a medida proposta se afina com os propósitos assinalados pelo Senhor Presidente da República de lograr a realização do compromisso democrático por ele assumido, afirmam que ela teria ainda a virtude de ensejar, aos Senhores Senadores eleitos indiretamente, a "satisfação" de se submeterem ao veredicto popular".

#### A EMENDA DO DEPUTADO RALPH BIASI

(Emenda n.º 3)

A Emenda n.º 3, cuja iniciativa vem encabeçada pelo nobre Deputado Ralph Biasi, tem como objetivos:

I — o restabelecimento do plei'o direito para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República e a fixação do respectivo mandato em cinco anos;

II — a redução, para quatro anos, do mandato dos Senadores eleitos indiretamente em 1978.

No que concerne aos objetivos da eleição direta para a Presidência da República e da fixação do mandato do Presidente e do Vice-Presidente em cinco anos, a justificação da correspondente iniciativa apóla-se no argumento de que elas "consubstanciam a expectativa e os desejos generalizados de todo o povo brasileiro". Quanto à proposta de redução do mandato dos atuais Senadores eleitos por sufrágio indireto, ajuizam os nobres proponentes da respectiva emenda que a permanência da representação indireta na composição do Senado Federal não se justifica, mormente quando o próprio Governo está provendo no sentido de sua supressão, ao prever, na Proposta respectiva, que somente por voto dire'io serão eleitos os membros do Senado Federal.

É o relatório.

As presentes propostas de modificação constitucional dizem, in-  
dubiosamente, respeito a práticas inerentes ao regime democrático,  
razão pela qual cabe, preliminarmente, tecer considerações sobre o  
tema democracia, ligado ao problema da representação da soberania  
popular.

#### A DEMOCRACIA

Invocando ROUSSEAU, o Professor PAULO BONAVIDES, em seu **Ciência Política**, lembra que "se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente".

E ainda lembrando ROUSSEAU conclui esse juspublicista, sob a reflexão registrada, que tomada a rigor a acepção do termo democracia, poder-se-ia então dizer que "jamais houve, jamais haverá verdadeira democracia".

Alás, nem mesmo nas cidades-estados da Grécia existiu a democracia por inteiro, pois do autogoverno, que poderia denunciar sua intelreza, não participavam contingentes do povo grego, como os escravos, os estrangeiros e as mulheres. E isto — e aqui voltamos à exatidão da conclusão de ROUSSEAU — em razão de as cidades-estado gregas não se comporem de deuses, senão de homens, e exatamente porque, lá, os deuses circunscreviam sua atuação aos horizontes muito superiores das culminâncias do Olimpo.

Assim, não havendo como ser a democracia absoluta, na intelreza do designativo, pode ela corretamente merecer epítetos — data *venia* dos que imaginam o contrário — e também especialmente porque, sendo ela o resultado de atitudes do homem-político, é, assim, o produto de comportamentos inseridos na área da política que é, ao fim, conforme irretocável definição, "a arte do possível".

De tal sorte, a democracia pode ser qualificada, como, alás, o tem sido a partir da metade do século XIX, segundo as ideologias dominantes. Surgiram a partir de então as democracias Tory e Liberal, passando os radicais a chamá-la de social. Aceito o regime democrático pelo catolicismo, lembra THEMISTOCLES CAVALCANTI em artigo publicado sob o título "A Democracia como Sistema Político", nasceu a democracia cristã. Ao depois surgiram as democracias popular e proletária (conforme querem assim ser classificados alguns regimes comunistas), a capitalista, a industrial e, mesmo a totalitária, conforme denunciada pelo Professor TALMOND, segundo menção feita no trabalho acima citado, em *The Origins of Totalitarian Democracy*, e que seria a democracia do partido único, como ocorre nos regimes comunistas.

E toda essa forma diferenciada de representação popular, que é inerente aos regimes democráticos, decorre, efetivamente, da impossibilidade de exercício direto, pelo povo, de todos os poderes de governo, agindo soberanamente, pela razão mesma — replisamos — da impossibilidade material do autogoverno.

Explica-se, nessa razão, o porquê de a organização dos Estados, no concernente ao processo necessário de representação da soberania popular e tendo em vista o exercício das funções de governo, mostrar variadas formas, mediante as quais o povo, diante da impossibilidade material de autogovernar-se, delega os poderes de governo, que só ele detém, através de sistemas possíveis de dar conteúdo de legitimidade à representação de seus interesses.

#### AS OPÇÕES DE REPRESENTAÇÃO: SISTEMA DIRETO OU INDIRETO DE SUFRÁGIO?

A representação, então, que é a única forma possível de se fazer presente a soberania popular, ocorre conforme a via eleita para concretizá-la e segundo o indiquem as conveniências; e estas — é oportuno lembrar — nem sempre coincidem com as teorizações sobre um sistema ideal de escolha do representante do poder de soberania, que se localiza na coletividade nacional. Disso resulta, pois, que países fidôs e justamente considerados como estruturados em bases democráticas ora adotem o sistema de sufrágio direto do povo para a escolha de todos os seus governantes, ou para a escolha de alguns deles, ora o sistema indireto, ou mesmo um misto dos dois sistemas. É o que pode ser observado no cotejo dos sistemas de sufrágio ado-

tados por países tradicionalmente democráticos como a Inglaterra, os Estados Unidos, a França, a Suíça, a Suécia, para mencionar alguns dentre os vários exemplos possíveis de países democratas que adotam os sistemas direto e indireto de sufrágio na escolha de seus governantes.

Então, a opção por um sistema ou outro não é de, jamais, ser o resultado da escolha entre ficar com a democracia ou repudiá-la, senão reconhecer qual dessas práticas mais se ajuste ao objetivo da própria preservação da democracia, vista esta, naturalmente, como a sistemática capaz de ensinar igualdade de oportunidade a todos, com o respeito pelos direitos de cada qual não afetando os direitos preexistentes da coletividade respectiva. E essa escolha depende, naturalmente, de uma série de fatores ora de natureza sociológica, ora de fundo culturoológico.

O sistema de eleição direta tem, de fato, a virtude de ensinar ao povo a liberdade de escolha sem intermediação, mas essa liberdade não se pode dizer absoluta porque esse mesmo povo jamais escolhe o candidato que quer, senão aquele que lhe é apontado por pressupostos delegados seus nas convenções partidárias, e isto entendido sob o argumento de que, em tese, cada eleitor deva idealisticamente inserir-se num partido político. Mas o sufrágio direto, entre nós, tem ensejado apontadas práticas de modificação — inversão mesmo em alguns casos — da vontade efetivamente manifesta nas urnas, mediante a confecção de mapas que não refletem fielmente a manifestação do eleitorado conforme o voto dado.

A própria Oposição, que tanto se insurge contra o sistema indireto, qualificando-o sistema impuro de escolha de governantes — e os detentores de mandato legislativo se inserem à evidência entre os governantes eleitos —, verberou, por seus integrantes no Estado de Pernambuco, o resultado do último pleito para o Senado Federal, naquele Estado, alegando fraude no registro dos votos.

Então, se o sistema de sufrágio direto permite falhas tão comprometedoras da manifestação da vontade soberana do povo, por que só causticar o sistema de sufrágio indireto, como se ele fosse o único que possibilitasse a conspurcação da vontade popular?

Mas, se inobstante os defeitos que o sistema de sufrágio direto também comporta, o seu restabelecimento, entre nós, para a escolha dos governantes em todos os níveis, tivesse a virtude de somar todos os fatos positivos, necessários à configuração da prática de uma democracia ideal — virtude que, absolutamente, não tem — há muito, por certo, teríamos enveredado pelo caminho da solução feliz, tão fácil seria ela de ser atingida.

Alega-se, no entanto, que haveria uma vontade manifesta, geral, pleiteando no sentido do retorno ao sistema de eleição direta para a escolha dos exercentes de mandatos executivos em todos os níveis e, inclusive, no sentido da eliminação do sistema indireto de escolha de um terço da composição do Senado Federal.

No entanto, pode-se considerar que essa vontade reflita a voz coletiva consciente, que só é de ser entendida aquela que propugne por solução realística, capaz de consultar, em efetividade e não apenas idealisticamente, seu interesse?

Consultaria a esse interesse, assim — é outra pergunta que nos devemos propor — o retorno ao sistema de eleição direta em todos os níveis?

Não temos dúvida em afirmar que o sistema de eleição direta, tanto quanto o indireto, é hábil à escolha dos Chefes dos Executivos

Estaduais. Mas será igual a conclusão quanto à escolha do Chefe da Nação?

No primeiro caso é possível, a nosso entender, que o voto se firme sobre uma base popular consciente, desde que, tendo o candidato domicílio eleitoral no Estado pelo qual pretenda eleger-se, o que pressupõe o conhecimento de suas qualidades de homem público pelos eleitores, não haveria como ser esse mesmo eleitorado iludido na sua boa fé pela dialética ou por força das artimanhas de um candidato altamente persuasivo na sua pregação.

Mas essa segurança da certeza do eleitor quanto às reais qualidades de um candidato nacional, cuja imagem pode facilmente ser deformada mediante campanhas bem articuladas e que não pode ser analisada ao fim da busca do homem real que se esconde por trás da aparência, leva muitas vezes o eleitor a terríveis enganos de escolha, quando esse candidato não tem um passado conhecido na área de qualquer dos Estados em que, até então, não haja atuado politicamente.

Por outro lado, é momento, então, de perguntar:

Que ofensa resultaria ao direito de o povo escolher, por exemplo, o Chefe da Nação, se esse mesmo povo faz-se representar, delegando o poder de soberania, que só ele detém e, pois, de representação necessária a tanto, a um legítimo representante seu? E acrescentaríamos — reforçando — ser legítimo esse representante, quanto à delegação, porque, ao ungir o mandatário com os poderes de representação para determinadas missões políticas, reconheceu, previamente, o representado na pessoa de seu representante, medianamente a confiança traduzida na outorga do mandato, capacidade, competência, legitimidade, enfim, para eleger em seu nome, o Supremo Magistrado do País e posto que a lei, antecedente à outorga do mandato, já teria afirmado que nos poderes de representação se incluía o de eleger em nome do representado o Chefe da Nação.

Por último — é de convir —, de regra, os que combatem o sistema de eleição indireta o fazem apenas estribados em opiniões personalíssimas e sob enfoque da própria conveniência política e não fundamentados em qualquer razão de ordem jurídica, filosófica ou sociológica, cabal a demonstrar a ilegitimidade da representação quanto ao exercício da competência outorgada ao representante, para eleger em nome do representado.

Veja-se, ainda, que justamente os países mais ciosos da observância de padrões inerentes à prática da democracia é que optaram pelo sistema — democrático, pois (replise-se) — de escolha indireta do Chefe de Governo. Isto o que ocorre nos Estados Unidos, em que o colégio de delegados é que dá a palavra final sobre a escolha do Presidente da República e, ainda, em todos os países em que a escolha do Primeiro-Ministro, que é quem, ao fim, nos regimes de Gabinete, governa a Nação, e que é eleito não diretamente pelo povo, mas por delegados seus. Ao revés, poucos, na anciana civilização européia, são os países que adotam o sistema de eleição direta do Chefe de Governo.

Do exposto resta, pois, evidente, uma demonstrada preferência pelo sistema indireto de escolha dos Chefes de Governo. Aliás, de registrar é que, na Europa Ocidental, de regra, este o sistema adotado, cumprindo referir, face à sua tradição de país democrático e exemplo, como tal, para outras nações, que a França adota, por exceção aos demais, o sistema direto.

As razões dessa preferência, se têm fundamento em raízes históricas e culturais, podem estar justificadas, também, em certos pres-

supostos que parecem evidenciar virtudes que só o sistema indireto de escolha pode conter.

A propósito de tais virtudes ocorre-nos lembrar, ainda, a manifestação de PAULO BONAVIDES em sua obra já citada. Mencionando TOCQUEVILLE e TAINÉ, como ilustres corifeus do sistema de sufrágio indireto, esse professor recorda argumentos mencionados como favorecendo ao referido sistema.

Segundo a referência feita, militam em favor do sufrágio indireto as razões de que:

"a) os graus interpostos operam como filtros, de modo que os eleitores secundários — eles mesmos já uma elite — ficam em condições de sufragar ou selecionar os mais capazes e competentes;

.....  
n) atua o sufrágio indireto como força moderadora, enfreado as paixões políticas, abrindo espaço à reflexão, ensejando a prudência das designações."

Mas, isto, sem esquecer, é claro, que ele, da mesma forma como o sistema direto de escolha, não deixam de conter defeitos inerentes a qualquer sistema de representação, pois nenhum deles é capaz de atingir o ideal da perfeição.

Assim, se, especialmente quanto à sobre-referida razão primeira, ela não se dissesse necessária, ao fim da apuração da escolha de um candidato regional à disputa da representação do respectivo eleitorado, ela haverá, por contrário, de ser exigida no tocante à escolha de um candidato nacional, por todos aqueles motivos já referidos, que não permitem ao eleitorado uma escolha feita em bases efetivamente seguras.

Quando aludimos ao voto direto, que constitui forma a mais natural da participação das massas no governo, não podemos nos esquecer das ponderações que, ao propósito dessa participação, faz THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI em seu trabalho já referido, quando afirma que, inobstante serem as massas heterogêneas, pluralistas e diferenciadas, cada uma delas se une por força da necessidade de se libertarem das antigas elites e, assim, poderem constituir poderosa força democrática. Mas essa união, conforme o publicista retrocitado, enseja a ocorrência de circunstância negativa, que seria a sensibilidade à ação demagógica, e pelo que, consoante lembra DAVID TRUMAN (*American System in Crisis — Political Science Quarterly*, 1950), o futuro da democracia estaria na dependência do chamado "consensus das elites" no processo de subversão do sistema pelos demagogos".

Nas conclusões do trabalho de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI a que nos vimos reportando, alude ele ao problema da democracia como sistema, afirmando que ela "é... um sistema político que, partindo de suas bases fundamentais, sobre as maiores distorções na sua execução, menos pela corrupção dos homens, talvez, do que pela dificuldade de sua adaptação às situações peculiares de cada país, à formação histórica, à composição social, às deficiências culturais, às ambições humanas, às lutas ideológicas, às transformações da vida social, ao advento da política de massas". (Autor e obra citados, pág. 47 do n.º 1 — vol. I, jan./mar. 1968, da *Revista de Ciência Política*).

No mesmo estudo, lembra mais adiante o mestre THEMISTOCLES que a ciência política e a técnica jurídica criam sempre novos institutos, modificam os existentes, na busca de uma solução racional ao fim da redução dos efeitos negativos de fatores que tiram do

sufrágio, isto é, da vontade soberana do povo, manifesta no voto, a sua autenticidade.

Mas — deduz-se de subsequente advertência do insigne mestre patricio — devem ser estabelecidas segundo a capacitação do povo para praticá-las. Isto, o que sobressai da subsequente proposição desse nosso festejado juspublicista:

“Se um povo não tem condições para praticar com perfeição todas essas instituições, é preciso ajustá-las à situação peculiar a cada país, mas conservando-se as bases essenciais do sistema democrático. Nem todos os povos podem gozar das formas mais perfeitas de democracia, mas é preciso, pelo menos, atender às exigências mínimas do sistema.”

E é fundamentado nas precedentes razões que, mantendo-nos coerentes com posição já firmada ao ensejo em que, no ano passado, tivemos a iniciativa de proposta de emenda constitucional reinstituidora do pleito direto para o governo dos Estados, nos manifestamos favoravelmente à Proposta do Sr. Presidente da República que, com o mesmo objetivo, ora é submetida ao exame do Congresso Nacional, deixando de acatar as emendas sobre essa Proposta incidentes quanto à reinstituição do voto direto para a eleição do Presidente da República.

#### A SUPRESSÃO DO SISTEMA DE ELEIÇÃO INDIRETA PARA A COMPOSIÇÃO DE UM TERÇO DA REPRESENTAÇÃO DO SENADO

Antes que possamos ver qualquer inconveniência no retorno ao sistema direto como exclusivo para a eleição para o Senado Federal, tudo conduz a que a medida seja adotada, pois a escolha dos membros da Câmara Alta, diretamente pelo povo, remonta à primeira Constituição brasileira. Estabelecia, de fato, nossa primeira Carta Constitucional, em seu art. 40, que “o Senado é composto de membros vitalícios, e será organizado por eleição provincial”.

Assim, retomando o caminho da tradição brasileira, entendemos deva ser reinstituído, como sistema exclusivo de escolha para o Senado Federal, o do sufrágio direto.

No caso, e como já o argumentamos, o voto consciente do eleitor não encontra aqueles obstáculos possíveis quando se trate de um candidato nacional, já apontados ao fundamentarmos nossa conclusão contrária ao pleito direto para a Presidência da República, eis que se trata de escolha de um candidato regional, de regra, com passado político conhecido e acompanhado pelo eleitor.

#### O MANDATO DOS SENADORES ELEITOS MEDIANTE SUFRÁGIO INDIRETO

— Uma questão de direito adquirido —

É oportuno assinalar que, questionando a legitimidade dos pleitos indiretos para cargos políticos eletivos no Brasil, e só no Brasil, ilustres signatários das emendas incidentes sobre a Proposta do Senhor Presidente da República ora sob exame propõem apenas a redução do período do mandato dos Senadores eleitos indiretamente e não de todos os eleitos por sufrágio indireto. Data venia de tão ilustres colegas, para que seu posicionamento fosse marcado pela coerência, somente duas alternativas poderiam escolher: a proposta de redução não só dos mandatos dos atuais Senadores eleitos indiretamente, mas de todos quantos, no plano federal e (se possível fosse) no plano estadual, tiveram seus nomes sufragados em pleitos indiretos; sob o mesmo fundamento da ilegitimidade, ou respeitariam a



integralidade de todos esses mandatos, optando por alternativa que seria, a nosso entender, a única consentânea com o primado da lei e do princípio constitucional do direito adquirido. E todos os que defendem o respeito à Constituição como garantia indispensável à segurança dos cidadãos não podem desconhecer que o direito adquirido, pela razão de se constituir princípio constitucional consagrador de direito individual, não há como possa ser negado mesmo por disposição da própria Constituição Federal editada com índole transitória e, pois, não integrante do corpo de normas de Organização do Estado de cunho permanente.

Não é demais, a propósito da questão do direito adquirido, trazer a pelo o sempre lúcido — e brilhante mesmo — ensinamento de um de nossos maiores constitucionalistas — CARLOS MAXIMILIANO, ao comentar o § 3.º do art. 141 da Constituição de 1946, consagrador da inatacabilidade do direito adquirido:

“O princípio inscrito no art. 141, § 3.º, domina, incontestado, a consciência jurídica universal. É impossível obedecer às leis, se, havendo predominado uma ao realizar-se um ato, puder outra ser aplicada no julgamento, em qualquer tribunal. Não há solidez na ordem jurídica, se não se observam os mesmos preceitos desde a época em que se verificaram os fatos ajuizados, até o *verdictum* final.”

Seria, pois, o mesmo dizer-se, com CARLOS MAXIMILIANO, que não tem valor norma de que hierarquia seja, a não ser se editada pelo Poder Constituinte Originário, que tudo pode, e somente ele, sem restrição de qualquer espécie, se eia nega a prevalência de princípio constitucional, mormente quando ele traz raízes — para usar a expressão do festejado mestre MAXIMILIANO — “na consciência jurídica universal”.

#### A CONVENIÊNCIA DA ESCOLHA DO PREFEITO DA CAPITAL PELO GOVERNADOR DO ESTADO

Quanto à eleição dos Prefeitos das Capitais, o nosso entendimento é o de que, sem embargo das judiciosas razões que se constroem em favor da escolha mediante sufrágio direto, é preferível ficar com o atual sistema de nomeação pelo Governo do Estado *ad referendum* da Assembléia Legislativa respectiva, por reconhecer que essa forma de escolha é a que melhor consulta, dentro do quadro atual, os interesses dos respectivos municípios.

Ninguém contesta que as comunas brasileiras padecem do mal insidioso da persistente falta de recursos para atender até mesmo às prestações mais vitais de serviços públicos à respectiva população. É incontestável é, também, que esse mal toma feições mais graves quando se trate dos Municípios das capitais em face de que, sendo eles pólo de atração de correntes migratórias procedentes do interior, crescem demograficamente de maneira incontrolável, multiplicando os problemas da respectiva municipalidade com o crescimento desordenado da demanda de serviços públicos locais.

É imperioso considerar que, salvo raras exceções, as municipalidades cujas administrações não são da mesma linha política do Governo do Estado padecem a incompreensão desse mesmo Governo, que não tem por que, politicamente, assistir a respectiva Prefeitura em suas aperturas financeiras. Imaginemos tal problema transferido para as Prefeituras das capitais dos Estados, mais do que quaisquer outras dependentes da ajuda do governo estadual até mesmo para atender à prestação dos serviços mais essenciais aos respectivos municípios!

De tal sorte, não podemos, por mera questão de apego a fórmulas ideais de representação, permitir que venham as populações dos Municípios de nossas capitais sofrer mais que a quota de sacrifícios que a estrutura atual de distribuição de rendas públicas a elas impõe, possibilitando que o governo dessas municipalidades venha a ser administrado por Prefeito que não seja alinhado politicamente aos Governadores de Estado.

## II — Voto

Isto posto, o nosso voto é:

I — Pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 76, de 1980, de iniciativa do Sr. Presidente da República, na forma do Substitutivo anexo que, omitindo a referência ao § 3.º do art. 41 da Constituição Federal, permite seja eliminada a imprecisa referência aos Suplentes eleitos com cada Senador, conforme a redação sugerida na Proposta de Emenda em causa, ao mesmo tempo em que logra a manutenção do § 3.º do art. 41, conforme em vigor, que explicita que “cada Senador será eleito com dois suplentes”;

II — pela rejeição das Emendas n.ºs 1, 2 e 3, pelos fundamentos que embasam a nossa conclusão contrária:

a) à reinstauração do sistema de sufrágio direto para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Prefeitos das Capitais e à redução dos mandatos dos primeiros para cinco anos;

b) à redução, para quatro anos, dos mandatos dos Senadores eleitos por sufrágio indireto em 1978;

c) à antecipação das eleições dos Prefeitos para dois anos antes das eleições gerais para Governador, para a Câmara dos Deputados e para as Assembléias Legislativas;

d) à garantia de candidatura para o Senado Federal, em 1982, dos Senadores eleitos por sufrágio indireto em 1978, especialmente porque a respectiva Emenda, a de n.º 2, não propõe, como seria necessário àquele objetivo, a redução de mandato desses Senadores para quatro anos, para que haja, em 1982, a renovação dos dois terços na representação junto à Câmara Alta, que a Emenda, apenas implicitamente, admite ocorrer, tanto que alude a “uma das vagas a serem preenchidas em 1982”.

Este, o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Sala das Comissões, 21 de outubro de 1980. — Senador Humberto Lucena, Presidente — Deputado Edison Lobão, Relator — Deputado Magalhães Pinto — Senador Lomanto Júnior — Senador Leite Chaves (com restrições) — Deputado Afrísio Vieira Lima — Deputado Jorge Moura (com restrições) — Deputado João Gilberto (com restrições, na forma da declaração de voto) — Deputado Hugo Napoleão — Senador Luiz Cavalcante — Senador Jorge Kalume — Senador José Lins — Deputado Luiz Rocha — Deputado Epitácio Cafeteira (com restrições) — Deputado Genésio de Barros — Senador Gilvan Rocha (com restrições) — Deputado Maluly Neto — Deputado Max Mauro (com restrições) — Senador Aderbal Jurema — Senador Bernardino Viana — Senador Pedro Simon (com restrições, na forma da declaração de voto) — Senador Marcos Freire (com restrições, na forma da declaração de voto).

## SUBSTITUTIVO

Art. 1.º — O § 2.º do art. 13 e o caput e os §§ 1.º e 2.º do art. 41 da Constituição Federal passam a vigorar, respectivamente, com a seguinte redação:

“Art. 13 — .....

§ 2.º — A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, far-se-á por sufrágio universal e voto direto e secreto; o candidato a Vice-Governador considerar-se-á eleito em virtude da eleição do candidato a Governador com ele registrado.

Art. 41 — O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos.

§ 1.º — Cada Estado elegerá três Senadores, com mandato de oito anos.

§ 2.º — A representação de cada Estado renovar-se-á de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e por dois terços.

§ 3.º — .....

Art. 2.º — O mandato dos atuais Senadores terá a duração prevista na legislação em vigor à data da respectiva eleição.

DEPUTADOS: Edison Lobão — Nilson Gibson — Airon Rios — Raul Bernardo — Djalma Marinho — Ary Kiffuri — Joel Ferreira — Lúcia Viveiros — Darcillo Ayres — Siqueira Campos — Brabo de Carvalho — Rafael Faraco — Claudino Sales — Joacil Pereira — Humberto Souto — Hugo Napoleão — Luiz Rocha — Eptácio Cafeteira — Maluly Netto — Magalhães Pinto (com restrições) — Afrísio Vieira Lima — Jorge Vargas — Jorge Moura (com restrições) — Ossian Araripe — Josias Leite — Airton Sandoval — Milton Brandão — Alberto Hoffmann — Baldacci Filho — Henrique Turner — Alcides Franciscato — Genésio de Barros — Adhemar Ghisi — Antônio Amaral — Gomes da Silva — Antônio Florêncio — Wildy Vianna — Anísio de Souza — Rômulo Galvão — Celso Peçanha — Vicente Guabiroba — Paulo Lustosa — Jairo Magalhães — Osvaldo Melo — Hugo Rodrigues da Cunha — Álvaro Gaudêncio — Ubaldino Melrelles — João Alves (apoiamento) — Altair Chagas — Alcir Pimenta — Bezerra de Melo — Menandro Minahim — Antônio Ferreira — Artenir Werner — Stoessel Dourado — Honorato Vianna — Alexandre Machado — Glória Júnior — Adhemar Pereira — Navarro Vieira Filho — Waldmir Belinati — Dario Tavares — Nasser Almeida — Júlio Martins — Paulo Guerra — Ney Ferreira — Paulo Pimentel — Raymundo Diniz — Odufo Domingues — Pedro Corrêa — Manoel Gonçalves — Adhemar de Barros Filho — Antônio Mazurek — Braga Ramos — Aroldo Moletta — Amílcar de Queiroz — Victor Fontana — Lúcio Cloni — Ludgero Raulino — Antônio Gomes — Castejon Branco — Antônio Zacharias — Alípio Carvalho — Hermes Macedo — Geraldo Guedes — Hélio Duque — Evaldo Amaral — João Faustino — Guido Arantes — Airton Reis — Inocêncio Oliveira — Italo Conti — Angelo Magalhães — Celso Carvalho — Cardoso de Almeida — Paulo Studart — Paulo Ferraz — Milton Figueiredo — Delson Scarano — Pedro Lucena — Roberto Carvalho — Rubem Figueiró — Ilegível — José de Souza — Pedro Germano — Walber Guimarães — Louremberg Nunes Rocha — Christiano Lopes — Ilegível — Feu Rosa — Fernando Magalhães — Cantídio Sampaio — Vieira da Silva — Herbert Levy — Ary Alcântara — Diogo Nomura — Rezende Monteiro — Joel Ribeiro — Haroldo Sanford — Hélio Campos — Agassiz Almeida — Arnaldo Schmitt — Rosa Flores — Luiz Baccarini — Célio Borja — Pedro Geraldo Costa — Henrique Eduardo Alves — Odacir Soares — João Carlos de Carli — Rubem Medina — Cristiano Cortes — Paulo Torres — Nabor Júnior — Carlos Sant'Anna — Adauto Bezerra — João Linhares — Ilegível — Adhemar Santillo — Bias

Fortes — Carlos Cotta — Gerson Camata — Saramago Pinheiro — Djalma Bessa — Péricles Gonçalves — Emídio Perondi — Homero Santos — Adriano Valente — Wilson Faicão — Tertuliano Azevedo — Luiz Vasconcellos — Geraldo Fleming — Álvaro Dias — Athlé Cou-ry — Nagib Haickel — Cláudio Strassburger.

**SENADORES:** Aloysio Chaves — Passos Pôrto — João Lúcio — Luiz Cavalcante — Milton Cabral — Helvídio Nunes — Almir Pinto — Bernardino Viana — Eunice Michiles — Aderbal Jurema — Pedro Pedrossian — Benedito Canelas — Hugo Ramos — Dirceu Cardoso — Nilo Coelho — Saldanha Derzi — Moacyr Dalla — Jorge Kakume — José Caixeta — Gabriel Hermes — Tarso Dutra — Gastão Müller — Leite Chaves — Marcos Freire (com restrições) — Pedro Simon.

#### DECLARAÇÃO DE VOTO

Votando favoravelmente à Proposta Governamental de eleições diretas para Governador e Senador, porque vemos nela um avanço da participação popular que esperamos seja realmente garantido e realizado sem novos retrocessos ou casuismos de véspera de eleições, reafirmamos nosso compromisso com a devolução ao povo do direito de eleger seu Presidente da República e os Prefeitos de todos os Municípios.

Reafirmamos, pois, nossa disposição de lutar para conquistar eleições diretas em todos os níveis, substituindo as atuais indicações de Prefeitos de alguns Municípios — áreas de segurança, capitais de Estado e estâncias hidrominerais —, bem como a eleição indireta para Presidente da República.

Não vemos como lutar por eleições diretas em todos os níveis possa criar problemas para um processo político que se diz de abertura. Pelo contrário, significa buscar a verdadeira abertura que se dá com a ampla participação popular.

Para assegurar a eleição direta dos Governadores e dos Senadores! Para conquistar a eleição direta de Presidente da República e de todos os Prefeitos!... A luta continua!

Sala das Sessões, 21 de outubro de 1980. — Deputado João Gilberto — Senador Marcos Freire — Senador Pedro Simon.

#### V — Discussão em 1º turno

Na sessão conjunta do Congresso Nacional de 12 de novembro (9), usaram da palavra para discutir a matéria os Deputados Anísio de Souza, Peixoto Filho, Cardoso Alves, Carlos Sant'Anna, João Gilberto, Del Bosco Amaral e Tidei de Lima. No prosseguimento da discussão, em sessão convocada para o mesmo dia, às 18 horas e 30 minutos (10), ocuparam a tribuna os Deputados José Costa, Agassiz Almeida, Aluizio Bezerra, Luiz Baptista, Rui Cêdo e Edson Khair.

#### VI — Votação em 1º turno

A 13 de novembro (11), o Congresso reuniu-se, em sessão matutina, para a votação em 1º turno da Proposta de Emenda Constitucional nº 76/80.

(9) DCN — Sessão Conjunta — 13-11-80, pág. 3.286

(10) DCN — Sessão Conjunta — 13-11-80, pág. 3.285

(11) DCN — Sessão Conjunta — 14-11-80, pág. 3.316

Foram lidos os seguintes requerimentos:

**REQUERIMENTO N.º 73, DE 1980-CN**

Nos termos regimentais, requeremos preferência para votação do Substitutivo oferecido pela Comissão Mista à Proposta de Emenda à Constituição n.º 76, de 1980.

Sala das Sessões, 13 de novembro de 1980. — Senador **Jarbas Passarinho**, Líder do PDS no Senado — Deputado **Nelson Marchezan**, Líder do PDS na Câmara.

**REQUERIMENTO N.º 74, DE 1980-CN**

Nos termos regimentais, requero preferência para votação da Emenda n.º 1, de autoria do Deputado Ulysses Guimarães e outros.

Sala das Sessões, 13 de novembro de 1980. — Deputado **Freitas Nobre**.

Aprovado o Requerimento n.º 73/80-CN, com votos contrários da bancada do Partido Popular e do Partido Trabalhista Brasileiro, ficou prejudicado o Requerimento n.º 74/80-CN, passando-se à votação do Substitutivo da Comissão Mista à Proposta de Emenda Constitucional n.º 76/80.

No encaminhamento da votação, usaram da palavra os Senadores Orestes Quércia, Gilvan Rocha e Paulo Brossard e os Deputados Waldir Walter, Antônio Mariz, Antônio Carlos de Oliveira, Edison Lobão, Freitas Nobre, João Cunha, Alceu Collares, Jorge Cury e Nelson Marchezan.

Procedida a votação, verificou-se o seguinte resultado:

**Câmara dos Deputados:** 389 votos sim e nenhum contrário.

**Senado Federal:** 54 votos sim e nenhum contrário.

Aprovado o Substitutivo da Comissão Mista, ficaram prejudicadas a Proposta e as Emendas, voltando a matéria à Comissão Mista para a redação do vencido para o 2º turno.

Foram apresentadas Declarações de Voto dos Deputados Airon Rios e Jader Barbalho (12).

Lido o Parecer da Comissão Mista com a redação do vencido (13), foi convocada sessão conjunta para a discussão da matéria em segundo turno.

**VII — Discussão e votação em 2º turno**

Na sessão conjunta de 13 de novembro às 13 horas (14), encerrada a discussão sem oradores, foi colocada em votação, em 2º turno, a matéria, constatando-se o seguinte resultado:

**Câmara dos Deputados:** 390 votos sim e nenhum contrário.

**Senado Federal:** 54 votos sim e nenhum contrário.

(12) DCN — Sessão Conjunta — 14-11-80, pág. 3.324

(13) Parecer n.º 250, de 1980 — DCN — (CN) — Sessão Conjunta — 14-11-80, pág. 3.324

(14) DCN — Sessão Conjunta — 14-11-80, pág. 3.327

## VIII — Promulgação

Em sessão solene do Congresso Nacional, realizada a 19 de novembro (15), foi promulgada a Emenda Constitucional nº 15, de 1980.

### EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15

**Restabelece o sistema de voto direto nas eleições para Governador de Estado e para Senador da República.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º — O § 2º do art. 13 e o caput e os §§ 1º e 2º do art. 41 da Constituição Federal passam a vigorar, respectivamente, com a seguinte redação:**

**“Art. 13 — .....**

**§ 2º — A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, far-se-á por sufrágio universal e voto direto e secreto; o candidato a Vice-Governador será considerado eleito em virtude da eleição do candidato a Governador com ele registrado.**

**Art. 41 — O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos.**

**§ 1º — Cada Estado elegerá três Senadores, com mandato de oito anos.**

**§ 2º — A representação de cada Estado renovar-se-á de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e por dois terços.**

**§ 3º — .....**”

**Art. 2º — O mandato dos atuais Senadores terá a duração prevista na legislação em vigor à data da respectiva eleição.**

Brasília, em 19 de novembro de 1980.

A Mesa da Câmara dos Deputados:

**FLAVIO MARCÍLIO, Presidente — Homero Santos, 1º-Vice-Presidente — Renato Azeredo, 2º-Vice-Presidente — Wilson Braga, 1º-Secretário — Epitácio Cafeteira, 2º-Secretário — Ari Kffuri, 3º-Secretário — Walmor de Luca, 4º-Secretário.**

A Mesa do Senado Federal:

**LUIZ VIANA, Presidente — Nilo Coelho, 1º-Vice-Presidente — Dinarte Mariz, 2º-Vice-Presidente — Alexandre Costa, 1º-Secretário — Lourival Baptista, 3º-Secretário — Gastão Müller, 4º-Secretário.**

(15) DCN — Sessão Conjunta — 20-11-80, pág. 3.431  
DO de 21-11-80, pág. 23.337

# Emenda Constitucional n.º 16, de 27 de novembro de 1980

Sinopse: **JOSÉ XAVIER DA SILVA**

Técnico Legislativo da Subsecretaria  
de Edições Técnicas

## SUMÁRIO

- I — Mensagem n.º 101, de 1980 (CN)  
Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980
- II — Comissão Mista
- III — Emendas
- IV — Parecer
- V — Discussão e votação em 1.º turno
- VI — Discussão e votação em 2.º turno
- VII — Promulgação

### I — Mensagem

Na sessão conjunta do Congresso Nacional, em 29 de agosto de 1980, foi lida a Mensagem do Senhor Presidente da República submetendo à deliberação do Poder Legislativo a Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda n.º 16, de 1980 (1):

#### MENSAGEM N.º 101, DE 1980 (CN)

(N.º 333, na origem)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Nos termos do art. 47, item II, da Constituição, em caráter preferencial para recebimento, tenho a honra de submeter à apreciação de Vossas Excelências, acompanhada de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado do Interior, a anexa Proposta de Emenda à Constituição, que "altera o art. 5.º e o caput do art. 26 da Constituição".

Brasília, 18 de agosto de 1980. — **JOÃO FIGUEIREDO.**

(1) DCN — Sessão Conjunta — 30-8-80, pag. 2.174.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

Tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Proposta de Emenda à Constituição, que pretende alterar as redações do seu art. 5.º e do caput do seu art. 26, para, no primeiro caso, incluir, entre os bens atribuídos aos Territórios Federais, os lagos em terrenos de seus domínios, os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres, e as terras devolutas não compreendidas entre os bens da União, e, no segundo caso, para que os Territórios, como ocorre com os Estados, Distrito Federal e Municípios, venham a ser beneficiados com a distribuição do produto da arrecadação dos impostos enumerados nos itens do retrocitado art. 26, que se pretende modificar.

Os Territórios, como é sabido, encontram-se numa fase de acentuado desenvolvimento e reorganização, exigindo, em consequência, para atender os problemas decorrentes, um suprimento maior de recursos. A medida que a Proposta de Emenda pretende, sem afetar os critérios aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, objetiva atenuar dificuldades existentes, e não modifica os percentuais estabelecidos na Carta Magna. O procedimento, além disso, parece também justo, enquanto não prejudica a União, não retira, dos atuais destinatários da distribuição de que se trata, meios substanciais e contempla os Territórios, em cuja área, além do mais, são arrecadados os citados impostos.

Decidindo Vossa Excelência pela conveniência da proposição, o seu encaminhamento ao Congresso Nacional poderá ser feito nos termos do art. 47, item II, da Constituição.

Queira aceitar, Sr. Presidente, os protestos do meu mais profundo respeito. — Mário David Andreazza.

#### PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N.º 80, DE 1980

Altera o art. 5.º e o caput do art. 26 da Constituição.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo único — A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações nos artigos adiante indicados:

“Art. 5.º — Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.

Art. 26 — A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios:”

#### LEGISLAÇÃO CITADA

##### CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Art. 5.º — Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.



**Art. 26** — A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

**I** — quarenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos mencionado no item VIII do art. 21;

**II** — sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre energia elétrica mencionado no item VIII do art. 21; e

**III** — noventa por cento do produto da arrecadação do imposto sobre minerais do País mencionado no item IX do art. 21.

§ 1.º — A distribuição será feita nos termos de lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguinte critérios:

a) nos casos dos itens I e II, proporcional à superfície, população, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao item II, quota compensatória da área inundada pelos reservatórios;

b) no caso do item III, proporcional à produção.

§ 2.º — As indústrias consumidoras de minerais do País poderão abater o imposto a que se refere o item IX do art. 21 do imposto sobre a circulação de mercadorias e do imposto sobre produtos industrializados, na proporção de noventa por cento e dez por cento, respectivamente.

.....

## II — Comissão Mista

De acordo com as indicações das Lideranças, ficou assim constituída a Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre a matéria (2):

Pelo Partido Democrático Social — Senadores Jorge Kalume, Raimundo Parente, Eunice Michiles, Aderbal Jurema, Passos Pôrto, Almir Pinto e os Srs. Deputados Antônio Pontes, Hélio Campos, Júlio Martins, Odacir Soares, Paulo Guerra e Osvaldo Melo.

Pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Adalberto Sena, Itamar Franco, Roberto Saturnino e os Srs. Deputados Délio dos Santos, Waldir Walter e Antônio Russo.

Pelo Partido Popular — Senador Evelásio Vieira e os Srs. Deputados Lúcia Viveiros e Pedro Lucena.

Pelo Partido Trabalhista Brasileiro — Senador Leite Chaves.

A Comissão Mista foi instalada a 1º de setembro (3), eleitos para a presidência o Senador Adalberto Sena e para a vice-presidência o Senador Jorge Kalume.

Foi designado Relator o Deputado Paulo Guerra.

Na 2ª reunião, em 15 de outubro (4), foi comunicada a substituição dos Senadores Evelásio Vieira e Eunice Michiles e do Deputado Hélio

(2) DCN — Sessão Conjunta — 30-9-80, pág. 2.174.

(3) DCN — S. II — 6-9-80, pág. 4.317.

(4) DCN — S. II — 21-11-80, pág. 6.974.

Campos anteriormente designados para a Comissão respectivamente pelos Senadores Gastão Müller e Lenoir Vargas e Deputado Simão Sessim. A Comissão aprovou o parecer do Relator, votando com restrições o Deputado Jerônimo Santana.

### III — Emendas

Emendas oferecidas perante a Comissão Mista incumbida de examinar e emitir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 80, de 1980, que “altera o art. 5º e o caput do art. 26 da Constituição” (5):

Parlamentares	Número das Emendas
Senador Affonso Camargo e outros	2
Deputado Jerônimo Santana e outros	1
Senador Passos Pôrto e outros	3

#### EMENDA N.º 1

(Substitutivo)

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980

**Altera dispositivos da Constituição Federal.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.º — .....

§ 3.º — Os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios poderão ter símbolos próprios.”

“Art. 3.º — .....

§ 1.º — Poderá a União instituir Territórios Federais:

I — desmembrando parte de um Estado;

II — desmembrando parte de outro Território Federal;

§ 2.º — Em qualquer das hipóteses do parágrafo anterior, a criação do Território dependerá de manifestação favorável da população a ser abrangida, mediante plebiscito.

§ 3.º — A lei complementar que instituir um Território Federal preverá o estágio econômico que, uma vez atingido, justifique

(5) DCN — Sessão Conjunta — 12-9-80, pág. 2.399.

sua elevação a Estado, e indicará as fontes de suprimento de recursos suficientes para a efetivação da transformação.”

“Art. 5.º — Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.”

“Art. 9.º — A União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado:

.....”

“Art. 17 — O Distrito Federal e os Territórios são pessoas jurídicas de direito público interno, administrados por Governadores nomeados pelo Presidente da República.

.....

§ 2.º — A União administrará os Territórios Federais visando o seu desenvolvimento econômico, social e político, com recursos e técnicas administrativas capazes de apressar a sua elevação à categoria de Estados.

§ 3.º — O Prefeito e Vice-Prefeito da Capital e dos Municípios dos Territórios Federais serão eleitos nos termos do Inciso I do art. 15.

§ 4.º — Aos Territórios serão conferidos na lei complementar, gradativamente, todos os poderes que explicita ou implicitamente não lhe são vedados nesta Constituição e atribuídos aos Estados.

§ 5.º — Os Territórios Federais poderão ser divididos em Municípios e estes em Distritos na forma que dispuser a lei.

§ 6.º — Aos Municípios dos Territórios são assegurados todos os direitos e prerrogativas previstos nesta Constituição e nas leis federais aos Municípios dos Estados.

§ 7.º — Os Territórios Federais, enquanto não tiverem seu próprio Judiciário, serão atendidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na aplicação da Justiça.

§ 8.º — Os Territórios receberão da União os recursos necessários a seu orçamento, e serão contemplados com as reservas e fundos federais criados para auxiliar o desenvolvimento econômico e social do País, ou qualquer de suas regiões sócio-econômicas.”

“Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios instituir:

.....

§ 1.º — Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, regulando as limitações do poder de tributar.

.....

§ 4.º — Ao Distrito Federal competem, cumulativamente, os impostos atribuídos aos Estados e Municípios.

§ 5.º — A União poderá, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos nesta Constituição, instituir outros impostos, além dos mencionados nos arts. 21 e 22 e que não sejam da competência privativa dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios ou dos Municípios, assim como transferir-lhes o exercício da competência residual em relação a impostos, cuja incidência seja definida em lei federal.”

“Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios:

.....”  
“Art. 20 — .....

.....”  
III — aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

“Art. 23 — Compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios instituir imposto sobre:

.....”  
§ 1.º — O produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública pagos pelo Estado, pelo Distrito Federal e pelos Territórios, será distribuído a estes, na forma que a lei estabelecer, quando forem obrigados a reter o tributo.

§ 2.º — O imposto de que trata o item I compete à unidade federal onde está situado o imóvel, ainda que a transmissão resulte de sucessão aberta no estrangeiro; sua alíquota não excederá os limites estabelecidos em resolução do Senado Federal por proposta do Presidente da República, na forma prevista em lei.

.....”  
§ 6.º — As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelas unidades federais, segundo o disposto em lei complementar.

§ 8.º — Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento constituirão receita dos Estados ou dos Territórios, e vinte por cento, dos Municípios. As parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos fixados em lei federal.”

“Art. 25 — .....

.....”  
§ 1.º — A aplicação dos fundos previstos nos itens I e II será regulada por lei federal, que incumbirá o Tribunal de Contas da União de fazer o cálculo das quotas dos Estados, Territórios e Municípios, ficando a sua entrega a depender:

- a) da aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;
- b) da vinculação de recursos próprios, pelos Estados, Distrito Federal, pelos Territórios e Municípios, para execução dos programas citados na alínea a;

- c) da transferência efetiva, pelos Estados, Distrito Federal, Território e Municípios, de encargos executivos da União; e
- d) do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia.

§ 2.º — Para efeito do cálculo de porcentagem destinada aos Fundos de Participação, excluir-se-á a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos artigos 23, § 1.º, e 24, § 2.º, pertence aos Estados, Territórios e Municípios.”

“Art. 26 — A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios: .....

“Art. 39 — .....

§ 3.º — Excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado, na Câmara, por número de deputados igual ao do Estado, e no Senado, por um Senador. ....”

“Art. 41 — .....

§ 1.º — Cada Estado elegerá três senadores com mandato de oito anos, renovando-se a representação de quatro em quatro, alternadamente, por um e por dois terços, elegendo cada Território um só Senador. ....”

“Art. 42 — .....

III — aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha de magistrados, nos casos determinados pela Constituição, dos Ministros do Tribunal de Contas da União, dos Governadores do Distrito Federal e dos Territórios, bem como dos Conselhos dos Tribunais de Contas do Distrito Federal e dos Territórios e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente.

IV — autorizar empréstimo, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ouvido o Poder Executivo Federal;

V — legislar para o Distrito Federal, Territórios Federais, segundo o disposto no artigo 17, § 1.º; .....

“Art. 43 — .....

IX — Contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1.º, 175, § 4.º, e 178.”

“Art. 57 — .....

IV — disponham sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal;

.....”

“Art. 96 — O Ministério Público dos Estados e dos Territórios será organizado em carreira por lei estadual ou federal, conforme o caso, observado o disposto no § 1.º do artigo anterior.

.....”

“Art. 109 — .....

I — o regime jurídico dos servidores públicos da União e do Distrito Federal;

.....”

“Art. 112 — .....

.....”

VII — Tribunais e juizes estaduais e territoriais.

.....”

“Art. 121 — O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de vinte e sete Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, sendo quinze dentre juizes federais, indicados em lista triplice pelo próprio Tribunal; quatro dentre membros do Ministério Público Federal; quatro dentre advogados que satisfaçam os requisitos do parágrafo único do art. 118; e quatro dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”

“Art. 122 — .....

I — .....

.....”

b) os juizes federais, os juizes do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e nos de responsabilidades;

.....”

“Art. 124 — Cada Estado, bem como o Distrito Federal e os Territórios, constituirá uma Seção Judiciária, que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

Parágrafo único — O Território de Fernando de Noronha compreender-se-á na Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.”

“Art. 132 — Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado, Território e no Distrito Federal.”

“Art. 140 — O Território de Fernando de Noronha fica sob a jurisdição do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Pernambuco.”

“Art. 144 — Os Estados e Territórios organizarão a sua justiça, observados os arts. 113 a 117 desta Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os dispositivos seguintes:

.....”

“Art. 177 — Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino e a União o sistema federal, que terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§ 1.º — A União organizará os sistemas de ensino dos Territórios Federais, até que estas unidades tenham suas próprias estruturas de educação.

§ 2.º — A União prestará assistência técnica e financeira aos Estados, Territórios e ao Distrito Federal, para desenvolvimento de seus sistemas de ensino.

§ 3.º — Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional, que assegurem aos alunos necessárias condições de eficiência escolar.”

“Art. 193 — .....

.....”

§ 2.º — Os membros do Tribunal de Contas dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios terão o título de conselheiro.”

“Art. 202 — Os Estados e Territórios adaptarão sua organização judiciária aos preceitos estabelecidos nesta Constituição e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, dentro de seis meses contados a partir da vigência desta última, ficando extintos os cargos de juiz substituto de segunda instância, qualquer que seja sua denominação.

.....”

“Art. 205 — As questões entre a União, os Estados, os Territórios, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão.”

“Art. 206 — .....

§ 1.º — Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados, Distrito Federal e Territórios na oficialização dessas serventias.

.....”

§ 3.º — Enquanto não fixados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Territórios os vencimentos dos funcionários mencionados, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos.”

## Justificação

A presente emenda à Proposta de Emenda Constitucional n.º 80, de 1980, de autoria do Poder Executivo, atende aos mesmos objetivos perseguidos pelo Governo, ampliando-lhes o alcance, na medida em que se aceita como sincera a intenção de promover o desenvolvimento dos Territórios, equiparando-os em status ao Distrito Federal e propiciando a sua futura elevação à categoria de Estados.

As modificações aqui pretendidas envolvem, necessariamente, a outorga de relativa autonomia aos Territórios, assegurando-lhes: a) direito de arrecadar, nas suas respectivas áreas, os tributos atualmente deferidos aos Estados; b) orçamento próprio, independentemente do Orçamento da União, discutido e votado pelo Senado Federal, tal como ocorre com o Distrito Federal; c) a atribuição de personalidade jurídica de direito público interno em tudo semelhante à do Distrito Federal, com seus tribunais, Ministérios Públicos etc.

Os argumentos com que podemos defender a iniciativa são os mais evidentes possíveis, resumindo-se, contudo, na necessidade ou indispensabilidade de os Territórios Federais se situarem cada vez mais próximos da condição de verdadeiros Estados, sendo esta uma tendência histórica irreversível, do que dá prova a elevação do Acre a Estado e, bem assim, a propalada intenção governamental de fazer o mesmo com o Território de Rondônia.

Cremos, todavia, que a matéria não dispensa umas tantas considerações acerca das origens históricas e mesmo jurídicas e constitucionais, tanto dos Territórios quanto do Distrito Federal, bem como dos pontos de aproximação que justificam a equiparação aqui pleiteada.

“Nosso federalismo” — ensina J. PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE — “é de formação histórica centrífuga. Não adveio de um pacto federativo entre comunidades independentes. Sobreveio com a República, após 67 anos de organização imperial unitária. Transformaram-se em Estados-Membros as províncias do Império, em que, por sua vez, se haviam transmutado desde a fase do Reino Unido as capitânias do período colonial.”

Daí talvez por que, ao contrário dos Estados Unidos e da Argentina, localizar e organizar a sede do governo da União não tenha sido problema de monta, no plano político, para o Brasil republicano e federativo. O sonho inconfindente da interiorização da capital pôde esperar, sem conflitos maiores, até 1960. É que, na verdade, a solução do Distrito Federal, como outras primícias do federalismo do Ato Adicional de 1834, antecedeu no Brasil, em seus pontos essenciais, à própria Federação; já lhe vinha preparada do Império com o chamado Município Neutro.

A Constituição de 1824, conservando a divisão do território nacional em províncias, já submetia, porém, a regime especial aquela em que se situasse a capital do Império (art. 72). Fica ela privada do Conselho Geral de Província, instituído nas demais. E nem Presidência se deu à Província Fluminense. Por que a ela pertencesse a cidade do Rio de Janeiro, a um tempo sua capital e do Império, foi ela posta sob a administração direta do Governo Geral.

O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, coerente na sua direção descentralizadora, corrigiu, entretanto, a anomalia. Liberou da administração central a Província do Rio de Janeiro, mas subtraiu da autoridade de sua Assembléa Legislativa o Município da Corte”.



Data daí, certamente, gradativa relatividade de autonomia que foi sendo dada, pelo legislador constitucional, ao Distrito Federal, a ponto de diferenciá-lo grandemente dos Territórios, unidos, com os quais mais se assemelhava o antigo Município Neutro.

Aliás, um exame, ainda que superficial, das leis de organização do Distrito Federal (Lei n.º 3.751/60) e de organização dos Territórios Federais (Dec.-Lei n.º 411/69) dará, claramente, a idéia de que, não obstante as semelhanças históricas e jurídicas, tais entidades se diferenciam em muito, com um tratamento seguramente mais liberal em favor do Distrito Federal e bem mais restrito em relação aos Territórios.

A tal ponto avultam tais diferenças que autores nacionais chegam a afirmar não ser os Territórios, apesar da letra expressa do art. 1.º da Constituição Federal ("O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela **união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios**"), parte integrante da Federação.

A esse respeito, assim se manifesta MICHEL TEMER:

"O Território é parte integrante da Federação? É seu componente? Como é facilmente perceptível pela primeira parte de nossa dissertação, não podemos admitir que o Território seja parte integrante da Federação. Ser parte componente, integrante de um todo, é compor a substância, o que quer significar que desaparecidas as partes componentes desaparece o todo. A Federação é formada por compartimentos que possuem capacidade política (os Estados). O desaparecimento de tais partes integrantes dela, ou seja, a incapacitação política, implica, necessariamente, no desaparecimento da Federação, porque é da sua substância a composição por segmentos dotados de capacidade de dispor regras sobre negócios seus por meio de autoridades próprias. Por óbvio, extintas as partes que fornecem a substância, extingui-se-á o todo federal. O Estado perderá, no caso, o seu substrato federal, passando a unitário.

Pois, sendo assim, indaga-se: a extinção dos Territórios acaso fará desaparecer a Federação? A evidência da resposta é cristalina. Só a extinção dos Estados, enquanto centros de capacidade política, pode importar no desaparecimento da Federação. Em outras palavras: não importa à corporificação da Federação a existência ou não dos Territórios. Nada significam para sua caracterização. Não são pessoas dotadas de autonomia política. Se é assim como estamos expondo, o que pode explicar o fato do constituinte ter estabelecido no art. 1.º da Constituição Federal do Brasil que somos uma República Federativa constituída pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios? A leitura atenta do dispositivo conduz à impressão de que os Territórios integram a Federação. Mas não é assim. Na verdade, o constituinte adotou, neste passo, apenas um critério físico para determinar o que é o Brasil, deixando claro que os Territórios se incluem na base física da Federação brasileira, na sua conformação geográfica" (MICHEL TEMER, "Natureza Jurídica dos Territórios Federais", in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, vol. 6, pág. 173 e segs.

Vê-se, assim, que os Territórios, devendo assemelhar-se ao Distrito Federal, histórica ou jurídico-constitucionalmente, são, entretanto, quase um corpo estranho em nossa organização, estando, por isso mesmo, cada vez mais distanciados do desiderato final que é sua trans-

formação em Estados. Esta, a transmutação em Estado, seria a tendência natural, até mesmo porque a Constituição, em seu art. 3.º, permite a criação de Estados, sendo a elevação de Território a Estado uma das formas de criação, desde 1934.

A Proposta de Emenda aqui oferecida enquadra-se, pois, perfeitamente com o objetivo fundamental retrorreferido, que, por sinal, vem consignado expressamente no Decreto-Lei n.º 411, de 8 de janeiro de 1969, art. 2.º, *verbis*:

“A União administrará os Territórios tendo em vista os seguintes objetivos:

I — desenvolvimento econômico, social, político e administrativo, visando à criação de condições que possibilitem a sua ascensão à categoria de Estado;

.....”  
A outorga constitucional de uma autonomia relativa aos Territórios, pouco maior do que a atribuída aos municípios e pouco menor do que a prevista para os Estados, tal como aqui se pretende, certamente dará a essas unidades as condições que lhes possibilitarão a ascensão à categoria de Estados.

Sala das Comissões, 3 de setembro de 1980.

DEPUTADOS: Jerônimo Santana — Pimenta da Veiga — Tarcísio Delgado — Adhemar Santillo — Iranildo Pereira — Luiz Leal — Peixoto Filho — Paulo Lustosa — Nilson Gibson — Lúcia Viveiros — Hildérico Oliveira — Walber Guimarães — Hélio Duque — Milton Figueiredo — Octacílio Queiroz — João Faustino — Gilson de Barros — Igo Losso — João Gilberto — Odacir Soares — Carlos Sant’Anna — Oswaldo Lima — Albérico Cordeiro — Getúlio Dias — Marcelo Linhares — Mário Stamm — José Frejat — Odulfo Domingues — Arnaldo Schmitt — Francisco Leão — Raul Bernardo — Olivir Gabardo — Adroaldo Campos — Ludgero Raulino — Sebastião de Andrade — Eloy Lenzi — Vieira da Silva — José Ribamar Machado — Antônio Gomes — Adhemar Ghisi — Rômulo Galvão — Fernando Lyra — Anísio de Souza — JG de Araújo Jorge — Tertuliano Azevedo — Waldir Walter — Celso Peçanha — Evandro Ayres de Moura — João Carlos de Carli — Magnus Guimarães — Darcy Pozza — Stoessel Dourado — Melo Freire — Antônio Anibelli — Inocêncio de Oliveira — Walter Silva — Osslan Araripe — Humberto Souto — Djalma Marinho — Pedro Corrêa — Emídio Perondi — Paulo Marques — Alceu Collares — Osvaldo Macedo — Jorge Arbage — Evaldo Amaral — Juarez Batista — Rubem Figueiró — Renato Azeredo — Jorge Vargas — Iturival Nascimento — Odacir Klein — Modesto da Silveira — Honorato Vianna — Adriano Valente — Israel Dias-Novães — José Carlos Fagundes — Murilo Mendes — Carlos Bezerra — Júlio Campos — Salvador Julianelli — Luiz Cechinel — Theodorico Ferraço — Benedito Marcílio — Euclides Scalco — Rafael Faraco — Juarez Furtado — Jorge Vianna — Jairo Brum — Francisco Libardoni — Guido Arantes — Márcio Macedo — Octávio Torrecilla — Vicente Guabiroba — Christóvam Chiaradia — Castejon Branco — Henrique Turner — Gomes da Silva — Aldo Fagundes — Jader Barbalho — Osmar Leitão — José Carlos Vasconcellos — Antônio Dias — Manoel Ribeiro — Pedro Carolo — Leite Schmidt — Bezerra de Mello — Victor Fontana — Carlos Cotta — Júnia Marise — Siqueira Campos — Nivaldo Krüger — Jorge Uequed — Ailton Sandoval — Henrique Brito — Leonidas Sampaio — Nasser Almeida — Pedro Ivo — Mário Frota — Cardoso Alves — Ruy Silva — Mário Hato — Horácio Matos — Erasmo Dias — Paulo Pimentel — Joel Vivas — Joel Ferreira — Audálio Dantas

— Fernando Magalhães — Paulo Borges — Délio dos Santos — Antônio Zacharias — Paulo Studart — Antônio Mazurek — Walmor de Luca — Sebastião Rodrigues Júnior — Max Mauro — Edilson Lamar-tine Mendes — Jalro Magalhães — Ronan Tito — Fernando Coelho — João Cunha — Nilton Cardoso — Marcello Cerqueira — Pedro Ger-mano — Ademar Pereira — Cristina Tavares — José Penedo — Paulo Rattes — Otacílio Almida — Pedro Sampalo — Carlos Augusto — Aroldo Moletta — Navarro Vieira Filho — Pedro Collin — Roberto de Carvalho — José Maria de Carvalho — Daniel Silva — Wanderley Mariz — Carlos Santos — Natal Gale.

**SENADORES:** Humberto Lucena — Franco Montoro — Dirceu Cardoso — Vicente Vuolo — Bernardino Viana — Gilvan Rocha — Itamar Franco — Mendes Canale — Eunice Michles — Helvídio Nunes — Lázaro Barbosa — Passos Pôrto — Orestes Quêrcia — Nilo Coelho — Mauro Benevides — Cunha Lima — Dinarte Mariz — Alberto Lavinas — Evelásio Vieira — Raimundo Parente — Marcos Freire — Almir Pinto — José Guimard — Jaison Barreto — Jorge Kalume.

#### EMENDA N.º 2

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980

Altera o § 1.º do art. 26 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

“§ 1.º — Os percentuais de distribuição incidirão inclusive sobre as receitas derivadas de parcelas adicionais, calculadas sobre os preços ou valores dos produtos sujeitos a tributação única, de- vendo as importâncias pertencentes aos Estados, ao Distrito Fe- deral, aos Municípios e aos Territórios serem creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos fixados em lei, observados, na correspondente partilha, os seguintes critérios:

- a) nos casos dos incisos I e II, proporcional à superfície, popu- lação, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao inciso II, cota compensatória da área inun- dada pelos reservatórios;
- b) no caso do inciso III, proporcional à produção.”

#### Justificação

1. A nova redação dada ao § 1.º do art. 26 enfatiza o princípio da unicidade tributária (art. 21, incisos VII e IX), relativa a tributação sobre combustíveis e lubrificantes, energia elétrica e sobre minerais do País, de forma a garantir, como consequência, a efetiva e dese- jada partilha constitucional de rendas derivadas de tais tributos.

2. Evita-se, assim, com a medida proposta, a proliferação indis- criminada de práticas inadequadas no andaime legislativo infra- constitucional, em detrimento dos interesses diretos dos Municípios e dos Estados, com incontrastável desrespeito ao Estatuto Básico.

3. Como imperativo constitucional (art. 26) não é auto-executá- vel, a lei virá veicular forma e prazos dos depósitos de cotas parti- lhadas, suprimindo os atuais embaraços causados pelo atraso nas remessas das receitas de transferências.

4. Por último, cabe ressaltar que o texto novo propõe suprimir imposição incompatível com o regimento federativo, de aplicações obrigatórias de recursos transferidos, determinados pela União aos Estados e Municípios.

O próprio Governo inseriu, em 1979, no enunciado da diretriz geral n.º 14 (Pres. João Figueiredo):

"14. Conseqüência natural da abertura política é a diminuição do coeficiente de tutela do Estado sobre a sociedade, sobre a vida econômica e sobre as relações políticas intrafederativas."

Dentro dessa realidade determina o Presidente da República que o Governo Federal venha a tomar medidas tendentes a:

"Diminuir as vinculações das transferências dos fundos de participação, deixando aos Estados e Municípios maior latitude em sua aplicação."

Sala das Comissões, 9 de setembro de 1980.

**SENADORES:** Affonso Camargo — Raimundo Parente — Valdson Varjão — Glivan Rocha — Henrique Santillo — Adalberto Sena — Jutahy Magalhães — Humberto Lucena — Marcos Freire — Orestes Quércia — Pedro Simon — Passos Pôrto — João Lúcio — Nelson Carneiro — João Calmon — Paulo Brossard — Leite Chaves — Alberto Silva — Cunha Lima — Lázaro Barboza — Itamar Franco — Lomanto Júnior — Gabriel Hermes — Agenor Maria — Aderbal Jurema — Mendes Canale — Almir Pinto — Jorge Kalume — José Guilomard — Dirceu Cardoso — Jaison Barreto.

**DEPUTADOS:** Henrique Brito — Juarez Furtado — Rômulo Galvão — João Alves — Paulo Marques — Benedito Marcillo — Thelmo Kirst — Albérico Cordeiro — Wilson Falcão — Guido Arantes — Hildérico Oliveira — Gerson Camata — Cristina Tavares — Auro Sampaio — Ernesto Dall'Oglio — Magnus Guimarães — Pedro Corrêa — Waldir Walter — Stoessel Dourado — Israel Dias-Novas — Adolpho Franco — Alvaro Dias — Henrique Turner — Amadeu Geara — Freitas Diniz — Alcir Pimenta — Ubaldo Bares — Adriano Valente — Leorne Belém — Nivaldo Krüger — Cristino Cortes — Evandro Ayres de Moura — Audálio Dantas — Amílcar de Queiroz — Aurélio Peres — Celso Peçanha — Antônio Ferreira — Geraldo Fleming — Fued Dib — João Gilberto — Paulo Guerra — Jackson Barreto — Tertuliano Azevedo — Christiano Dias Lopes — Victor Fontana — Hugo Napoleão — Borges da Silveira — Euclides Scalco — Max Mauro — Ubaldo Dantas — Antônio Mazurek — Walber Guimarães — João Linhares — Freitas Nobre — Jerônimo Santana — Melo Freire — Osvaldo Mello — Lúcio Cioni — Carlos Sant'Anna — Aroldo Moletta — Pedro Lucena — Ruy Codo — Raymundo Urbano — Francisco Leão — José Ribamar Machado — Antônio Pontes — Darío Tavares — Sebastião Rodrigues Júnior — Ludgero Raulino — Arnaldo Lafayette — Aldo Fagundes — Figueiredo Corrêa — Jairo Magalhães — Honorato Vianna — Paes de Andrade — Hugo Mardini — Lourenberg Nunes Rocha — Corneia Lima — Del Bosco Amaral — Getúlio Dias — Paulo Borges — Vivaldo Frota — Paulo Lustosa — Adhemar Santillo — Vieira da Silva — Calo Pompeu — Roseburgo Romano — Aluizio Bezerra — Edilson Lamartine Mendes — Odacir Soares — Alvaro Gaudêncio — Oswaldo Coelho — Mário Frota — Antônio Mariz — Claudino Sales — Jorge Arbage — Homero Santos — Pinheiro Machado — Carlos Wilson — Júlio Martins — Rafael Faraco — Walter Silva — Pimenta da Veiga — Ernesto de Marco — Octacílio Almeida — Theodorico Ferraço — Pedro Germano — Murilo Mendes — Carlos Chiarelli — Bonifácio de Andrada — Marcondes Gadelha — Ary

Alcântara — Eloy Lenzi — Ossian Araripe — Adauto Bezerra — Gomes da Silva — Antônio Amaral — Furtado Leite — Geraldo Guedes — Iranildo Pereira — Fernando Lyra — Francisco Libardoni — Paulo Ferraz — Djalma Bessa — Olivir Gabardo — Vasco Neto — Angelino Rosa — Cesário Barreto — Marcelo Linhares — Airon Rios — Afrísio Vieira Lima — Epitácio Cafeteira — Marcus Cunha — Iram Saraiva — Paulo Torres — Elquisson Soares — Ubaldino Meirelles — Fernando Coelho — Eloar Guazelli — Geraldo Bulhões — Nossier Almeida — Moacir Lopes — Wildy Vianna — Thales Ramalho — Octacillo Queiroz — Ary Kffuri — Wilson Braga — Anísio de Souza — Simão Sessim — Adhemar Ghisi.

### EMENDA N.º 3

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980

**Altera o art. 5.º e o caput do art. 26 da Constituição Federal.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações nos artigos adiante indicados:

“Art. 5.º — Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres, as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior e os terrenos e acréscidos de marinha, nos quais não existam instalações ou construções da União.

.....

Art. 26 — A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios.”

### Justificação

O objetivo da Emenda substitutiva é incluir entre os bens dos Estados os terrenos e acréscidos de marinha que atualmente pertencem à União.

Isto ocorre por força do item V do art. 4.º, que determina fazerem parte dos bens da União aqueles que atualmente lhe pertencem.

Ora, conforme o disposto no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispôs sobre os bens imóveis da União, os terrenos de marinha e seus acréscidos foram incluídos entre os bens da União. O art. 2.º do mesmo diploma legal definiu ditos terrenos:

“Art. 2.º — São terrenos de marinha, em uma profundidade de trinta e três (33) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da linha do preamar-médio de 1831:

- a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;
- b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

**Parágrafo único** — Para os efeitos deste artigo, a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de cinco (5) centímetros pelo menos do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

**Art. 3.º** — São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.”

Antes de corporificar nesse texto legal, o domínio dos terrenos de marinha foi bastante questionado, havendo mesmo correntes doutrinárias contraditórias, como explica CLOVIS BEVILACQUA, na sua **Teoria Geral do Direito Civil**.

Mostra o autor do Projeto de Código Civil que JOÃO BARBALHO e GALDINO LORETO sustentaram que os terrenos de marinha tinham sido entregues pela Constituição de 1891 aos Estados. Em contraposição a tal entendimento, colocaram-se CARLOS DE CARVALHO e CARVALHO DE MENDONÇA.

Mas, foi sobretudo EPITÁCIO PESSOA, quando Procurador-Geral da República, que fez vitoriosa a tese do domínio da União.

A controvérsia buscava suas razões no fato de o instituto estar em formação em nosso direito, porque o direito romano e o português o desconheceram.

CARVALHO DE MENDONÇA, em trabalho publicado na revista **Direito** (vol. 35, pág. 476), assim justificava o interesse e o direito da União:

“A União está a afetos importantíssimos serviços: a defesa marítima da costa, a navegação, o comércio internacional e interestadual, a conservação, os melhoramentos e fiscalização sanitária dos portos, o estabelecimento de alfândegas e a criação de entrepostos — e, para desempenho de todos eles, não pode ela dispensar os terrenos de marinha, os quais, pela sua localização, se prestam, vantajosamente, àqueles misteres.”

O argumento do eminentíssimo jurista, *data maxima venia*, perdeu sua oportunidade e prova demais.

Realmente, a União não tem condições, nem lhe é conveniente fazer tais instalações e manter tais serviços em toda a extensão da costa brasileira, o que aliás é simplesmente impossível. Com as novas armas hoje existentes, a questão da defesa perdeu completamente a sua razão de ser. E tanto isto é verdade que a quase totalidade dos terrenos de marinha está ocupada por particulares, seja nas zonas urbanas, seja nas demais. A União não tem absolutamente a mínima condição de ocupá-los. Por isso, ela os afora aos particulares, que neles constroem suas residências. É o que ocorre em todos os portos e nas cidades marítimas.

Para administrar os terrenos de marinha, a União não montou serviço capaz. O Serviço do Patrimônio da União não dispõe nem de pessoal, nem de elementos para atender a milhares e milhares de interessados, cujos direitos ficam postergados, em virtude das insuportáveis deficiências do SPU.

Daí por que a proposta que ora é submetida ao Congresso Nacional transfere ao domínio dos Estados os terrenos e acrescidos de marinha ressaltando evidentemente aqueles em que a União construiu e fez instalações, sejam alfandegárias, sejam militares, sejam de que ordem for.

Os demais passarão ao domínio dos Estados, que, evidentemente, têm condições muito melhores para administrá-los, de acordo com o interesse público.

Isto beneficiará inclusive a administração federal, pois desafogará o SPU de milhares de processos, que entravam o progresso das

idades da orla marítima, prejudicando seriamente centenas de milhares de brasileiros.

Por outro lado, a Proposta ressalva os legítimos direitos da União, quando mantém em seu domínio todas as instalações por ela construídas: portos, aeroportos, alfândegas, fortificações etc.

Dessa maneira, se incorporada ao texto constitucional, a Emenda em nada afetará os legítimos direitos da União.

Esperamos, por isso, que o Congresso Nacional, sensível à situação de centenas de milhares de brasileiros, cujos legítimos interesses estão seriamente afetados, atenda ao seu clamor e aprove a Emenda substitutiva que ora lhe é submetida.

Sala das Comissões, 9 de setembro de 1980.

**SENADORES:** Passos Pôrto — Jutahy Magalhães — Almir Pinto — Evandro Carreira — Mauro Benevides — João Lúcio — Agenor Maria — José Rícha — Adalberto Sena — Alberto Silva — Jorge Kalume — Tancredo Neves — Mendes Canale — Gastão Müller — Lourival Baptista — Henrique Santillo — Helvidio Nunes — Affonso Camargo — Bernardino Viana — Luiz Fernando Freire — Murilo Badaró — Gilvan Rocha — Orestes Quêrcia — Saldanha Derzi.

**DEPUTADOS:** Horácio Matos — Francisco Leão — Feu Rosa — Sebastião Andrade — Joel Ferreira — Adhemar de Barros Filho — Osmar Leitão — Simão Sessim — Anísio de Souza — Josué de Souza — Honorato Vianna — Edson Vidigal — Nasser Almeida — Iranildo Pereira — Pimenta da Veiga — Ruy Silva — Jorge Arbage — Alvaro Dias — Mendes de Melo — Lázaro de Carvalho — Aírton Sandoval — Celso Peçanha — Castejon Branco — Ernesto de Marco — Christóvam Chiaradia — Leorne Belém — Luiz Vasconcellos — José Bonifácio de Andrada — Marcondes Gadelha — Octacillo Queiroz — Melo Freire — Túlio Barcelos — Júlio Campos — Aldo Fagundes — Mauro Sampaio — Lúcia Viveiros — Cardoso Alves — Athié Coury — Adalberto Camargo — Waldir Walter — Siqueira Campos — Aluizio Bezerra — Edison Lobão — Gerson Camata — Djalma Marinho — Sara-mago Pinheiro — Milton Figueiredo — Leopoldo Bessone — Odacir Soares — Iram Saraiva — Juarez Furtado — Fernando Cunha — Francisco de Castro — Emídio Perondi — Tidei de Lima — Flávio Chaves — Pedro Lucena — Alvaro Valle — Carlos Alberto — Ossian Araripe — Nabor Júnior — Hildérico Oliveira — Paulo Ferraz — João Faustino — Renato Azeredo — Daso Coimbra — Rosemburgo Romano — Walber Guimarães — Jackson Barreto — José Carlos Vasconcellos — Albérico Cordeiro — Rosa Flores — JG de Araújo Jorge — Angelo Magalhães — Murilo Mendes — Herbert Levy — Walter Silva — Jorge Ferraz — Ludgero Raulino — Ruy Codo — Carlos Chiarelli — Natal Gale — Erasmo Dias — Bento Gonçalves — Jairo Magalhães — Navarro Vieira Filho — Eucides Scalco — Telmo Kirst — Guido Arantes — Ademar Pereira — Audálio Dantas — Marão Filho — Lúcio Cioni — Júnia Marise — Evandro Ayres de Moura — Amílcar de Queiroz — Osvaldo Macedo — Vicente Guabiroba — Carlos Cotta — Roque Aras — Tertulliano Azevedo — Antônio Pontes — Paulo Guerra — Correla Lima — Darcy Pozza — Delson Scarano — Theodorico Ferraco — Alcir Pimenta — Afrísio Vieira Lima — José Torres — Eloar Guazelli — Wildy Vianna — Rezende Monteiro — Odacir Klein — José Ribamar Machado — Marcelo Linhares — Brabo de Carvalho — Rafael Faraco — Osvaldo Melo — Claudino Sales — Francisco Rollemberg — José Amorim — Paulo Lustosa — Christiano Lopes — Aírton Soares — Freitas Diniz — Adroaldo Campos — Vivaldo Frota — Aírton dos Reis — Pedro Germano — Alcebiades de Oliveira — Josias Leite — Luiz Cechinel — Ney Ferreira — Darcílio Ayres — Harry Sauer — Genival

Tourinho — Edilson Lamartine Mendes — Francisco Libardoni — Wilson Braga — Furtado Leite.

**PARECER N.º 163, DE 1980 (CN)**

Da Comissão Mista, incumbida de examinar e emitir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980, que "altera o art. 5.º e o caput do artigo 26 da Constituição" (6).

**Relator: Deputado Paulo Guerra**

**I — Relatório**

Objeto da iniciativa do Senhor Presidente da República, a Proposta de Emenda à Constituição Federal, ora sob o exame desta douta Comissão, atende, preliminarmente, ao requisito da constitucionalidade, uma vez que não ilide os princípios republicanos e as normas federativas, segundo o preceituado no art. 41, § 1.º, da Carta, a par de apresentar redação escorreita, obedecidos, igualmente, os pressupostos de aceitabilidade regimental e constitucional.

A Proposta objetiva submeter à apreciação deste Congresso Nacional nova redação para os arts. 5.º e 26, caput, da Constituição Federal, com base nas razões expostas na Exposição de Motivos que acompanha a Proposta, de autoria, aquela, do Senhor Ministro do Interior.

Visa a proposição ao fortalecimento dos Territórios Federais, como entes políticos, através de duas medidas, a saber: 1) instituição de sua titularidade sobre a propriedade dos lagos em terrenos de seu domínio, dos rios que nele têm nascente e foz, das ilhas fluviais e lacustres e das terras devolutas não tidas como indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais; 2) sua participação no produto da arrecadação dos impostos especiais, a que se refere o art. 26 da Carta.

Na Exposição de Motivos anexa, reconhece o Sr. Ministro do Interior que "os Territórios, como é sabido, encontram-se numa fase de acentuado desenvolvimento e reorganização, exigindo, em consequência, para atender aos problemas decorrentes, um suprimento maior de recursos".

Perante a Comissão Mista incumbida de examinar e emitir parecer sobre a Proposta, três emendas foram oferecidas, sendo duas sob a forma de substitutivo. Tal como a proposição original, as emendas apresentadas satisfazem os pressupostos constitucionais e regimentais. Enquanto as de n.ºs 2 e 3 se atêm aos dois artigos objeto da Proposta original, a de n.º 1, desta se distancia consideravelmente, pleiteando a reformulação de trinta artigos da Constituição Federal.

Nos termos do art. 17 do Regimento Comum do Congresso Nacional, cabe a esta Comissão pronunciar-se sobre o mérito da proposição principal e das emendas a ela oferecidas.

No que respeita à proposição principal, nenhuma dúvida pode pairar quanto ao caráter inequivocamente benéfico das alterações que pretende introduzir no texto constitucional. Assim é que, a par de ampliar os poderes e o patrimônio dos Territórios, através da outorga do domínio dos bens geográficos lá descritos, em condições de igualdade com os Estados, concede-lhes participação no produto da arrecadação dos impostos especiais, nos mesmos percentuais e critérios previstos para as unidades federadas, carreado, destarte, maior volume de recursos financeiros para os Territórios.

(6) DCN — Sessão Conjunta — 18-10-80, pág. 2.907



Relativamente às emendas oferecidas, iniciar-se-á sua apreciação pela Emenda n.º 1, que, dada a amplitude do campo jurídico-constitucional que abarca, está a exigir um exame detalhado dos dispositivos nela contidos.

**Ab initio**, cumpre assinalar que nenhuma modificação à Carta foi proposta pela Emenda n.º 1, no que concerne aos artigos objeto da Proposta submetida pelo Sr. Presidente da República a este Congresso. Embora todas as modificações sugeridas refiram-se a outras disposições da Constituição Federal, há que se reconhecer voltar-se a Emenda aos mesmos objetivos visados na mensagem presidencial, qual seja o fortalecimento político-financeiro dos Territórios, muito embora em dimensão bem mais ampla do que a do texto original, abrangendo as mais variadas facetas da problemática relativa à futura autogestão dos Territórios.

Consoante assinala a justificação da Emenda n.º 1, pretende-se, com a proposição, outorgar relativa autonomia aos Territórios, assegurando-lhes: o direito de arrecadar, nas suas respectivas áreas, os tributos atualmente deferidos aos Estados; orçamento próprio, independentemente do orçamento da União, discutido e votado pelo Senado Federal; a atribuição de personalidade jurídica de direito público interno, em tudo semelhante à do Distrito Federal etc.; tudo voltado ao objetivo de propiciar a essas unidades as condições que lhes possibilitem a futura ascensão à categoria de Estados, em observância ao disposto no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 411, de 1969, *verbis*:

“A União administrará os Territórios tendo em vista os seguintes objetivos:

I — desenvolvimento econômico, social, político e administrativo, visando a criação de condições que possibilitem a sua ascensão à categoria de Estado;

.....”

**Ipo facto**, passa-se ao exame da Emenda n.º 1.

Inicialmente, propõe a inclusão dos Territórios dentre os entes públicos que poderão ter símbolos próprios.

Nada obsta a alteração pretendida, por não importar qualquer impropriedade jurídica, ou inconveniência de ordem prática.

Cogita, a seguir — no artigo que prevê a criação de Estados e Municípios, mediante lei complementar —, de inserir parágrafo para disciplinar as formas de instituição de Territórios Federais.

Trata-se, contudo, de matéria remetida, pela própria Carta, a lei complementar. E em decorrência desse imperativo, enviou o Poder Executivo, a este Congresso, o Projeto de Lei Complementar n.º 133, de 1980, ora em tramitação, que, dentre outras providências, disciplina a criação de Territórios. Assim, entendemos deva a matéria ser tratada nos limites daquela proposição, não cabendo sua inclusão no texto constitucional. De resto, a criação de Estados e Territórios está hoje disciplinada pela Lei Complementar n.º 20, de 1.º de julho de 1974, tratando-se de matéria estranha à Lei Magna.

Quanto ao art. 5.º, objeto da proposição principal, a ele já aludimos.

Quer-se incluir os Territórios no *caput* do art. 9.º, estendendo a estes as vedações impostas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Nenhum óbice vemos a essa inclusão, e consideramo-la oportuna, vez que, eventualmente, poderia incorrer o Território em algum dos procedimentos defesos pela Lei Magna.

Relativamente ao art. 17, pretende-se eliminar seu atual *caput*, substituindo-o pela caracterização da personalidade jurídica do Distrito Federal e dos Territórios, nele inserindo-se, inclusive, a disposição hoje contida em seu § 2.º

Els, contudo, já ser a natureza jurídica dos Territórios objeto de disposição específica, contida no Projeto de Lei Complementar n.º 133, de 1980. Além disso, a natureza jurídica dos demais entes públicos não é definida na Carta, e sim no Código Civil Brasileiro (art. 14). Por outro lado, advoga-se nova redação para o § 2.º deste artigo, nele inserindo disposição já contida no art. 2.º, I, do Decreto-Lei n.º 411, de 8 de janeiro de 1969, em termos quase idênticos. Não cabem, portanto, a nosso ver, as alterações propostas ao *caput* do art. 17 e ao seu § 2.º

O § 3.º do mesmo artigo também sofreu alteração drástica, vez que deixou de prever a nomeação dos Prefeitos Municipais pelo Governador do Território, para pleitear a eleição direta do Prefeito e do Vice-Prefeito da Capital e dos demais Municípios dos Territórios.

Entendemos extremamente oportuna a alteração proposta, por não vermos razões que justifiquem a manutenção do atual impedimento constitucional, no que concerne à eleição dos Prefeitos Municipais dos Territórios. Parece-nos, contudo, deva excetuar-se da nova regra proposta o caso particular dos Prefeitos de Capital a que a Lei Magna, hoje, confere um tratamento de exceção, dispondo serem nomeados pelo Governador do Estado. Não podemos concordar com a disparidade de tratamento proposta, a instituir, para os Prefeitos de Capital de Território, forma de provimento do cargo diversa da estatuída para os Prefeitos de Capital de Estado. À vista do dito, acolhemos, com a ressalva feita, este dispositivo, advogando a uniformização do modo de provimento dos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito.

A seguir, ainda quanto ao art. 17, pretendeu a Emenda nele inserir um novo parágrafo, de número quatro. Neste, prevê sejam conferidos aos Territórios, mediante lei complementar, gradativamente, todos os poderes atribuídos aos Estados e que, explicita ou implicitamente, não lhes sejam vedados pela Carta.

A nosso ver, ambígua e ineficaz a disposição. Com efeito, se, de uma parte, carece da necessária cogência, por não fixar prazos nem condições para a efetivação da previsão legal, de outra, não satisfaz os pressupostos de uma norma jurídica, dada a indeterminação de seu conteúdo objetivo. Tais as razões por que não pretendemos acolhê-la.

O mesmo se diga também em relação aos dois parágrafos seguintes, sugeridos ao mesmo artigo pela Emenda em exame. No de número cinco, quer-se dispor quanto à possibilidade de os Territórios serem divididos em Municípios e estes em Distritos, na forma da lei. Não são os Municípios departamentos dos Estados, mas unidades autônomas da Nação, com características próprias estabelecidas na Constituição Federal. De nenhum mandamento constitucional está a transparecer a presunção de não poderem os Municípios situar-se em Territórios.

Inócua, por igual, a redação do § 6.º, que pretende assegurar aos Municípios dos Territórios os direitos e prerrogativas dos Municípios dos Estados. Nenhuma distinção faz a Carta entre Municípios, em razão de sua localização geográfica. A distinção existe, tão-somente, entre direitos e prerrogativas de Estados e de Territórios. As diferenças estruturais verificáveis, entre os Municípios dos Territórios e os

demais, nada mais são do que reflexos inevitáveis da flagrante *capitis diminutio* sofrida pelos Territórios, frente aos Estados. Não cabem, portanto, os dispositivos ora vistos.

A seguir, o § 7.º proposto sugere que, enquanto não tiverem os Territórios seu próprio Judiciário, serão atendidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Incorreta, a nosso ver, a colocação dada. Com efeito, existe Poder Judiciário nos Territórios, que dispõem de Justiça local de primeira instância. E a atuação da lei, na segunda instância judiciária, já se realiza através do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acresça-se o fato de tratar-se de disposição de cunho transitório, pelo que descabida é sua inserção no Título I, Capítulo V, da Carta.

Mas não se esgotou ainda o art. 17 da Emenda em apreciação. Um parágrafo oitavo existe a determinar recebam os Territórios os recursos necessários ao seu orçamento. E isso não é tudo, pois prevê sejam essas unidades contempladas com as reservas e fundos federais criados para auxiliar o desenvolvimento econômico e social do País, ou qualquer de suas regiões sócio-econômicas.

Disposição ambiciosa, sem dúvida, não pecasse pela impropriedade de seu conteúdo. Primeiramente haveria que dispor quanto à instituição de um orçamento próprio para cada Território, para depois cogitar do montante dos recursos através dele alocados àqueles entes públicos. Quanto a serem estes contemplados com os fundos e as reservas a que aludimos, a Proposta, tal como formulada, não se nos afigura viável, dada a generalidade da redação, que não especifica quais reservas e fundos. A maior parte dos fundos federais existentes volta-se a setores ou subsetores específicos da atividade econômica nacional, não fazendo sentido fossem os Territórios seus beneficiários, sob pena de desvirtuamento, *ex abrupto*, de seus objetivos e finalidades. Quanto à participação dos Territórios em reservas ou fundos federais destinados, especificamente, a qualquer das regiões sócio-econômicas do País, mais inadequada resulta a disposição, já que não se poderia compreender, por exemplo, fosse um Território da região Centro-Oeste do País beneficiado com recursos destinados ao desenvolvimento da região Norte ou Nordeste. É evidente a impropriedade do texto, tal como proposto.

Passemos ao art. 18 da Emenda. Nele se pretende outorgar aos Territórios competência tributária para instituir taxas e contribuição de melhoria. A seguir, no parágrafo primeiro, inclui os Territórios na disposição constitucional que comete a lei complementar o disciplinamento dos conflitos de competência tributária entre os vários entes públicos.

Trata-se, como visto, de deferir aos Territórios competência para instituir tributos (taxas e contribuição de melhoria), cabendo a lei complementar regular os limites dessa competência. No nosso entender, antes de se cogitar cometer-lhes semelhante atribuição, há que se partir, necessariamente, de uma realidade fática bem diversa da atual, em que o Território já disponha de orçamento próprio, de plena autonomia financeira e de uma organização administrativa que efetivamente lhe permita gerir as atividades de tributação, de arrecadação e de fiscalização tributária. Na circunstância atual, careceria a norma da devida eficácia, a par de configurar inequívoca contradição no nosso mundo jurídico.

A seguir, no § 4.º do mesmo artigo, voltada ainda aos mesmos objetivos perseguidos nos dispositivos ora vistos, pretende a Emenda suprimir a competência da União, nos Territórios Federais, relativamente aos impostos atribuídos aos Estados e, se o Território não for dividido em Municípios, aos impostos municipais.

Pelos mesmos motivos já postos, não cremos seja conveniente, no momento, suprimir a competência tributária da União, nos Territórios, no que se refere a tributos estaduais e, no caso de Fernando de Noronha, também municipais. Por outro lado, outra alteração ao texto constitucional foi proposta, no mesmo dispositivo, cuja oportunidade parece-nos evidente. Trata-se da supressão da referência a Estados não divididos em Municípios. Efetivamente, hoje a hipótese carece do necessário suporte fático, a justificar sua manutenção em dispositivo da Constituição Federal. Essa referência deve, portanto, ser suprimida.

O § 5.º do art. 18 também foi objeto de reformulação pretendida pela Emenda. Tal como nos parágrafos anteriores, cogitou-se de nele inserir a figura da competência dos Territórios em matéria tributária, já aqui fazendo-se referência à competência privativa, no que tange à instituição de impostos, e, ainda em relação a estes, à transferência aos Territórios, pela União, da competência residual.

Despiciendo dizer que somos contrários à alteração sugerida, face aos motivos já alinhados.

No artigo seguinte (19), sugere-se nova redação a seu caput. Arrola esse dispositivo as proibições impostas a todos os entes detentores de competência tributária, no que respeita a essa matéria, incluindo os Territórios dentre os destinatários da norma. Naturalmente, fá-lo coerentemente à tese da extensão dessa competência àqueles entes públicos, razão por que deixamos de acolher a redação proposta.

De idêntico teor é a alteração sucessiva sugerida ao art. 20. Ali, também, pretende-se incluir os Territórios na vedação imposta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de estabelecerem diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão da sua procedência ou destino. Como entendemos e afirmamos não caber ora, falar-se em competência tributária dos Territórios, deixamos, por igual, de endossar essa sugestão.

No que respeita aos arts. 23 e 25 da Constituição, há que se colocar um fato novo, de significativa relevância, qual seja a atual tramitação, neste Congresso, da Proposta de Emenda à Constituição n.º 86, de 1980, cuja assinatura é encabeçada pelos Líderes da Maioria das duas Casas Legislativas. Tal proposta visa, precisamente, a dar nova redação aos arts. 23, 24 e 25 da Carta. Em assim sendo, não se pode perder de vista o fato de que aquela proposição, provavelmente, será votada em data posterior à da presente. Portanto, se aprovada aquela, que dispõe diversamente sobre a matéria, inócuas serão as alterações ora propostas, ainda que aprovadas.

Assim não fosse, e acolheríamos alguns dos dispositivos propostos, relativamente aos arts. 23 e 25. Somos favoráveis, feitas algumas alterações de redação, aos preceitos contidos nos parágrafos 1.º e 8.º do art. 23, e nos §§ 1.º, alínea d, e 2.º do art. 25.

Os dispositivos referidos disciplinam as seguintes situações: distribuição aos Territórios do produto da arrecadação do Imposto de Renda retido na fonte, por estes; distribuição aos Territórios de oitenta por cento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias, neles arrecadados; extensão aos Territórios da exigência de recolhimento de impostos federais e liquidação das dívidas para com a União, como condição de recebimento das parcelas que passarão a ser-lhes pagas, do Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios; exclusão, no cálculo da porcentagem destinada ao Fundo de Participação, da parcela de Imposto de Renda retido na fonte, pelos Territórios.

Pode-se constatar que, em todas as hipóteses abordadas, não se cogita de atribuir aos Territórios qualquer espécie de competência

em matéria tributária. Cuida-se, tão-somente, de assegurar a essas unidades o mesmo tratamento deferido aos Estados, no que respeita à sua participação efetiva no montante de recursos financeiros provenientes de determinadas receitas de origem tributária.

Entretanto, tudo leva a crer, como se disse, da inutilidade de querer dar-se nova forma a essa matéria em vias de sofrer ulterior reformulação. Melhor será, pois, aguardar-se a conclusão da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 86, de 1980, para, em etapa posterior, cogitar-se dos ajustes que então couberem, quanto à inclusão dos Territórios nos dispositivos citados.

Se somos, em princípio, favoráveis às quatro modificações assinaladas, ainda que não as acolhamos, pelos motivos vistos, o mesmo não podemos dizer em relação às demais disposições contidas nesses dois artigos, nos termos da Emenda em exame.

Assim, por exemplo, pretende esta incluir os Territórios no caput do art. 23, dispondo competir a estes, tanto quanto hoje compete aos Estados e ao Distrito Federal, a instituição dos impostos atribuídos a estes últimos, pela Carta.

Consoante as razões adrede expostas, e por se equipararem os Territórios, hoje, a entes da Administração Indireta da União, não podemos acolher a colocação dada pelo dispositivo.

Pelos mesmos motivos, tampouco acolhemos a redação sugerida para o § 6.º deste artigo, onde se pretende substituir o termo "Estados" por "unidades federais", ao reportar-se a Carta à possibilidade de serem concedidas isenções do ICM mediante convênios celebrados pelos entes tributantes.

Relativamente, ainda, aos arts. 23 e 25, por razão bem diversa deixamos de acolher a redação proposta para o § 2.º do art. 23 e § 1.º do art. 25 (exceto a alínea d, a que já nos referimos). Em tais casos, a exclusão respalda-se na nova redação sugerida pela Proposta de Emenda à Constituição Federal n.º 86, de 1980, já citada. Se aprovada essa proposição, o Imposto sobre Transmissão de Imóveis passará à competência municipal, ao mesmo tempo que será extinta a maior parte das exigências relativas a entrega das parcelas dos Fundos de Participação. Ante essa expectativa, não parece oportuna a colocação dada a tais questões na Emenda, por importar a manutenção da atual forma, quando a nova proposta em tramitação se nos afigura um expressivo progresso na matéria.

Passemos ao art. 26 da Constituição. Dissemos no início desta exposição haver sido mantida pela Emenda n.º 1 a redação original da Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980, já tendo sido comentado esse dispositivo, objeto da mesma.

A seguir, os arts. 39 e 41 pretendem reformular a representação dos Territórios junto ao Poder Legislativo, prevendo a eleição de um senador por Território, e de um número de deputados, por Território, igual ao do menor Estado. O equívoco é evidente, já que, certamente, o que se pretendia dizer era que a representação dos Territórios (exceto o de Fernando de Noronha) seria igual ao do Estado de menor representação.

Contudo, despiciendo seria determo-nos no exame de filigranas redacionais, ante consideração de maior monta, qual seja a inconveniência de cogitar-se de expressivo aumento da representação dos Territórios, na Câmara dos Deputados, e da criação de senatória para essas unidades, sem que, previamente, lhes seja reconhecido maior grau de autonomia, a par de lhes ser assegurada a natureza jurídica de entes de direito público. Entendemos que somente com a prévia aprovação do Projeto de Lei Complementar n.º 133, de 1980, de autoria do Poder Executivo Federal, que visa precisamente a tais objetivos,

poder-se-á, com base na nova situação jurídica implantada, repensar a matéria.

No artigo seguinte (42), modificam-se os incisos III e IV. Nestes, incluem-se dentre as competências privativas do Senado Federal, respectivamente, a aprovação da escolha dos Governadores dos Territórios e dos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Territórios, e a autorização de empréstimos, operações ou acordos externos de interesse dos Territórios.

Com efeito, não há por que dispensar de referendo a escolha dos Governadores de Territórios, podendo conferir-se à hipótese o mesmo tratamento dado ao processo de escolha do Governador do Distrito Federal. Contudo, não sendo os Territórios representados na Câmara Alta, e os sendo na Câmara dos Deputados — o que não ocorre relativamente ao Distrito Federal — e não se considerando, os Territórios, ainda, segundo a doutrina majoritária, unidades federadas, não há sentido em atribuir ao Senado Federal a competência desse referendo. Aceita-se, portanto, a inovação proposta, preferindo, porém, atribuir tal competência à Câmara dos Deputados. Já no que se refere às duas outras alterações sugeridas, descabe a Proposta, enquanto bem outra não fora moldura político-jurídica em que se enquadrem esses entes públicos.

Outra inclusão é prevista pela Emenda, em relação ao mesmo artigo, ainda no que se refere à criação de uma nova competência privativa do Senado Federal. Entende-se atribuir-lhe, no inciso V, competência para legislar para os Territórios Federais. Aliás, incorreta a redação dada, vez que se remete ao art. 17, § 1.º, da Carta — dispositivo que, por sinal, não foi objeto de modificação na Emenda —, quando esse preceito disciplina, tão-somente, a competência do Senado Federal para discutir e votar projetos de lei sobre matéria tributária, orçamentária, de serviços e de pessoal do Distrito Federal, não se referindo a Territórios. Suprime-se, de outra parte, no mesmo inciso V, a competência do Senado para exercer, no Distrito Federal, a fiscalização financeira e orçamentária, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas.

Em consequência da proposta do inciso V (passar o Senado a legislar para os Territórios), advoga-se, a seguir, a supressão do atual inciso IX do art. 43, passando o inciso X a inciso IX. O preceito suprimido pela Emenda é o que regula, precisamente, a competência do Congresso Nacional para dispor sobre organização administrativa e judiciária dos Territórios.

A este passo, cabe questionar o mérito da substituição de competência pretendida pela Emenda. Em verdade, de outra parte, nenhum benefício vislumbramos, para os Territórios, na modificação sugerida. As únicas matérias de interesses dos Territórios que, hoje, dependem de disciplinamento legal são, precisamente, as elencadas no texto constitucional, vez que, no mais, regem-se pela legislação federal. Nessas matérias objeto de legislação própria, nenhuma vantagem nos acode na substituição do Congresso Nacional pelo Senado Federal. Como se disse, afinal, é na Câmara dos Deputados, e apenas nela, que os Territórios são representados e seus interesses defendidos. Por que, então, atribuir-se exclusivamente ao Senado o exame das matérias a estes afetas? Ademais, na atual condição de unidades descentralizadas da União, nada mais natural caiba ao Congresso Nacional ditar-lhes as diretrizes de suas organizações administrativas e judiciárias. Como consideração acessória, vale aditar o fato de que a designação de um foro excepcional para o debate das matérias de interesse dos Territórios poderia ser entendido como um reconhecimento tácito da remota praticabilidade de transformação, a médio prazo, dos Territórios em Estados. O Território, como tal, está a refletir uma etapa de transição política, dentro de uma perspectiva histó-

rica do processo de descentralização decisória e de progressiva autonomia relativa interna. Não se trata de algo cristalizado e acabado, como o é o Distrito Federal, destinado a existir como tal *ad perpetuam*, razão por que há que se lhe aplicar tratamento legal à parte. Na evolução normal do processo histórico, as atribuições que hoje detém a União — e portanto o Congresso Nacional — relativamente aos Territórios, dia chegará em que serão desempenhadas em sua plenitude pelos próprios Territórios, através de todos os seus poderes, futuramente a constituir-se, como etapa necessária ao processo de transformação em Estados. Assim, razão não vemos para a alteração pretendida.

A seguir, passa-se ao art. 57, ao qual quer-se modificar a redação do inciso IV, para excluir da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios.

Anômala a disposição, por contemplar exclusivamente os Territórios, conservando a exclusividade da iniciativa do Presidente da República para todas as demais hipóteses contidas na Carta, inclusive no que respeita à organização judiciária, administrativa e matéria tributária do Distrito Federal. Não encontramos nenhuma consideração de ordem doutrinária ou de caráter político que pudesse respaldar a desigualdade configurada na pretensão, pelo que não a acolhemos.

Relativamente do art. 96, prevê, a nova redação da Emenda, a organização do Ministério Público dos Territórios, por lei federal, independentemente do Ministério Público do Distrito Federal. Desnecessariamente acrescenta que o ingresso e a demissão dos membros do Ministério Público dos Estados, bem como dos Territórios, reger-se-á pelas mesmas condições estabelecidas pela Carta, em tais casos, para o Ministério Público da União e para o Distrito Federal. Despicienda a observação, já que o § 1.º do art. 95, que trata do assunto, abrange expressamente os Territórios, não podendo a lei federal que reger a matéria desconhecer o mandamento constitucional. De outra parte, no que se refere ao Ministério Público dos Estados, tampouco é necessária a remissão feita, já que, nos termos do art. 200 da Lei Maior, forçosamente a estes aplicar-se-ão os preceitos da Carta que disciplinam situações análogas, atinentes ao Ministério Público da União.

No mérito, não somos favoráveis à disposição, por entender que a reestruturação do Poder Judiciário dos Territórios é matéria que extrapola as possibilidades da proposição em exame, por pressupor um grau de autogestão ainda não atingido, de alcance gradual, possível de realizar-se a partir da concretização do atual Projeto de Lei Complementar n.º 133, de 1980.

Segue-se o art. 109, em que se dá nova redação a seu inciso I, dele suprimindo-se a previsão de lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, definir o regime jurídico dos servidores públicos dos Territórios. Isto porque, como se viu adrede, pretende-se seja a matéria regida por Resolução do Senado Federal.

Face a razões já oportunamente expostas, somos contrários à supressão pleiteada.

Passa-se, a seguir, ao art. 112, que relaciona os órgãos que integram o Poder Judiciário. No rol destes, em seu item VII, onde se lê "Tribunais e juizes estaduais", adita a Emenda expressão "e territoriais". Efetivamente, há juizes de direito territoriais, e não estão eles contemplados na relação que a Carta exhibe. Contudo, não há Tribunal de Justiça Territorial e, consoante reiteradamente afirmamos, somos de opinião ainda não deva ser a presente proposição a cuidar da reestruturação do Poder Judiciário nos Territórios. Por outro lado, os juizes territoriais são juizes temporários, não togados.

Pelas mesmas razões vistas, não julgamos conveniente inserir os juizes territoriais na relação contida no art. 112.

Passamos, nesta análise ponto por ponto, ao dispositivo seguinte, a saber, o art. 121. Cuida o preceito de definir a composição do Tribunal Federal de Recursos. Nessa matéria, sugere a Emenda, onde o texto alude ao imperativo de quatro ministros daquela Corte serem escolhidos dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, a inclusão da expressão "e dos Territórios".

Visto que o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios é uno, nenhuma razão de ordem jurídica poderia recomendar a exclusão dos seus membros sediados nos Territórios da clientela potencial àquele tribunal superior. Oportuna e válida, portanto, a alteração proposta.

Passa-se, ora, ao artigo seguinte (122), inciso I, alínea b. Trata o dispositivo da competência do Tribunal Federal de Recursos para processar e julgar originariamente as hipóteses ali explicitadas. Dentre tais hipóteses, está o julgamento dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal. Pleiteia-se a inclusão, no dispositivo, dos membros dos Tribunais de Contas dos Territórios, órgãos hoje inexistentes, cuja criação está ainda a depender de uma ampla reforma institucional daqueles entes públicos, reforma esta que ensaia seus primeiros passos através do Projeto de Lei Complementar n.º 133, de 1980. Extemporânea, a nosso ver, a sugestão oferecida.

Eis que surge o art. 124, a estabelecer, no que concerne à Justiça Federal, constituir, cada Estado e o Distrito Federal, uma Seção Judiciária. Quer-se, nos termos da Emenda, se constitua cada Território, por igual, em uma Seção Judiciária própria. Contudo, a forma dúbia da redação proposta poderia levar a duas outras interpretações, certamente não desejadas: a primeira, de que o Distrito Federal e os Territórios, em conjunto, passariam a constituir uma Seção Judiciária; a outra, de que os Territórios, englobadamente, configurariam uma Seção Judiciária. Acreditamos que o objetivo colimado, contudo, fosse a instituição de uma Seção Judiciária por Território.

Partindo desse pressuposto, acolhemos a proposta formulada, porquanto regula a distribuição dos juizes federais, permitindo-lhes terem sede também nos Territórios. A Justiça dos Territórios não é afetada pelo preceito, a não ser quanto ao fato de os juizes da Justiça local deixarem de acumular as competências atribuídas aos juizes federais, providência altamente salutar e agilizadora dos feitos locais. Contudo, para fins de maior clareza, haveria que dar melhor forma ao dispositivo. Em consequência, acolhe-se igualmente a redação proposta ao parágrafo único do mesmo artigo, onde, em decorrência do disposto no caput, há que eliminar-se a disposição referente à competência cumulativa a que aludimos, hoje atribuída aos juizes da Justiça local.

No art. 132, cogita a Emenda da criação de um Tribunal Regional Eleitoral, em cada Território.

Por motivos já exaustivamente expostos, preferimos recusar tudo o que diga respeito à organização judiciária dos Territórios.

No artigo seguinte, de número 140, cuida-se, ainda, da mesma matéria. Trata-se de mero corolário do artigo anterior, a eliminar a disposição que determina ficarem os Territórios do Amapá, Roraima e Rondônia sob a jurisdição, respectivamente, dos Tribunais Regionais Eleitorais do Pará, Amazonas e Acre. Mantendo, para o Território de Fernando de Noronha, a jurisdição do TRE de Pernambuco.



Curiosamente, contudo, no artigo anterior (132) não se cuidou de excetuar Fernando de Noronha da previsão de criação de um Tribunal Eleitoral para cada Território. De qualquer modo, desnecessário é dizer-se que não se pode acolher, igualmente, a redação sugerida no artigo 140.

Igualmente, não se pode acolher a alteração seguinte, inserta no art. 144, em que se pleiteia a inclusão dos Territórios no seu *caput*, determinando a norma original organizem os Estados a sua Justiça, com base nas disposições constitucionais, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e, especificamente, nos dispositivos que a seguir relaciona.

Fato é que constitui impropriedade a inserção dos Territórios no dispositivo, porquanto a medida implicaria em deverem estes observar, na organização da Justiça, as mesmas normas, já referidas, a serem observadas pelos Estados na organização de suas Justiças. Ora, a maior parte das disposições regentes da matéria diz respeito à Justiça da Segunda Instância, ainda inexistente nos Territórios. Inadequada, portanto, a colocação da Emenda. De outra parte, alguns dispositivos há que, efetivamente, podem e devem aplicar-se à Justiça dos Territórios, como os referentes aos juizes. Em assim sendo, embora não possamos acolher a proposta, tal como formulada, poderia a sugestão ser aproveitada sob nova forma que dispusesse aplicar-se o ali disposto, no que couber, à Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Vem, após, o art. 177, que regula a organização dos sistemas de ensino da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Neste dispositivo, pretende-se retirar da União a atribuição de organizar o sistema de ensino dos Territórios, limitando-lhe a competência ao sistema federal. Enquanto assim determina, no *caput*, modifica também a redação de dois parágrafos, acrescentando-lhe outro. No primeiro parágrafo modificado dispõe deva a União organizar os sistemas de ensino nos Territórios Federais, enquanto não venham essas unidades a dispor de estruturas próprias de educação. No parágrafo seguinte, passa a abranger os Territórios na disposição ora contida no § 1.º do texto constitucional, relativa à determinação de prestar a União assistência técnica e financeira aos Estados e ao Distrito Federal, para desenvolvimento dos seus sistemas de ensino. Finalmente, transcreve, no § 3.º, o atual § 2.º do artigo.

Quanto às alterações propostas, cumpre tecer algumas observações. A primeira é a de não estarem os Territórios Federais, a médio prazo, em condições de organizar seus sistemas de ensino. Por outro lado, é inteiramente inadequada a inserção de uma disposição de caráter transitório no Título IV da Constituição Federal, como propõe a Emenda, face à redação do § 1.º Assinale-se que a previsão de prestação de assistência técnica e financeira aos Territórios, pela União, para desenvolvimento de seus sistemas de ensino, tampouco pode prevalecer, já que a própria União deverá gerir esse desenvolvimento, por tempo ainda indeterminável, limitando-se a repetir seus termos. Assim é que, face ao exposto, preferimos não acolher as alterações propostas ao artigo.

Passa-se, ora, ao art. 193. Pleiteia a Emenda, no § 2.º deste dispositivo, estender aos membros dos Tribunais de Contas dos Territórios o título de Conselheiro. Já expusemos, *ad nauseam*, nosso entendimento sobre matéria análoga. Despiciendo, portanto, dizer de nossa não-adesão à medida sugerida, por prematura e hipotética.

A seguir, vem o art. 202. Retorna-se, aqui, à questão da organização judiciária dos Territórios, já agora a nível de disposição transi-

tória, inserta que está no Título V da Constituição Federal. Como em vários outros casos, a alteração pleiteada limitou-se a inserir, em matéria que se refere a Estados, a expressão "e Territórios".

Trata-se, contudo, de disposição natimorta, vez que sua eficácia já expirou muito antes de iniciar-se sua eventual vigência futura. Para melhor esclarecer o dito, julgamos oportuno transcrever a redação proposta, verbis:

"Os Estados e Territórios adaptarão sua organização judiciária aos preceitos estabelecidos nesta Constituição e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, dentro de seis meses contados a partir da vigência desta última (...)"

Não se fazem necessários ulteriores comentários para evidenciar a inocuidade do texto proposto. Allás, assim não fosse, e sugeriríamos, tal como o fizemos no art. 144, incluir o Distrito Federal e Territórios, por imperativo de igualdade do primeiro em relação aos Estados, e por vincular-se a Justiça dos Territórios à do Distrito Federal.

Logo após, no texto da Emenda, vem o art. 205. Declara este dispositivo deverem ser decididas pela autoridade administrativa as questões entre a União e os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas antarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão. Ainda uma vez, pretende a Emenda inserir os Territórios no elenco de entes públicos lá nomeados.

Embora nenhuma objeção tenhamos a fazer, relativamente à adição pleiteada, é certo que, nos termos em que se apresenta na proposta em exame, incorre a Emenda em impropriedade de forma e imprecisão de conteúdo, já que não há como falar-se em autarquia, empresas públicas e sociedades de economia mista de Territórios que, dada sua atual condição jurídica, não podem tê-las. Melhor seria, no caso, dispor, em parágrafo, aplicar-se a regra, por igual, às questões entre os Territórios e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios.

Finalmente, chega-se ao art. 206, que trata da oficialização das serventias do foro judicial e extrajudicial. No § 1.º, comete-se a lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, a fixação das normas a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias. Mais adiante, no § 3.º, se dispõe que, enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão estes a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos.

Também nestes casos, quer a Emenda abranger os Territórios no alcance dos preceitos constitucionais, em condições de igualdade com os Estados e o Distrito Federal. Na primeira hipótese, nada obsta essa extensão, que, inclusive, se recomenda, já que, na prática, forçosamente deverão os Territórios, por considerações de isonomia, de equidade etc., ater-se às normas ditadas pela lei complementar a que o texto alude. De resto, disposições de lei complementar, ainda que não endereçadas aos Territórios, no que a estes se aplicarem, obrigam-nos, tanto quanto aos demais entes públicos, por tratar-se de lei nacional, e não apenas federal. Na hipótese contemplada no § 3.º, não procede a extensão da norma aos Territórios, vez que são remunerados pela União os funcionários dos Territórios. Acolhemos, portanto, a sugestão formulada pela Emenda, no que se refere ao § 1.º

Terminado o exame da Emenda n.º 1, a mais extensa, passemos à Emenda n.º 2.

Das três emendas propostas, esta é a única que não reveste a forma de substitutivo. Pretende-se, na mesma, dar nova redação ao § 1.º do art. 28, cujo caput foi objeto da proposição original.

A redação do referido parágrafo, na Carta, é a que segue:

“§ 1.º — A distribuição será feita nos termos de lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguintes critérios:

- a) .....
- b) .....

Cotejando-se o texto supratranscrito com a redação proposta, verificamos foram as seguintes alterações introduzidas:

1 — suprimiu-se o mandamento de ser a distribuição feita nos termos de lei federal;

2 — suprimiu-se, por igual, a autorização de lei federal poder dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos;

3 — mantiveram-se os critérios de distribuição fixados no dispositivo;

4 — determinou-se que os percentuais de distribuição incidirão, inclusive, sobre as receitas derivadas de parcelas adicionais dos impostos ali referidos;

5 — especificou-se serem tais parcelas calculadas sobre os preços ou valores dos produtos sujeitos a tributação única;

6 — determinou-se sejam as importâncias pertencentes aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos fixados em lei.

Isto posto, reportar-nos-emos, ordenadamente, a cada tópico assinalado.

No que se refere à supressão indicada no primeiro item, nenhuma razão nos acode a justificá-la, já que, obviamente, compete à lei federal disciplinar a distribuição do produto da arrecadação de impostos federais. Preferimos, portanto, quanto a este item, a redação do texto constitucional.

Relativamente à supressão aludida no segundo item, acolhemo-la, por entender que o atual dispositivo cerceia excessivamente o livre uso, pelos entes destinatários dos repasses, dos recursos a estes transferidos, impedindo-lhes o devido atendimento das prioridades regionais ou locais. De resto, endossamos integralmente os argumentos expostos na justificativa, quanto a este item.

No que se refere ao item 3, desnecessário se faz qualquer comentário, já que nenhuma modificação se propôs ao texto constitucional.

No que tange ao item 4, nenhum inconveniente vemos na sua acolhida, pois que está a assegurar, aos entes beneficiários da norma, a adoção dos mesmos índices de distribuição dos impostos ali referidos, no que concerne aos adicionais a estes instituídos. Contudo, há que introduzir-se modificações de redação, adequando-o aos objetivos que pretende colimar. Não se deve esquecer, por exemplo, o significado contábil da expressão “receita derivada”, que nenhuma relação tem com o pretendido nesse dispositivo.

No item 5, ressalta-se o fato de a Emenda n.º 2 haver, quíçá inadvertidamente, vinculado a submissão dos adicionais à distribui-

ção de que trata o artigo, ao fato de tais parcelas terem, como base de cálculo, os preços ou valores dos produtos sujeitos a tributação única. Em primeiro lugar, embora vulgarmente tais impostos sejam designados como impostos únicos, tal terminologia não é a mais indicada. Em parte alguma, refere-se a Constituição a "impostos únicos". E o Código Tributário Nacional, que classifica todos os impostos segundo sua natureza jurídico-econômica, denomina-os "impostos especiais". Além disso, entendemos contraproducente qualquer especificação que vise a caracterizar a base de cálculo desses adicionais. E isto porque — no-lo confirma a experiência — tais especificações ensejam, via de regra, a criação de uma insuspeitada variedade de ficções legais, todas tendentes à definição de bases de cálculo diversas da caracterizada no dispositivo, como artifício para furtar-se às determinações legais nele contidas. Por isso que, a nosso ver, deve ser eliminada a referência à base de cálculo.

Finalmente, em relação ao Item 6, o que se fez foi adotar, no que concerne à sistemática de transferências de impostos especiais, as regras que regem a transferência aos Municípios da parcela do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, conforme pode-se constatar de disposição contida no § 8.º do art. 23 da Constituição Federal. Em princípio, nada há que deponha contra a providência sugerida, pelo que a endossamos.

Isto posto, está o art. 28 a carecer de nova redação que acolha a contribuição trazida pela Emenda n.º 2, observadas as ressalvas ora feitas.

Cumpra assinalar, por fim, apresentar essa nova redação inegáveis vantagens em relação ao dispositivo originariamente proposto.

Eis que se está diante da Emenda n.º 3, que tomou a forma de substitutivo.

Nesta, a alteração sugerida, relativamente à proposição original, consiste em acrescentar, à redação oferecida ao art. 5.º, a expressão "e os terrenos e acrescidos de marinha, nos quais não existam instalações ou construções da União".

Quer-se incluir, portanto, mais esta hipótese, na relação de bens que passariam ao domínio dos Territórios, com a variante de, enquanto os demais bens, objeto da proposta do Poder Executivo, já serem de propriedade do Estado, limitando-se a proposta a estender essa titularidade, em igualdade de condições, aos Territórios, o novo bem incluído pela Emenda n.º 3 — terrenos de marinha — pertencer à União, pretendendo a Emenda transferir seu domínio aos Estados e Territórios.

Está a matéria a merecer algumas considerações, pelas implicações que traz em seu bojo.

Com efeito, têm procedência as argumentações constantes da justificativa que acompanha a proposição, no que se refere à impossibilidade de a União gerir e utilizar, efetivamente, o domínio que detém sobre os terrenos de marinha, dada a magnitude de nossa costa, ao fato de a questão da defesa do território nacional dever, hoje, apoiar-se em realidades outras que as que levaram o Decreto-Lei n.º 9.760, de 1946, a incluir os terrenos de marinha entre os bens da União, e à constatada incapacidade do atual Serviço de Patrimônio da União para administrar esses bens, com injustificado e evidente prejuízo para seus ocupantes.

Acrescente-se a esse quadro a inexistência de uma gestão eficiente do interesse público, no que concerne a terrenos de marinha, aliada à inexistência de uma política de ocupação de tais áreas e à inexistência, também, de uma filosofia de sua utilização.

Trata-se, com efeito, de matéria relegada, pela União, a soluções a nível de escalão auxiliar da Administração Pública, sem uma diretriz que lhes norteie as decisões.

Tema espinhoso e de difícil trato, pelas múltiplas facetas que apresenta, está a gestão dos terrenos de marinha, de longa data, a carecer de nova formulação.

Não podemos, contudo, aceitar a solução apontada, de transferência pura e simples do domínio dessas áreas para os Estados e Territórios, embora reconheçamos venha a medida a propiciar melhor aproveitamento destas e melhor tratamento para seus ocupantes, estando os Estados e Territórios mais aptos a administrá-los consoante o interesse público, em termos de prioridades regionais e locais.

O fato de se transferirem todas as áreas até o momento não ocupadas pela União — a maior parte — ao domínio dos Estados, sem quaisquer ressalvas, pode acarretar, no futuro, graves inconvenientes, já que ver-se-ia a União, doravante, impedida de utilizar novas áreas, ainda que o interesse nacional o recomendasse. Há, pois, que se buscar uma fórmula capaz de sanar os inconvenientes apontados, sem, contudo, descartar a hipótese de poder a União utilizar-se de terrenos de marinha por esta ainda não ocupados.

Nesse sentido, poder-se-ia admitir a sugestão contida na Emenda n.º 3, modificando-lhe, contudo, os termos, e aditando-lhe dispositivos complementares, de sorte a se obviar aos inconvenientes assinalados, por exemplo, mediante autorização para expropriação, devidamente definidas as hipóteses e condições de sua efetivação.

A nosso ver, com tais ressalvas, a sugestão oferecida na Emenda pode substituir, com vantagens, a proposição original.

Eis terminada a apreciação das emendas apresentadas à Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980, do Poder Executivo. Deixamos de mencionar a autoria destas, uma vez que, nos termos da Constituição Federal, são co-autores um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

## II — Voto do Relator

Na realidade, o relatório já inclui, em cada tópico, o nosso voto, pelo que só nos resta frisar, a este passo, havermos endossado contribuições oferecidas por cada Emenda, com vistas, exclusivamente, ao efetivo aperfeiçoamento da proposta original, mas sem abstrair, em momento algum, das reais condições atuais de desenvolvimento econômico e social dos Territórios Federais.

Por fim, cumpre lembrar o fato histórico de caracterizar a conquista da autonomia política um reflexo inevitável da maturação gradual dos mecanismos de desenvolvimento econômico e da realização progressiva das metas de bem-estar social, a que se allam o engajamento consciente e a participação efetiva de todos os segmentos da sociedade envolvida no processo.

Norteados por essa profunda convicção, submetemos aos ilustres membros deste Congresso Nacional a proposta em anexo, sob a forma de substitutivo, na qual consolidamos os pontos de vista esposados no relatório.

Sala das Comissões, 15 de outubro de 1980. — Senador **Jorge Kalume**, Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Deputado **Paulo Guerra**, Relator — Senador **Aderbal Jurema** — Senador **Lenoir Vargas** — Deputado **Oswaldo Melo** — Senador **Raimundo Parente** — Deputado **Simão Sessim** — Senador **Almir Pinto** — Deputado **Antônio Pontes** — Deputado **Jerônimo Santana** (Vencido) — Senador **Gastão Müller** — Deputado **Odacir Soares** — Senador **Passos Fôrto**.

**SUBSTITUTIVO**  
**A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO**  
**N.º 80, DE 1969**

**Altera dispositivos da Constituição Federal.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — A Constituição Federal, nos artigos adiante mencionados, passa a vigorar com a seguinte redação:

**“Art. 1.º** — .....

**§ 3.º** — Os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios poderão ter símbolos próprios.  
.....

**Art. 5.º** — Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres, as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior e os terrenos de marinha e seus acrescidos, nos quais não existam quaisquer benfeitorias realizadas pela União.

**§ 1.º** — A União poderá desapropriar terrenos de marinha e seus acrescidos, com imissão imediata na sua posse, por necessidade ou utilidade pública, interesse econômico, social ou da segurança nacional.

**§ 2.º** — A desapropriação prevista no parágrafo anterior poderá referir-se a propriedade nua, a domínio útil, ou a ambos, regendo-se pelas normas aplicáveis à espécie, constantes desta Constituição e das leis.

**§ 3.º** — Fica a União dispensada do pagamento de indenização, no que se referir a propriedade nua, bem como a direitos relativos a posse, ocupação ou uso.

**§ 4.º** — A União indenizará as benfeitorias necessárias e úteis em dinheiro, podendo fazê-lo em títulos da dívida pública, se o indenizado for o Estado.

**§ 5.º** — Não incidirão impostos federais, estaduais ou municipais sobre a transferência de propriedade e de quaisquer direitos relativos a posse, ocupação ou uso.  
.....

**Art. 9.º** — A União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado:  
.....

**Art. 17** — .....

**§ 3.º** — Caberá ao Governador do Território a nomeação do Prefeito e do Vice-Prefeito da Capital, eleitos os demais Prefeitos Municipais, e seus substitutos, na forma do inciso I do art. 15.

**Art. 18** — .....

**§ 4.º** — Ao Distrito Federal competem, cumulativamente, os impostos atribuídos aos Estados e aos Municípios; e à União, nos

Territórios Federais, os impostos atribuídos aos Estados e, se o Território não for dividido em Municípios, os impostos municipais.

.....  
**Art. 26** — A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios:

.....  
§ 1.º — A distribuição será feita nos termos de lei federal, com base nos seguintes critérios:

.....  
§ 3.º — Os percentuais a serem distribuídos na forma deste artigo incidirão, inclusive, sobre o produto da arrecadação de parcelas adicionais aos impostos a que se refere este artigo, bem como de seus acréscidos.

.....  
§ 4.º — As quotas pertencentes aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos fixados em lei.

.....  
**Art. 40** — .....

.....  
**IV** — aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha dos Governadores de Territórios.

.....  
**Art. 121** — O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de vinte e sete ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, sendo quinze dentre juizes federais, indicados em lista triplíce pelo próprio Tribunal; quatro dentre membros do Ministério Público Federal; quatro dentre advogados que satisfaçam os requisitos do parágrafo único do art. 118; e quatro dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

.....  
**Art. 124** — Cada Estado, cada Território e o Distrito Federal constituirá uma Seção Judiciária, que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

.....  
**Parágrafo único** — O Território de Fernando de Noronha compreender-se-á na Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

.....  
**Art. 144** — .....

.....  
§ 7.º — O disposto nesta Seção aplica-se, no que couber, à Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

.....  
**Art. 205** — .....

.....  
**Parágrafo único** — O disposto neste artigo aplica-se às questões entre os Territórios Federais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios.

.....  
**Art. 206** — .....

.....  
§ 1.º — Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos

Estados, Distrito Federal e Territórios na oficialização dessas ser-ventias."

**DEPUTADOS:** Paulo Guerra — Peixoto Filho — Oswaldo Lima — João Hercúlio — José Carlos Fagundes — Sérgio Ferrara — Jerônimo Santana (apolamento, com restrições) — Simão Sesim — Divaldo Suruagy (apolamento) — Ludgero Raulino — Waldmir Belinati — Ruben Figueiró — Siqueira Campos — Walber Guimarães — Celso Peçanha — Carlos Cotta — Erasmo Dias — Júlio Martins — João Alberto — Jorge Paulo — Carlos Augusto — Brabo de Carvalho — Oswaldo Melo — Péricles Gonçalves — Pedro Lucena — Lázaro de Carvalho — Joel Vivas — Israel Dias-Novae — Murilo Mendes — Rosembugo Romano — Gomes da Silva — Homero Santos — Mário Frota — Pedro Ivo — Airton Sandoval — Iturival Nascimento — Hildérico Oliveira — Francisco Leão — Antônio Zacharias — Délio dos Santos — Paulo Ferraz — Milton Brandão — Agassiz Almeida — Angelo Magalhães — Nasser Almeida — Alcir Pimenta — Heitor Alencar Furtado — Antônio Annibelli — Leonidas Sampaio — Albérico Cordeiro — Ary Kffuri — Alcides Franciscato — Inocêncio Oliveira — Nilson Gibson — Benedito Marcílio — Sebastião Andrade — Adhemar Santillo — Francisco Libardoni — José Maria de Carvalho — Jader Barbalho — Luiz Cechinel — Juarez Furtado — Oda- cir Soares — Leopoldo Bessone — Jorge Moura — Newton Cardoso — Amadeu Geara — Paulo Borges — Ubaldino Meirelles — Stoessel Dourado — Jorge Gama — Hélio Duque — Antônio Dias — Milton Figueiredo — Ernesto Dall'Oglio — Maurício Fruet — Thelmo Kirat — Genésio de Barros — Ronan Tito — Norton Macedo — Ubaldino Bares — Antônio Morimoto — Francisco de Castro — Márcio Macedo — Manoel Gonçalves — Joel Ribeiro — Vingt Rosado — José Bruno — Antônio Pontes — Dario Tavares — Marcus Cunha — Adhemar Ghisi — Wanderley Mariz — Arnaldo Lafayette — Fernando Coelho — Evaldo Amaral — Figueiredo Corrêa — Otacílio Almeida — Delson Scarano — Júlio Campos — Antônio Celso Carvalho — Geraldo Bulhões — Melo Freire — Ossian Araripe — Gerson Camata — Afrisio Vieira Lima — José Amorim — Marcelo Cordeiro — Arteinir Werner — João Leite — Amílcar de Queiroz — Alberto Hoffmann — Christóvam Chiaradia — Vicente Guabiroba — Pedro Faria — Roque Aras — Jackson Barreto — Antônio Russo — Waldir Walter — João Gilberto — Odacir Klein — Carlos Wilson — Nelson Morro — Pedro Collin — Tarcísio Delgado — Josué de Souza — Athlé Coury — Theodorico Ferraço — Cardoso Alves — Mário Hato — Adolpho Franco — João Cunha — Octávio Torrecilla — Francisco Rollemberg — Claudino Sales — Djalma Bessa — Oswaldo Macedo — Jayro Maltoni — Eloi Guazzelli — Magalhães Pinto — Iranildo Pereira — Alceu Collares — Djalma Marinho — Saramago Pinheiro — Samir Achôa — Marcondes Gadelha — Geraldo Guedes — Augusto Lucena — Joel Ferreira.

**SENADORES:** Saldanha Derzi — José Lins — Gabriel Hermes — Agenor Maria — Evelásio Veira — Luiz Cavalcante — Lomanto Júnior — João Calmon — Roberto Saturnino — Oziris Pontes — Bernardino Viana — Jutahy Magalhães — Jorge Kalume — Almir Pinto — Passos Pôrto — Lenoir Vargas — Adalberto Sena — Raimundo Parente — Evandro Carreira — Dirceu Cardoso — Jalsom Barreto — Helvídio Nunes — Gastão Müller.

## V — Discussão e votação em 1º turno

Na sessão conjunta do Congresso Nacional de 19 de novembro (?), usaram da palavra para discutir a matéria os Deputados Jerônimo Santana e Pedro Guerra.

(?) DCN — Sessão Conjunta — 20-11-80, pág. 3.436.



Encerrada a discussão, a votação foi adiada por falta de quorum, marcada nova sessão para as 19 horas do mesmo dia <sup>(8)</sup>, quando foi posta em votação a Proposta, ressalvados a Emenda nº 2 e os destaques solicitados no seguinte requerimento:

**REQUERIMENTO N.º 77, DE 1980 (CN)**

Senhor Presidente:

Nos termos regimentais, requero destaque para aprovação das seguintes partes da Emenda n.º 1, a fim de serem incluídas na Proposta de Emenda à Constituição n.º 80, de 1980: **caput** do art. 9.º, **caput** do art. 121, e § 1.º do art. 206.

Sala das Sessões, 19 de novembro de 1980. — **Cantídio Sampaio.**

A Proposta, com as ressalvas, foi aprovada com o seguinte resultado:

**Câmara dos Deputados:** 294 votos **sim** e nenhum contrário.

**Senado Federal:** 52 votos **sim** e nenhum contrário.

Em consequência, ficaram prejudicados as Emendas n.ºs 1 (salvo as partes destacadas) e 3, ambas substitutivas, e o Substitutivo da Comissão Mista.

O destaque foi aprovado com o seguinte resultado:

**Câmara dos Deputados:** 274 votos **sim** e nenhum contrário.

**Senado Federal:** 47 votos **sim** e nenhum contrário.

Em consequência, ficaram incluídas na Proposta as partes destacadas da Emenda nº 1.

A Emenda nº 2 foi rejeitada, na Câmara dos Deputados, merecendo apenas um voto favorável (Deputado Milton Figueiredo) e 270 votos contrários.

Lido o Parecer da Comissão Mista com a redação do vencido <sup>(9)</sup>, foi convocada sessão conjunta para a discussão da matéria em segundo turno.

**VI — Discussão e votação em 2º turno**

As 20 horas e 40 minutos do dia 19 de novembro <sup>(10)</sup>, encerrada a discussão sem oradores, foi colocada em votação em 2º turno a matéria, constatando-se o seguinte resultado:

**Câmara dos Deputados:** 243 votos **sim** e nenhum contrário.

**Senado Federal:** 47 votos **sim** e nenhum contrário.

(8) DCN — Sessão Conjunta — 20-11-80, pág. 3.443.

(9) Parecer n.º 275, de 1980 (CN) — DCN — Sessão Conjunta — 20-11-80, pág. 3.447.

(10) DCN — Sessão Conjunta — 20-11-80, pág. 3.449.

## VII — Promulgação

Em sessão solene do Congresso Nacional realizada em 27 de novembro (11), foi promulgada a Emenda Constitucional nº 16, de 1980:

### EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16

#### Altera dispositivos da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 5.º** — Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.”

“**Art. 9.º** — A União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado:

.....”

“**Art. 26** — A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios:

.....”

“**Art. 121** — O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de vinte e sete Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, sendo quinze dentre juizes federais, indicados em lista triplíce pelo próprio Tribunal, quatro dentre membros do Ministério Público Federal; quatro dentre advogados que satisfaçam os requisitos do parágrafo único do art. 118; e quatro dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

.....”

“**Art. 206** — .....

§ 1.º — Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados, Distrito Federal e Territórios na oficialização dessas serventias.

.....”

Brasília, em 27 de novembro de 1980. —

A Mesa da Câmara dos Deputados: **FLAVIO MARCILIO**, Presidente — **Renato Azeredo**, 2.º-Vice-Presidente — **Wilson Braga**, 1.º-Secretário — **Epitácio Cafeteira**, 2.º-Secretário — **Ari Kffuri**, 3.º-Secretário — **Walmor de Luca**, 4.º-Secretário.

A Mesa do Senado Federal: **LUIZ VIANA**, Presidente — **Nilo Coelho**, 1.º-Vice-Presidente — **Dinarte Maria**, 2.º-Vice-Presidente — **Alexandre Costa**, 1.º-Secretário — **Lourival Baptista**, 3.º-Secretário — **Gastão Müller**, 4.º-Secretário.

(11) DCN — Sessão Conjunta — 28-11-80, pág. 3.357.  
DO de 2-12-80, pág. 24.140.

# Emenda Constitucional n.º 17, de 2 de dezembro de 1980

Sinopse: **JOSÉ XAVIER DA SILVA**

Técnico Legislativo da Subsecretaria  
de Edições Técnicas

## SUMÁRIO

- I — Proposta de Emenda à Constituição n.º 86, de 1980
- II — Comissão Mista
- III — Parecer
- IV — Discussão e votação em 1.º turno
- V — Discussão e votação em 2.º turno
- VI — Promulgação

### I — Proposta de Emenda à Constituição nº 86, de 1980

Na sessão conjunta de 19 de setembro de 1980, foi lida a Proposta de Emenda à Constituição nº 86, de 1980, subscrita por 45 Senadores e 291 Deputados, tendo como primeiro signatário o Senador Jarbas Passarinho <sup>(1)</sup>:

#### PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N.º 86, DE 1980

Altera os arts. 23, 24 e 25 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1.º** — Os arts. 23, 24 e 25 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 23** — Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre operações relativas à circulação de merca-

(1) DCN — Sessão Conjunta — 20-9-80, pág. 2.551.

dorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

§ 1.º — Lei complementar poderá instituir outras categorias de contribuintes do imposto referido neste artigo.

§ 2.º — A alíquota do imposto será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

§ 3.º — As isenções do imposto serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar.

§ 4.º — O imposto não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar.

§ 5.º — Do produto da arrecadação do imposto, oitenta por cento constituirão receita dos Estados e vinte por cento dos Municípios, creditadas as parcelas pertencentes a estes últimos em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos fixados em lei federal.

§ 6.º — As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, a que se refere o parágrafo anterior, serão creditadas de acordo com os seguintes critérios:

I — dois terços, na proporção do valor adicionado nas operações de circulação de mercadorias realizadas em seus territórios;

II — um sexto, na proporção direta de seus territórios;

III — um sexto, na proporção direta de sua população.

§ 7.º — O produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21 incidente sobre rendimentos do trabalho e pelo Distrito Federal, será distribuído a estes na forma que a lei estabelecer, quando forem obrigados a reter o tributo.

Art. 24 — Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I -- propriedade predial e territorial urbana;

II — serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar; e

III — transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição.

§ 1.º — Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do art. 21, incidente sobre os imóveis situados em seu território.

§ 2.º — Será distribuído aos Municípios, na forma que a lei estabelecer, o produto da arrecadação do imposto de que trata

o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos quando forem obrigados a reter o tributo.

§ 3.º — Independentemente de ordem superior, em prazo não maior de trinta dias, a contar da data da arrecadação, e sob pena de demissão, as autoridades arrecadadoras dos tributos mencionados no § 1.º entregarão aos Municípios as importâncias que a eles pertencerem, à medida que forem sendo arrecadadas.

§ 4.º — Lei complementar poderá fixar as alíquotas máximas do imposto de que trata o item II.

§ 5.º — O imposto de que trata o item III compete ao Município onde está situado o imóvel, ainda que a transmissão resulte de sucessão aberta no estrangeiro e sua alíquota não excederá os limites estabelecidos em resolução do Senado Federal, por proposta do Presidente da República na forma prevista em lei.

§ 6.º — O imposto a que se refere o item III não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica, salvo se a atividade preponderante dessa entidade for o comércio desses bens ou direitos ou a locação de imóveis.

Art. 25 — Do produto de arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá vinte e quatro por cento da forma seguinte:

I — onze por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios;

II — onze por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

III — dois por cento ao Fundo Especial, que terá sua aplicação regulada em lei.

§ 1.º — Para efeito de cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação, excluir-se-á a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que nos termos dos arts. 23, § 1.º, e 24, § 2.º, pertence aos Estados e Municípios.

§ 2.º — A aplicação dos fundos previstos nos itens I e II será regulada em lei federal, que atribuirá ao Tribunal de Contas da União a incumbência de efetuar o cálculo das quotas e fiscalizar o emprego dos recursos transferidos.

§ 3.º — A transferência dos recursos dependerá do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia."

Art. 2.º — O aumento da participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na distribuição prevista nos itens I e II do art. 25 da Constituição Federal, será feito à razão de um por cento, no exercício de 1981, meio por cento, no exercício de 1983, e meio por cento, no exercício de 1984.

## Justificação

Objetivando melhorar a situação dos Municípios, no que se refere à participação no produto dos impostos arrecadados no País, os Senhores Senadores Affonso Camargo, Lomanto Júnior e Jutaby Magalhães e os Senhores Deputados Wilson Braga, Francisco Libardoni, Antônio Russo e Caio Pompeu tomaram a iniciativa de apresentar Propostas de Emenda à Constituição que alteravam a sistemática tributária nacional.

As Propostas, nos termos regimentais, tiveram tramitação conjunta e foram minuciosamente analisadas pela Comissão Mista então constituída e que teve como relator o Senhor Deputado Alberto Hoffmann.

Assinalou o Senhor Relator que "desde a promulgação do Código Tributário Nacional, começou a decrescer a arrecadação financeira das edilidades, embora a única emenda constitucional aprovada, na matéria, a de n.º 5, de 1975, que aumentou de cinco para nove por cento a destinação, tanto ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios como ao Fundo de Participação dos Municípios, dos percentuais sobre os impostos de renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, conservada a destinação de dois por cento a um Fundo Especial, com aplicação regulada em lei", observando, ainda, que esse aumento não se verificou num só exercício, mas foi distribuído por quatro, os de 1976, 1977, 1978 e 1979, para não retirar, *ex abrupto*, os recursos tributários destinados à União".

Na mesma linha de raciocínio, e fruto dos entendimentos havidos, propõe, agora, mais uma forma de melhorar os recursos do FPE e do FPM (Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios), elevando-se a alíquota de ambos de nove por cento para onze por cento, com implantação gradual e progressiva a partir do exercício de 1981. O IR (Imposto de Renda) e o IPI (Imposto de Produtos Industrializados) passarão a concorrer com vinte e quatro por cento, em vez dos atuais vinte por cento, para a constituição dos Fundos, mantidos os dois por cento do Fundo Especial.

Perseguindo o mesmo objetivo — melhorar a situação dos Municípios, propiciando-lhes novos recursos —, algumas daquelas Propostas, citando a tradição constitucional republicana sustentavam a vinculação do poder de instituir o imposto de transmissão à competência da jurisdição político-administrativa em que se localiza o imóvel objeto da tributação, hoje inscrita na competência dos Estados e do Distrito Federal (Constituição Federal, art. 23, item I). Embora o imposto de transmissão saia do elenco dos tributos dos Estados, estes serão beneficiados pela elevação do FPE na proporção antes referida.

Estes os pontos básicos considerados pelo relator das Propostas ao concluir por lhes apresentar substitutivo integral, salientando que, se fossem aprovadas todas as demais sugestões nelas contidas, "a União passaria a não ter condições para atender às obrigações que lhe incumbem, a não ser por meio de emissões fiduciárias, que se constituem no pior tipo de tributação, o mais injusto em sua universal incidência".

Embora não aprovado o substitutivo da Comissão Mista serviu de base para a elaboração da presente proposição que tendo o mesmo

objetivo esposado pelas Propostas que lhe deram origem, dispensa maior justificação.

**SENADORES:** Jarbas Passarinho — José Sarney — Lomanto Júnior — Nilo Coêlho — Dinarte Mariz — Lenoir Vargas — Alberto Lavinas — Luís Freire — Benedito Canelas — Vicente Vuolo — Jorge Kalume — Affonso Camargo — Aloysio Chaves — José Lins — Bernardino Viana — Moacyr Dalla — Saldanha Derzi — Aderbal Jurema — Eunice Michiles — Almir Pinto — Lourival Baptista — Milton Cabral — Jutahy Magalhães — Helvídio Nunes — Raimundo Parente — Luiz Cavalcante — Murilo Badaró — Passos Pôrto — Pedro Pedrosian — João Lucio — José Gulomard — José Caixeta — Tarso Dutra — Gabriel Hermes — João Calmon — Leite Chaves — Agenor Maria — Evandro Carreira — Gastão Müller — Gilvan Rocha — Dirceu Cardoso — Evelásio Vieira — Mendes Canale — Lázaro Barboza — Alberto Silva.

**DEPUTADOS:** Nelson Marchezan — Alberto Hoffmann — Adalberto Camargo — Adauto Bezerra — Ademar Pereira — Adhemar de Barros Filho — Adhemar Ghisi — Adolpho Franco — Adriano Valente — Adroaldo Campos — Aécio Cunha — Afrísio Vieira Lima — Airon Rios — Alair Pereira — Albérico Cordeiro — Alcebiades de Oliveira — Alcides Franciscato — Alexandre Machado — Alípio Carvalho — Altair Chagas — Alvaro Gaudêncio — Alvaro Valle — Amílcar de Queiroz — Angelino Rosa — Angelo Magalhães — Anísio de Souza — Antônio Amaral — Antônio Dias — Antônio Ferreira — Antônio Florêncio — Antônio Gomes — Antônio Mazurek — Antônio Morimoto — Antônio Pontes — Antônio Ueno — Antônio Zacharias — Altenir Werner — Ary Alcântara — Ary Kffuri — Aroldo Moletta — Athié Coury — Augusto Lucena — Baldacci Filho — Bezerra de Mello — Bias Fortes — Bonifácio de Andrada — Brabo de Carvalho — Braga Ramos — Cantídio Sampaio — Cardoso de Almeida — Carlos Chiarelli — Castejon Branco — Cesário Barreto — Christiano Lopes — Christóvam Chiaradia — Claudino Sales — Cláudio Philomeno — Cláudio Strassburger — Corrêa da Costa — Correia Lima — Cristiano Cortes — Darcillo Ayres — Darcy Pozza — Dario Tavares — Delson Scarano — Dlogo Nomura — Divaldo Suruagy — Djalma Bessa — Djalma Marinho — Edilson Lamartine — Edison Lobão — Emídio Perondi — Erasmo Dias — Ernani Satyro — Evaldo Amaral — Evandro Ayres de Moura — Fernando Gonçalves — Fernando Magalhães — Feu Rosa — Francisco Benjamim — Francisco Leão — Francisco Rollemberg — Furtado Leite — Genésio de Barros — Gióla Junior — Gomes da Silva — Guido Arantes — Haroldo Sanford — Hélio Campos — Hélio Levy — Henrique Brito — Henrique Turner — Hermes Macedo — Homero Santos — Honorato Vianna — Horácio Matos — Ugo Mardini — Hugo Napoleão — Hugo Rodrigues da Cunha — Humberto Souto — Hydekel Freitas — Igo Losso — Inocêncio Oliveira — Italo Conti — Jairo Magalhães — Jayro Maltoni — Joacil Pereira — João Alves — João Arruda — João Carlos de Carli — João Faustino — Joaquim Coutinho — Joaquim Guerra — Joel Ferreira — Joel Ribeiro — Jorge Arbage — Jorge Paulo — José Amorim — José Camargo — José Carlos Fagundes — José de Castro Coimbra — José Mendonça Bezerra — José Penedo — José Ribamar Machado — José Torres — Josias Leite — Josué de Souza — Júlio Campos — Júlio Martins — Leite Schmidt — Léo Simões — Leur Lomanto — Lúcio Cloni — Ludgero Raulino — Luiz Rocha — Luiz Vasconcelos — Lygia Lessa Bastos — Manoel Novaes — Manoel Ribeiro — Marão Filho — Marcelo Linhares — Mário Stamm — Mauro Sampaio — Menandro Minahim — Milton Brandão — Moacir Lopes — Magib Haickel — Natal Gale — Navarro Vieira Filho — Nelson Morro — Ney Ferreira — Nilson Gibson — Nogueira de Rezende — Norton Macedo — Nosser

Almeida — Octávio Torrecilla — Odacir Soares — Odulfo Domingues — Osmar Leitão — Ossian Araripe — Osvaldo Coelho — Osvaldo Melo — Paulo Ferraz — Paulo Guerra — Paulo Lustosa — Paulo Pimental — Paulo Studart — Pedro Carolo — Pedro Collin — Pedro Corrêa — Pedro Geraldo Costa — Pedro Germano — Prisco Viana — Rafael Faraco — Raul Bernardo — Raymundo Diniz — Rezende Montelero — Ricardo Fiuza — Roberto Carvalho — Roberto Galvani — Rogério Rego — Rômulo Galvão — Rubem Medina — Ruben Figueiró — Ruy Bacelar — Salvador Julianelli — Saramago Pinheiro — Sebastião Andrade — Simão Sessim — Siqueira Campos — Stoessel Dourado — Telêmaco Pompei — Telmo Kirst — Theodorico Ferrazo — Túlio Barcellos — Ubaldino Meirelles — Ubaldo Barém — Vasco Neto — Vicente Guabiroba — Victor Fontana — Vieira da Silva — Vingt Rosado — Vivaldo Frota — Waldmir Belinati — Walter de Prá — Wanderley Mariz — Wildy Vianna — Wilson Braga — Wilson Falcão — Walter de Castro — Batista Miranda — Francisco Castro — Maluly Netto — Manoel Gonçalves — Ruy Silva — Adhemar Santillo — Aldo Fagundes — Aluizio Bezerra — Alvaro Dias — Amadeu Geara — Audálio Dantas — Cardoso Fregapani — Carlos Alberto — Carlos Nelson — Carlos Santos — Cardoso Alves — Del Bosco Amaral — Edson Khair — Elquisson Soares — Ernesto de Marco — Euclides Scalco — Fernando Coelho — Francisco Libardoni — Freitas Nobre — Hélio Duque — Jairo Brum — Jerônimo Santana — João Gilberto — Jorge Uequed — Jorge Vianna — José Freire — Júlia Marise — Luiz Baptista — Mário Moreira — Nabor Júnior — Nivaldo Krüger — Octacílio Almeida — Osvaldo Macedo — Osvaldo Lima — Pacheco Chaves — Paulo Marques — Pedro Ivo — Waldir Walter — Walter Silva — Alceu Collares — Aluizio Paraguassu — Eloy Lenzi — Genival Tourinho — Getúlio Dias — José Frejat — José Mauricio — Magnus Guimarães — Murilo Mendes — Alcir Pimenta — Antônio Moraes — Arnaldo Schmitt — Borges da Silveira — Carlos Cotta — Carneiro Arnaud — Daso Coimbra — Edson Vidigal — Felipe Penna — Herbert Levy — João Linhares — Jorge Ferraz — Leopoldo Bessone — Louremberg Nunes Rocha — Lúcia Viveiros — Luiz Leal — Márcio Macedo — Mendes de Melo — Milton Figueiredo — Rosemburgo Romano — Rubem Dourado — Sérgio Ferrara — Tertuliano Azevedo — Walber Guimarães — Antônio Annibelli — Harry Sauer — Ruy Codo — Temístocles Teixeira.

Em virtude da aprovação, na sessão conjunta de 24 de setembro, do Requerimento nº 899, de 1980 (CN), subscrito pelo Deputado José Carlos Vasconcelos (2), foi anexada à Proposta de Emenda à Constituição nº 88, de 1980, lida na sessão de 28 de setembro (3):

**PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N.º 88, DE 1980**

**Altera dispositivos do Título I, Capítulo V, da Constituição Federal.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

**Art. 1.º** — Os dispositivos da Constituição Federal, abaixo enumerados, passam a vigor com as seguintes alterações:

**"Art. 19** — .....

(2) DCN — Sessão Conjunta — 25-9-80, pág. 2.590.

(3) DCN — Sessão Conjunta — 27-9-80, pág. 2.616.



§ 2.º — A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social e econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais, desde que a perda de arrecadação decorrente seja devidamente compensada.

Art. 21 — .....

VIII — produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos;

IX — produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica;

X — extração, circulação, distribuição ou consumo dos minerais do País, enumerados em lei.

§ 7.º — Os impostos a que se referem os nos VIII, IX e X, incidem, uma só vez, sobre uma dentre as operações ali previstas e excluem quaisquer outros tributos, sejam quais forem a sua natureza e competência, relativos às mesmas operações.

§ 8.º — O disposto no parágrafo anterior não exclui, todavia, a incidência, dentro dos critérios e limites fixados em lei federal, do imposto sobre a circulação de mercadorias na operação de distribuição ao consumidor final dos lubrificantes e combustíveis líquidos.

Art. 23 — .....

II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto este que incidirá sobre o valor total de cada operação, que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

§ 5.º — A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, e não excederá, naquelas que se destinem a outro Estado e ao exterior, os limites fixados em resolução do Senado, nos termos do disposto em lei complementar.

§ 7.º — O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações de produtos industrializados e outros que a lei indicar, destinados ao exterior, observado o disposto no final do § 2.º do art. 19.

Art. 25 — Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, setenta por cento constituirão receita da União e trinta por cento receita dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

§ 1.º — A receita dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios a que se refere este artigo será distribuída da seguinte forma:

- a) quinze por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

b) quinze por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

§ 2.º — A distribuição aos Fundos referidos no parágrafo anterior será feita com base na área, na população e no inverso da renda per capita, conforme percentuais e critérios fixados em lei complementar, que atribuirá ao Tribunal de Contas da União o cálculo das quotas mensais de cada entidade participante.

§ 3.º — Do montante dos recursos do Fundo de Participação previsto na alínea a do § 1.º, sessenta por cento serão distribuídos com todos os participantes e quarenta por cento com os Estados e Territórios pertencentes às regiões Norte e Nordeste.

§ 4.º — Para efeito de cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação, serão observados os seguintes critérios:

- a) excluir-se-á a parcela do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos arts. 23, § 1.º, e 24, § 2.º, pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;
- b) incluir-se-á a parcela correspondente às isenções e incentivos fiscais concedidos sobre os impostos a que se refere o caput deste artigo.

Art. 26 — Do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 21 constituem receita dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios:

I — sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos mencionado no item VIII;

II — .....

III — .....

§ 1.º — A distribuição da receita prevista no caput deste artigo será regulada em resolução do Senado Federal, nos termos do disposto em lei complementar, obedecendo aos seguintes critérios:

a) .....

b) .....

§ 2.º — .....

Art. 2.º — Esta Emenda entra em vigor a 1.º de janeiro de 1981.

#### Justificação

Como é sabido, a Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional —, que regulamentou a Emenda Constitucional n.º 18, de 10 de dezembro de 1965, introduziu profundas modificações no Sistema Tributário Nacional. Dando ênfase ao aspecto

econômico, a Reforma Tributária eliminou e criou tributos; remanejou-lhe a competência; e mediante Fundos constituídos por parcelas da arrecadação de impostos federais, instituiu um sistema de transferência de recursos a Estados e Municípios.

Transcorridos mais de 13 anos, desde sua aplicação, inúmeras têm sido as críticas feitas ao Sistema Tributário Nacional. A propósito, em 1968, a Secretaria de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda, tendo em vista solicitação do titular da Pasta, apresentou no IV Congresso Nacional do ICM, realizado em Manaus, entre 24 e 28 de julho daquele ano, um estudo sobre os "Reflexos da Reforma Tributária de 1966 nas Finanças Estaduais", relacionando, entre outras, as seguintes críticas àquela Reforma:

"a) excessiva centralização tributária em virtude de:

— redução do poder decisório dos Estados no que se refere à capacidade de legislar no campo fiscal, tornando-os dependentes do Poder Central, e

— alargamento da competência tributária da União, pela criação de novos tributos e absorção de outros;

b) elevação de grau de dependência dos Estados e Municípios em relação aos recursos transferidos pela União, em decorrência da redução da capacidade própria de arrecadação;

c) perda de autonomia na gestão desses recursos em face das excessivas vinculações legais estabelecidas pela União; e

d) perda da receita em consequência da utilização do ICM como instrumento de política econômica, através de isenção e incentivos fiscais. (Cf. *Revista de Finanças Públicas* n.º 336, Rio, 1978, pág. 47.)

Embora alterações posteriores tenham sido empreendidas, no sentido de reduzir as disparidades de receita entre a União e os Estados e entre os próprios Estados, as distorções apontadas persistem, comprometendo seriamente a sobrevivência do princípio federativo, consagrado na Constituição brasileira.

Ainda sob esse aspecto, registre-se, por oportuno, a recente análise realizada por esta Casa, na Comissão Parlamentar de Inquérito, Destinada a Apurar as Causas do Crescente Empobrecimento dos Estados e Municípios, face ao Sistema Tributário Nacional, oportunidade em que críticas abalizadas foram emitidas, reforçando

"a convicção de que as dificuldades financeiras das nossas unidades federativas e de nossas comunas começaram a se configurar desde a Reforma Tributária de 1966, acentuando-se à medida que mais se fez presente a vontade do poder central, manietando na camisa de força da dependência dos Estados e dos Municípios dos recursos públicos provenientes da arrecadação federal. E isto, por força da exclusividade que o Governo Federal se atribuiu na criação de novos impostos, na estipulação de alíquotas, na concessão de incentivos fiscais, na anulação da própria competência dos Estados e Municípios de arrecadar os impostos de sua competência, me-

diante a concessão, pela União, de isenções quanto a tais tributos". (Cf. Conclusões da CPI dos Municípios, in DCN, I, de 5-12-79.)

Existe, como se vê, opinião unânime quanto aos graves problemas que afetam as finanças públicas estaduais e municipais, decorrentes da sistemática tributária vigente.

Não há, pois, exagero algum em se afirmar que o excesso de centralização de competência tributária em poder da União enfraqueceu a autonomia dos Estados e Municípios, tornando-os, por isso, cada vez mais dependentes de transferências financeiras federais, especialmente os das regiões mais pobres do País.

Desse modo, entendendo que o Sistema Tributário deve ser instrumento indispensável para se alcançar o objetivo político do federalismo autêntico, a Proposta de Emenda à Constituição, que ora trazemos à consideração de nossos pares, busca, antes de tudo, o fortalecimento dos Estados e Municípios, ao restituir-lhes parte da autonomia financeira.

Cumprе observar, de início, que, com a presente iniciativa, não temos os signatários a pretensão de introduzir alterações que modifiquem substancialmente nosso sistema de discriminação de rendas, mas, conforme ressaltamos anteriormente, de restituir aos Estados e Municípios parte da autonomia financeira, objetivando a uma distribuição mais equânime das receitas públicas. Na verdade, tais alterações requerem a ocorrência de amplos debates, com a participação efetiva de todas as forças vivas da sociedade, o que, ao nosso ver, só seria possível mediante a celebração de um novo pacto social.

Nesse contexto, iniciamos por propor alterações no § 2.º do art. 19, no sentido de que as perdas de receita decorrentes de isenções de impostos estaduais e municipais sejam necessariamente compensadas. Importa ressaltar que não há, de nossa parte, qualquer restrição no que se refere à concessão de tais isenções, em especial quando se trata de atender a relevantes interesses sociais e econômicos. Todavia, entendemos que, por representarem significativa sangria nas já combalidas finanças das entidades políticas autônomas, compete à União, que congloba em seu poder financeiro a mais importante parcela dos tributos, compensar as perdas de arrecadação.

As alterações introduzidas no art. 21 visam basicamente retomar a redação constante da Carta de 1967, quanto aos atuais itens VIII e IX que, em nossa proposta, correspondem aos itens VIII, IX, X. Da mesma forma, retomamos os §§ 5.º e 6.º daquele Estatuto superior, aditados com a numeração de §§ 7.º e 8.º. A razão fundamental da alteração consiste em reinstaurar a cobrança do ICM sobre combustíveis e lubrificantes, na sua distribuição ao consumidor final. Entendemos tratar-se de medida que, em seus efeitos, há de resultar no fortalecimento da capacidade financeira dos Estados e Municípios.

Com relação ao art. 23, a proposta cuida de inserir regras, no item II, no sentido de garantir a incidência da alíquota do ICM sobre o valor total de cada operação; e no § 7.º, no sentido de compatibilizar sua redação com o disposto no § 2.º do art. 19.

No que pertine ao § 5.º do citado art. 23, intentamos retomar a redação da Constituição de 1967, eliminando a exclusividade da iniciativa da resolução em que serão fixadas as alíquotas máximas

que incidirão sobre as operações internas, interestaduais e de exportação. Indubitavelmente, é o Senado Federal o foro competente para as decisões que digam respeito às Unidades Federadas, posto que compõe-se de representantes que cuidam dos interesses dos Estados enquanto Estados. Daí porque entendermos não poder essa Casa ficar privada de iniciativa desse caráter.

As alterações do art. 25 envolvem os seguintes aspectos:

a) elevam de 18% para 30% a participação dos Estados e Municípios no produto da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados, com a eliminação do Fundo Especial;

b) mantêm os atuais critérios de distribuição do Fundo de participação dos Estados (FPE), conforme estabelecido na Lei n.º 5.172/66;

c) elevam de 20% para 40% o percentual do FPE destinado à Reserva Especial dos Estados do Norte e Nordeste, prevista no Decreto-Lei n.º 1.434/75;

d) eliminam totalmente as vinculações na aplicação dos recursos dos Fundos de Participação; e

e) estabelecem que o cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação seja efetuado com base na receita virtual (receita efetiva mais incentivos concedidos pela União, à conta do IPI e IR).

Importa acentuar, de início, que a maior participação dos Estados e Municípios nas receitas federais não deverá ser entendida como dívida generosa da União, mas resulta de imperiosa necessidade para sobrevivência do próprio sistema federativo. Nesse sentido, a participação das entidades políticas autônomas, em 30% da receita do IPI e do IR, representa, antes de tudo, uma divisão mais justa das finanças públicas, melhorando, sobretudo, a situação financeira daquelas entidades, sem abalar as receitas da União. A título de ilustração, registre-se que a elevação de 20% (computado o percentual de 2% correspondente ao Fundo Especial) para 30% implica na redução das disponibilidades da União, na rubrica Receitas Tributárias, em cerca de 5%.

Nesse passo, cumpre observar que a iniciativa, nos termos propostos, atenta para o fortalecimento da posição financeira dos Estados e Municípios mais pobres e, de conseqüência, para a minimização das disparidades regionais de renda. Com efeito, de acordo com simulações efetuadas, com base nos valores efetivamente transferidos aos Estados, Territórios e Distrito Federal, no primeiro trimestre de 1980, verificamos que o acréscimo de 10% (na participação na receita do IPI e IR) resulta em ganhos para todas as regiões, notadamente as do Norte e Nordeste do País. O quadro adiante inserido evidencia, em termos percentuais, os ganhos das regiões.

Cabe ressaltar que a presente Emenda Constitucional incorpora as reivindicações dos Secretários da Fazenda ou Finanças do Norte-Nordeste, contidas em documento de 23-10-79, dirigido ao Sr. Ministro da Fazenda, referendadas no documento "Medidas de Política de Interesse do Desenvolvimento do Nordeste", que "retrata a posição da Secretaria Executiva da SUDENE e dos representantes de todos os Governos estaduais do Nordeste, reunidos na sede da autarquia regional, nos dias 25 e 26 de fevereiro do corrente ano".

**QUADRO COMPARATIVO DA PARTICIPAÇÃO  
POR REGIÃO NO FPE**

1.º trimestre de 1980

Cr\$ mil

Fundo de Participação dos Estados			
REGIÕES	Atual (A)	Simulado (B)	Variação % B/A
Norte	1.915.860	2.894.684	51,09
Nordeste	6.381.206	9.083.173	42,34
Sudeste	1.440.791	1.639.872	13,82
Sul	973.557	1.194.049	22,65
Centro-Oeste	806.218	950.615	17,91
<b>Brasil</b>	<b>11.517.632</b>	<b>15.762.396</b>	<b>36,85</b>

FONTE: a) Secretaria de Economia e Finanças do MF.

b) Tribunal de Contas da União.

É de observar que, para cálculo dos valores constantes do quadro supra, não se leva em conta a receita virtual do IPI e IR, assim entendida a receita efetiva mais as isenções e incentivos fiscais concedidos à conta desses impostos. Ora, não é difícil perceber que, quando a União concede isenções e incentivos fiscais de tributos de sua própria competência, de cuja receita participam as entidades menores, sem compensar as diferenças, está privando aquelas entidades de receitas a que têm direito por imperativo constitucional. Por isso, a cláusula que consta da alínea b do § 4.º da art. 25 insere regras, no sentido de que o cálculo dos valores a serem transferidos considere a receita virtual.

A par das medidas de ordem financeira, importa destacar as providências relacionadas com a total eliminação das vinculações na aplicação das receitas oriundas dos fundos de participação. Tais providências, sem dúvida, guardam perfeito ajustamento com a linha filosófica que proclama, como condição para atingir a autonomia política, a autonomia nas decisões de alocação de recursos.

Finalmente, quanto ao art. 26, julgamos de todo oportuna a retomada do texto de 1946, no que concerne à elevação do percentual de participação dos Estados, Municípios e Distrito Federal na receita do Imposto sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos. Trata-se de medida que, sem dúvida, se adequa perfeitamente ao contexto da proposta de fortalecimento das finanças estaduais e municipais. Na verdade, indispensável se nos parece a elevação do nível de caixa das coletividades menores, face aos inúmeros e crescentes encargos com que se defrontam.

Também aqui, a proposta cuida, no § 1.º, de desvincular o recebimento das parcelas que competem a cada entidade de prévia apresentação e aprovação de plano de aplicação. As razões, entendemo-las devidamente justificadas em passo anterior.

Creemos que o conjunto de medidas ora proposto, voltado fundamentalmente para a atenuação das disparidades regionais de renda e das dificuldades financeiras dos Estados e Municípios, pelas suas elevadas repercussões de caráter financeiro, econômico e social, deva merecer a acolhida dos ilustres pares.

TEXTO ATUAL	TEXTO PROPOSTO
<p>Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:</p>	<p>“Art. 19 — .....</p>
<p>I — instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;</p>	<p>I — .....</p>
<p>II — estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais; e</p>	<p>II — .....</p>
<p>III — instituir impostos sobre:</p> <p>a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;</p> <p>b) os templos de qualquer culto;</p> <p>c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei; e</p> <p>d) o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.</p>	<p>III — .....</p> <p>a) .....</p> <p>b) .....</p> <p>c) .....</p> <p>d) .....</p>
<p>§ 1.º — .....</p>	<p>§ 1.º — .....</p>
<p>§ 2.º — A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social e econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais.</p>	<p>§ 2.º — A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social e econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais, desde que a perda de arrecadação decorrente seja devidamente compensada.</p>
<p>Art. 21 — Compete à União instituir impostos sobre:</p>	<p>Art. 21 — .....</p>
<p>I — .....</p>	<p>I — .....</p>
<p>II — .....</p>	<p>II — .....</p>
<p>III — .....</p>	<p>III — .....</p>
<p>IV — .....</p>	<p>IV — .....</p>
<p>V — .....</p>	<p>V — .....</p>
<p>VI — .....</p>	<p>VI — .....</p>
<p>VII — .....</p>	<p>VII — .....</p>
<p>VIII — produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de outro tributo sobre elas; e</p>	<p>VIII — produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos;</p>
<p>IX — a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo dos minerais do País enumerados em lei, imposto que incidirá uma vez sobre qualquer dessas operações, observada o disposto no final do item anterior.</p>	<p>IX — produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica;</p> <p>X — extração, circulação, distribuição ou consumo dos minerais do País, enumerados em lei.</p>
<p>§ 1.º — .....</p>	<p>§ 1.º — .....</p>
<p>§ 2.º — .....</p>	<p>§ 2.º — .....</p>
<p>§ 3.º — .....</p>	<p>§ 3.º — .....</p>
<p>§ 4.º — .....</p>	<p>§ 4.º — .....</p>
<p>§ 5.º — .....</p>	<p>§ 5.º — .....</p>
<p>§ 6.º — .....</p>	<p>§ 6.º — .....</p>

TEXTO ATUAL	TEXTO PROPOSTO
<p>Art. 23 — Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:</p> <p>I — .....</p> <p>II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.</p> <p>§ 1.º — .....</p> <p>§ 2.º — .....</p> <p>§ 3.º — .....</p> <p>§ 4.º — .....</p> <p>§ 5.º — A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.</p> <p>§ 6.º — .....</p> <p>§ 7.º — O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar.</p> <p>§ 8.º — .....</p> <p>Art. 25 — Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá vinte por cento na forma seguinte:</p> <p>I — nove por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios;</p> <p>II — nove por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; e</p> <p>III — dois por cento ao Fundo Especial, que terá sua aplicação regulada em lei.</p>	<p>§ 7.º — Os impostos a que se referem os itens VIII, IX e X incidem, uma só vez, sobre uma dentre as operações ali previstas e excluem quaisquer outros tributos, sejam quais forem a sua natureza e competência, relativos às mesmas operações;</p> <p>§ 8.º — O disposto no parágrafo anterior não exclui, todavia, a incidência, dentro dos critérios e limites fixados em lei federal, do imposto sobre a circulação de mercadorias na operação de distribuição ao consumidor final dos lubrificantes e combustíveis líquidos.</p> <p>Art. 23 — .....</p> <p>I — .....</p> <p>II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto este que incidirá sobre o valor total de cada operação, que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.</p> <p>§ 1.º — .....</p> <p>§ 2.º — .....</p> <p>§ 3.º — .....</p> <p>§ 4.º — .....</p> <p>§ 5.º — A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, e não excederá, naquelas que se destinem a outro Estado e ao exterior, os limites fixados em resolução do Senado, nos termos do disposto em lei complementar.</p> <p>§ 6.º — .....</p> <p>§ 7.º — O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações de produtos industrializados e outros que a lei indicar, destinados ao exterior, observado o disposto no final do § 2.º do art. 19.</p> <p>§ 8.º — .....</p> <p>Art. 25 — Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, setenta por cento constituirão receita da União e trinta por cento receita dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.</p> <p>§ 1.º — A receita dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios a que se refere este artigo será distribuída da seguinte forma:</p> <p>a) quinze por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;</p>



TEXTO ATUAL	TEXTO PROPOSTO
<p>§ 1.º — A aplicação dos fundos previstos nos itens I e II será regulada por lei federal, que incumbirá o Tribunal de Contas da União de fazer o cálculo das quotas estaduais e municipais, ficando a sua entrega a depender:</p>	<p>b) quinze por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.</p>
<p>a) da aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo federal;</p>	<p>§ 2.º — A distribuição aos fundos referidos no parágrafo anterior será feita com base na área, na população e no inverso da renda per capita, conforme percentuais e critérios fixados em lei complementar, que atribuirá ao Tribunal de Contas da União o cálculo das quotas mensais de cada entidade participante.</p>
<p>b) da vinculação de recursos próprios, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, para execução dos programas citados na alínea a;</p>	<p>§ 3.º — Do montante dos recursos do Fundo de Participação previsto na alínea a do § 1.º, sessenta por cento serão distribuídos com todos os participantes e quarenta por cento com os Estados e Territórios pertencentes às regiões Norte e Nordeste.</p>
<p>c) da transferência efetiva, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de encargos executivos da União; e</p>	<p>§ 4.º — Para efeito de cálculo da percentagem destinada aos fundos de participação, serão observados os seguintes critérios:</p>
<p>d) do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia.</p>	<p>a) excluir-se-á a parcela do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos arts. 23, § 1.º, e 24, § 2.º, pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;</p>
<p>§ 2.º — Para efeito de cálculo da percentagem destinada aos fundos de participação, excluir-se-á a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos artigos 23, § 1.º, e 24, § 2.º, pertence aos Estados e Municípios.</p>	<p>b) incluir-se-á a parcela correspondente às isenções e incentivos fiscais concedidos sobre os impostos a que se refere o caput deste artigo.</p>
<p>Art. 24 — A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:</p>	<p>Art. 26 — Do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 21 constituem receita dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:</p>
<p>I — Quarenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos mencionado no item VIII do artigo 21;</p>	<p>I — sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos mencionado no item VIII;</p>
<p>II — .....</p>	<p>II — .....</p>
<p>III — .....</p>	<p>III — .....</p>
<p>§ 1.º — A distribuição será feita nos termos de lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguintes critérios:</p>	<p>§ 1.º — A distribuição da receita prevista no caput deste artigo será regulada em resolução do Senado Federal, nos termos do disposto em lei complementar, obedecendo aos seguintes critérios:</p>
<p>a) .....</p>	<p>a) .....</p>
<p>b) .....</p>	<p>b) .....</p>
<p>§ 2.º — .....</p>	<p>§ 2.º — .....</p>

DEPUTADOS: José Carlos Vasconcelos — Paes de Andrade — Iranildo Pereira — Cristina Tavares — Evandro Ayres de Moura — Theodorico Ferrazo — Artenir Werner — Divaldo Suruagy —

Heitor Alencar Furtado — Marcus Cunha — Gilson de Barros — Octacílio Queiroz — Peixoto Filho — José Ribamar Machado — Osvaldo Lima — Horácio Ortiz — Israel Dias-Novães — Airon Rios — Délio dos Santos — Maurício Fruet — Osvaldo Macedo — Felipe Penna — Furtado Leite — Edson Vidigal — Pimenta da Veiga — José Carlos Fagundes — Osvaldo Melo — Brabo de Carvalho — Milton Brandão — Walmor de Luca — Walber Guimarães — Iturival Nascimento — Airton Sandoval — Angelo Magalhães — Bonifácio de Andrada — Nilson Gibson — Osmar Leitão — Cardoso Alves — Murilo Mendes — Albérico Cordeiro — Gerson Camata — Nasser Almeida — Nabor Júnior — Anísio de Souza — Hugo Napoleão — Tertuliano Azevedo — Paulo Borges — Walter de Castro — Eloar Guazelli — Mendonça Neto — Jorge Arbage — Magnus Guimarães — Manoel Gonçalves — Figueiredo Correia — Genival Tourinho — Claudino Sales — Carlos Sant'Anna — Carneiro Arnaud — Freitas Nobre — Rosa Flores — Túlio Barcellos — João Alberto — Audálio Dantas — Jorge Vianna — Iram Saraiva — João Linhares — José Costa — Marcondes Gadelha — Marcelo Linhares — Aldo Fagundes — Pedro Ivo — Juarez Furtado — Benedito Marcílio — Leopoldo Bessone — Hélio Duque — Carlos Santos — Wilson Braga — Epitácio Cafeteira — Haroldo Sanford — Fernando Cunha — Roberto Freire — Osvaldo Coelho — Alceu Collares — Inocêncio Oliveira — Francisco Pinto — Henrique Eduardo Alves — Alberto Goldman — Arnaldo Schmitt — Modesto da Silveira — Jackson Barreto — Josias Leite — Milton Figueiredo — Carlos Wilson — João Carlos de Carli — Antônio Morais — Airton Soares — Mário Frota — Paulo Lustosa — Renato Azeredo — Magalhães Pinto — Adauto Bezerra — Djalma Marinho — Célio Borja — Alcyr Pimenta — João Cunha — Adhemar Santillo — Mendes de Melo — Cardoso Fregapani — Harry Sauer — Júlio Costamilan — JG de Araújo Jorge — Celso Carvalho — Djalma Bessa — Elquisson Soares — Adhemar de Barros Filho — Wildy Vianna — Sebastião Rodrigues Jr. — Augusto Lucena — Flávio Chaves — Mac Dowell Leite de Castro — Francisco Castro — Raymundo Urbano — Carlos Chiarelli — Edgard Amorim — Jorge Moura — Júnia Marise — Daniel Silva — Henrique Brito — Ludgero Raulino — Carlos Cotta — Jorge Gama — Ernesto de Marco — Ruy Codo — Mário Hato — José de Castro Coimbra — Paulo Marques — Edilson Lamartine Mendes — Natal Gale — Fernando Coelho — Paulo Pimentel — Hugo Mardini — Francisco Leão — Adalberto Camargo — Getúlio Dias — Mário Stamm — José Amorim — Francisco Benjamim — Mário Moreira — Athié Coury — Luiz Baptista — Arnaldo Lafayette — Alcides Franciscato — Odulfo Domingues — Paulo Guerra — Paulo Studart — Victor Fontana — Jorge Paulo — Cesário Barreto — Alcebiades de Oliveira.

SENADORES: Marcos Freire — José Richa — Teotônio Vilela — Pedro Simon — Orestes Quêrcia — Roberto Saturnino — Nelson Carneiro — Humberto Lucena — Itamar Franco — Jaison Barreto — Gilvan Rocha — Affonso Camargo — Henrique Santillo — Adalberto Sena — Hugo Ramos — Lázaro Barbosa — Franco Montoro — Tancredo Neves — Passos Pôrto — Cunha Lima — Raimundo Parente — Mauro Benevides — Henrique de La Rocque.

## II — Comissão Mista

De acordo com as indicações das Lideranças, ficou assim constituída a Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre a matéria (4):

Pelo Partido Democrático Social — Senadores Helvídio Nunes, Lomanto Júnior, Bernardino Viana, Jorge Kalume, Lenoir Vargas,

(4) DCN — Sessão Conjunta — 20-9-80, pág. 2.553.

Luiz Freire e os Srs. Deputados Adhemar de Barros Filho, Alberto Hoffmann, Claudino Sales, Evaldo Amaral, Igo Losso e Milton Brandão.

Pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Itamar Franco, Cunha Lima, Pedro Simon, Leite Chaves e os Srs. Deputados Antônio Russo, Nivaldo Krüger e Juarez Furtado.

Pelo Partido Popular — Senador Affonso Camargo e os Srs. Deputados João Linhares e Jorge Moura.

A Comissão Mista foi instalada a 23 de setembro <sup>(5)</sup>, eleitos para a Presidência o Senador Itamar Franco e para a Vice-Presidência o Senador Jorge Kalume.

Foi designado Relator o Deputado Alberto Hoffmann.

Na 2ª reunião, em 6 de novembro <sup>(6)</sup>, foi comunicada a indicação do Senador José Richa e dos Deputados Francisco Rollemberg, Feu Rosa, Gomes da Silva, Marcus Cunha, Audálio Dantas e Leopoldo Bessone para integrarem a Comissão, em substituição ao Senador Cunha Lima e aos Deputados Claudino Sales, Evaldo Amaral, Igo Losso, Nivaldo Krüger, Juarez Furtado e João Linhares, respectivamente, anteriormente designados.

A Comissão aprovou o Parecer do Relator, favorável à Proposta de Emenda à Constituição nº 86, nos termos do substitutivo apresentado, e contrário à de nº 88.

### III — Parecer

#### PARECER N.º 248, DE 1980 (ON)

Da Comissão Mista, incumbida de examinar e emitir parecer sobre as Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 86 e 88, de 1980, que “alteram os arts. 19, 21, 23, 24, 25 e 26 da Constituição Federal” <sup>(7)</sup>.

**Relator: Deputado Alberto Hoffmann**

Relator das Propostas de Emenda à Constituição de n.ºs 16, 20, 21, 22, 23, 24 e 25, de 1980, que visava alterar a sistemática tributária nacional, por via de emendas aos arts. 23, 24, 25 e 26 da Constituição, optamos por substitutivo que representasse denominador comum das alterações aceitáveis.

Arquivada a matéria por decurso de prazo tomou o Sr. Senador Jarbas Passarinho como ponto de partida aquele substitutivo, para elaborar nova proposta, declarando *in fine*, em sua justificação.

“Embora não aprovado, o substitutivo da Comissão Mista serviu de base para a elaboração da presente proposição que, tendo o mesmo objetivo esposado pelas propostas que lhe deram origem, dispensa maior justificação.”

(5) DCN — S. II — 7-10-80, pág. 5.390.

(6) DCN — Sessão Conjunta — 4-12-80, pág. 3.644.

(7) DCN — Sessão Conjunta — 14-11-80, pág. 3.306.

Rep. DCN — Sessão Conjunta — 22-11-80, pág. 3.474.

Assim, a Proposta de Emenda n.º 86/80 altera os arts. 23, 24 e 25 da Constituição, proporcionando, caso aprovada, as seguintes modificações:

“1.º altera a alíquota do FPE, aumentando a participação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios na arrecadação do Imposto de Renda, e no Imposto de Produtos Industrializados, de 9% para 11%;

2.º majora, da mesma forma, de 9% para 11% a percentagem a que têm direito os Municípios (FPM);

3.º transfere para o elenco tributário dos Municípios o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, tanto o incidente sobre as transações *inter vivos* como sobre as transferências *causa mortis*. O produto da arrecadação deste imposto pertencerá ao Município em cujo território esteja situado o imóvel;

4.º altera o sistema da distribuição do ICM — Imposto de Circulação de Mercadorias — dos Estados aos Municípios, estabelecendo que a parcela de 20% pertencente a estes últimos seja creditada de acordo com os seguintes critérios:

I — dois terços, na proporção do valor adicionado nas operações de circulação de mercadorias realizadas em seus territórios;

II — um sexto, na proporção direta de seus territórios;

III — um sexto, na proporção direta de sua população;

5.º procura definir melhor a receita pertencente aos Estados e Municípios proveniente de imposto de renda descontado na fonte no pagamento a servidores e de rendimentos de seus títulos de dívida pública.”

Determina a Proposta, ao final, no art. 2.º, que “o aumento da participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na distribuição prevista nos itens I e II do art. 25 da Constituição Federal será feito à razão de um por cento, no exercício de 1981, meio por cento no exercício de 1983 e meio por cento no exercício de 1984”.

Anexada ao processo legislativo a Proposta de Emenda à Constituição n.º 88, de 1980, cujo primeiro signatário é o Sr. Deputado José Carlos Vasconcelos, passemos ao exame de seus objetivos:

1) Determina que a perda de receita dos Estados e Municípios, em decorrência de isenção concedida pela União, com amparo no § 2.º do art. 19, seja devidamente compensada.

2) Admite, dentro de critérios e limites fixados em lei federal, a incidência do ICM sobre lubrificantes e combustíveis líquidos, na saída para consumidor final.

3) Exclui da limitação da resolução do Senado Federal a alíquota interna do ICM.

4) Determina que a perda de receita do ICM decorrente da imunidade na exportação de produtos industrializados ou de isenção concedida por lei (federal) para a exportação de produtos não industrializados seja devidamente compensada.

5) Eleva o percentual de participação dos Estados e Municípios nas receitas do IR e do IPI, de 20% para 30%. Eleva o FPE de 9 para 15%. Eleva o FPM de 9 para 15%. Extingue o Fundo Especial.

Determina que, do FPE, 60% sejam distribuídos a todos os participantes, e 40% apenas aos Estados e Territórios pertencentes às regiões Norte e Nordeste. Manda, ainda, incluir, para efeito de cálculo dos fundos de participação, as parcelas do IR e do IPI não arrecadadas em decorrência de isenção ou incentivos fiscais concedidos.

6) Eleva de 40% para 60% a distribuição aos Estados, Distrito Federal e Municípios, do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos.

7) Determina que a distribuição dos três impostos únicos seja regulada em resolução do Senado Federal, segundo o disposto em lei complementar.

Este o relatório sobre as duas propostas de emendas constitucionais sob exame desta Comissão Mista, constituída por onze Senhores Senadores e onze Senhores Deputados, escolhidos entre os parlamentares que mais se vêm destacando no permanente estudo e debate do problema da distribuição da renda tributária da Nação.

Honrado, novamente, com a difícil missão de relatar a matéria, passaremos a uma sucinta análise da questão.

A Proposta de Emenda n.º 86/80, cujo primeiro signatário é o Sr. Senador Jarbas Passarinho, Líder do Governo no Senado Federal, mantém-se fiel o mais possível a deliberações anteriores, objetivando melhorar a situação dos Municípios quanto à sua participação na arrecadação tributária nacional, compensando, em parte, os Estados, pelo aumento, em 2%, do FPE.

#### FPE, FPM e ITBI

Com relação aos fundos de participação dos Estados e dos Municípios, matéria sobre a qual existe consenso quanto à necessidade de sua majoração, não podemos deixar de opinar favoravelmente ao proposto na emenda, ou seja, a elevação de 9% para 11%, com implantação gradativa.

A previsão da arrecadação do IPI e do IR para o exercício de 1981 totaliza a soma de 898 bilhões de cruzeiros. Desse montante, serão distribuídos, por força das alíquotas vigentes (9% + 9% = 18%), aos Estados e Municípios 161,64 bilhões de cruzeiros. Com a aprovação da Emenda n.º 86/80, a referida participação ascenderá a 179,6 bilhões de cruzeiros, ou seja, com uma repercussão maior na despesa de 17,96 bilhões de cruzeiros no exercício de 1981 e de mais 3,98 bilhões de cruzeiros em dois exercícios futuros. A despesa, portanto, é perfeitamente tolerável para o Tesouro Nacional. Os Estados e os Municípios poderão, após a promulgação, crescer 11,11% à estimativa das quotas que lhes foram comunicadas para fins de seus orçamentos para 1981.

Com relação à transferência do ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis) dos Estados para os Municípios — que encontrou no eminente Sr. Senador Affonso Camargo o seu defensor máximo e que mereceu parecer favorável em oportunidade anterior —, Senadores, Deputados Federais, Governadores de Estados, Prefeitos, Vereadores defendem com ardor a tese de que deva continuar sendo cobrado pelos Estados, embora muitos admitam a justiça da divisão do produto da arrecadação entre os Erários estadual e municipal.

Apesar de muitos Municípios das regiões Sul e Sudeste e os das Capitais poderem montar uma estrutura para a correta cobrança

do tributo, tal não acontece em outras regiões, segundo depoimento de líderes ligados ao Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e a medida acarretaria, em muitos casos, decesso na arrecadação do imposto em si. Daí por que, na forma da emenda anexa, propomos que o produto da arrecadação do ITBI pertença 50% aos Estados e 50% aos Municípios. Essa inovação objetiva, antes de tudo, melhorar a receita municipal, sem prejudicar em demasia os Estados.

### Distribuição do ICM

Com relação à distribuição do ICM, convencidos estamos hoje, mais do que nunca, da necessidade de se proceder a uma reforma do sistema, a ser implantada de forma gradual.

Torno a louvar o Sr. Deputado Antônio Russo, que, pela Proposta de Emenda n.º 22, sugeriu a fórmula de distribuição de  $\frac{2}{3}$  pelo valor adicionado,  $\frac{1}{6}$  pela área e  $\frac{1}{6}$  pela população de cada Município. Faço justiça a S. Ex.ª quando, a par do novo critério, propôs a elevação em mais 10% da participação dos Municípios no ICM. Não houve, na ocasião, possibilidade de dar acolhida favorável à proposta, em face da penúria com que se defronta a grande maioria dos tesouros estaduais.

De posse, agora, de uma série de cálculos — de alguns Estados e de todas as Capitais —, verificamos que a fórmula  $\frac{2}{3} + \frac{1}{6} + \frac{1}{6}$  não atende, efetivamente, a todas as peculiaridades regionais, o que comprova, novamente, como é difícil, em muitas circunstâncias, legislar para o Brasil como um todo.

Vejamos, por exemplo, dados relativos aos Municípios de meu Estado.

Em 1981, 8.340.312 sul-rio-grandenses deverão contribuir com 82.815 bilhões de cruzeiros de ICM para os cofres do Estado. Cada gaúcho, per capita, pagará Cr\$ 9.930,00 de receita daquele tributo incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias e recolhido por produtores, industriais e comerciantes.

Do produto da arrecadação, 20% pertencerão aos Municípios, ou seja, uma quota global de 16.563 bilhões em 1981, o que representará, em média, por munícipe, Cr\$ 1.986,00.

Calculada a previsão, constata-se, de logo, que nada menos de 171 Municípios estarão abaixo da média. Destes, nada menos de 84 não chegam a alcançar a razoabilíssima quota habitante-ano de um mil cruzeiros, e 25 ainda não atingem a irrisória marca dos quinhentos cruzeiros.

Se entre os Municípios mais industrializados, o Rio Grande do Sul tem cinco Municípios com retorno do ICM superior a quatro mil cruzeiros, quatro Municípios acima de cinco mil cruzeiros e três Municípios superior a seis mil cruzeiros por habitante, por outro lado, os cinco mais pobres não chegam a quota-habitante de trezentos cruzeiros anuais.

E falamos do Rio Grande do Sul, Estado com fama de crescimento e distribuição de renda harmônicos.

As comunas mais industrializadas merecem nosso aplauso pelos empregos que oferecem e pelas riquezas que criam, mas não podemos deixar morrer à mingua tantas outras municipalidades cuja miséria terminará se refletindo direta e indiretamente sobre as primeiras, os Estados e a Nação.

Impressionaram-me, outrossim, dados trazidos pelo Sr. Secretário da Fazenda de Pernambuco, onde o Governo do Estado e todos os 156 Prefeitos, tanto os da situação como os da oposição, se conscientizaram do problema, a ponto de assinarem convênios com efeitos para 1981, no qual foi também considerado o fator população.

Já o Sr. Secretário da Fazenda do Pará informou-nos da fixação de uma quota mínima do fundo do ICM para os Municípios, pois, segundo declarou S. Ex.<sup>a</sup>, havia antes Municípios com quota mensal inferior ao valor de um salário mínimo.

São exemplos que ocorrem em muitas regiões do País, e algo deve ser feito e algo pode ser feito. Daí por que, ao final, tomaremos a liberdade de sugerir nova fórmula, pela qual 3/4 da distribuição do ICM continuará a ser feita segundo o valor adicionado e 1/4, por outros critérios que, durante o ano de 1981, vierem a estabelecer as leis estaduais. Os efeitos dessa reforma se fariam sentir apenas a partir de 1982, prevalecendo para 1981 os índices já informados aos Municípios e cujos Prefeitos e Vereadores já se encontram em plena fase de elaboração orçamentária para o próximo exercício, sem falar nos transtornos que a vigência imediata criaria às Secretarias de Fazenda, às Assembleias Legislativas e aos próprios Municípios, diante de eventuais atrasos no recebimento das quotas do próximo exercício.

#### Proposta de Emenda n.º 88/80

Não podemos deixar de louvar a iniciativa do Sr. Deputado José Carlos Vasconcelos, que, de forma brilhante, renova a atenção do Congresso Nacional uma série de propostas, algumas já discutidas na presente sessão legislativa, outras constituindo inovações no campo da distribuição de rendas.

Entre as primeiras situam-se as relativas ao FPE, ao FPM e à distribuição do Imposto sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos, as quais embora não se possa considerar, de direito, como matéria vencida, são prejudicadas de fato pelas decisões e posições anteriormente tomadas.

Dentre as inovações está a que admite, atendidos os critérios e limites fixados em lei, a incidência do ICM sobre lubrificantes e combustíveis líquidos. Por mais reduzida que viesse a ser a alíquota a ser paga, a título de ICM, sobre a operação de distribuição ao consumidor final de combustíveis, a mesma se refletiria nos preços, que já se tornaram insuportáveis diante das constantes arremetidas alistas dos donos do petróleo. Vale referir que sobre esses produtos já incide Imposto Único, do qual participam Estados e Municípios, os quais, com muita justiça, protestam contra a demora dos respectivos repasses. No momento, diante do drama do petróleo, entendemos que somente no futuro, diante de uma conjuntura normal, o problema poderia ser apreciado.

A mais importante inovação, no entendimento do relator, trazida pelo nobre colega José Carlos Vasconcelos, é relativa à isenção do ICM por interesse social e econômico, quando decretada pela União, bem como à imunidade fiscal que, por mandamento constitucional, isenta os produtos industrializados que se destinem ao exterior. Em ambos os casos a Proposta de Emenda n.º 88/80 determina a compensação do ICM à conta do erário federal.

A tese é fascinante, e o pleito vem sendo há longo tempo sustentado pelos Secretários de Fazenda dos Estados.

A imunidade fiscal para as exportações está consagrada em muitos países. Ninguém quer exportar imposto. Na França, por exemplo, o passageiro de voo internacional é reembolsado, no próprio aeroporto, do ICM pago sobre mercadorias adquiridas.

Impõe-se, portanto, amplo e geral estudo da matéria, de grande reflexo, ora negativo, ora positivo, sobre os erários públicos.

Em 1979, o valor dos produtos industrializados exportados atingiu a soma de US\$ 8,571 bilhões de dólares. Em 1980, a estimativa é, no mínimo, de 10 bilhões de dólares. Em cruzeiros, ao câmbio atual, representaria um total de 600 bilhões de cruzeiros, que, multiplicados por 13% de alíquota do ICM, significaria um repasse da União para os Estados de nada menos de 78 bilhões de cruzeiros, sem considerar as demais isenções relativas a transações a nível nacional.

Gostaríamos de opinar pelo destaque da parte referente à "compensação de isenções", para constituir proposição em separado. Algo deve ser feito no setor. Uma parte, pelo menos, deveria ser compensada para socorrer os Estados que participam da chamada batalha das exportações, que muito contribuem para socorrer o orçamento cambial da Nação e nada recebem em troca. Mas isso exige estudo mais profundo.

Diante do exposto, lamentamos ter de, nesta oportunidade, opinar contrariamente à Proposta de Emenda n.º 88/80, ao tempo em que aceitamos a de n.º 86/80, com as alterações já justificadas e constantes da emenda substitutiva anexa.

Sala das Comissões, 6 de novembro de 1980. — Senador **Jorge Kalume**, Vice-Presidente no exercício da Presidência — Deputado **Alberto Hoffmann**, Relator — Deputado **Marcus Cunha**, com restrições — Deputado **Leopoldo Bessone** — Deputado **Adhemar de Barros Filho** — Deputado **Feu Rosa** — Deputado **Gomes da Silva** — Senador **Bernardino Viana** — Deputado **Milton Brandão** — Deputado **Francisco Rollemberg** — Senador **José Lins** — Senador **Pedro Simon**, com restrições — Senador **Affonso Camargo**, com restrições — Senador **José Richa**, com restrições — Deputado **Audálio Dantas**, com restrições.

EMENDA A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO,  
N.º 86, DE 1980

(Substitutivo)

**Altera os arts. 23, 24 e 25 da Constituição Federal, e dá outras providências.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1.º** — Os arts. 23, 24 e 25 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

**"Art. 23** — .....

§ 1.º — Pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos de dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo.  
.....

§ 8.º — Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento, constituirão receita dos Estados e



vinte por cento, dos Municípios. As parcelas pertencentes aos Municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito.

§ 9.º — As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, a que se refere o parágrafo anterior, serão creditadas de acordo com os seguintes critérios:

I — no mínimo três quartos, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias realizadas em seus respectivos territórios;

II — no máximo um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual.

§ 10 — Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item I, cinquenta por cento constituirão receita dos Estados e cinquenta por cento do Município onde se localizar o imóvel objeto da transmissão sobre a qual incide o tributo. As parcelas pertencentes aos Municípios serão creditadas em contas especiais abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos estabelecidos em lei federal.

**Art. 24** — .....

§ 2.º — Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo.  
.....

**Art. 25** — Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá vinte e quatro por cento na forma seguinte:

I — onze por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios;

II — onze por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

III — dois por cento ao Fundo Especial que terá sua aplicação regulada em lei.

§ 1.º — Para efeito de cálculo da percentagem destinada aos fundos de participação, excluir-se-á a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos arts. 23, § 1.º, e 24, § 2.º, pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2.º — A aplicação dos fundos previstos nos itens I e II será regulada em lei federal, que atribuirá ao Tribunal de Contas da União a incumbência de efetuar o cálculo das quotas e fiscalizar o emprego dos recursos transferidos.

§ 3.º — A transferência dos recursos dependerá do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia.”

**Art. 2.º** — O aumento da participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na distribuição prevista nos itens I e II do art. 25 da Constituição Federal, será feito à razão de um por

cento, no exercício de 1981, meio por cento, no exercício de 1982, e meio por cento, no exercício de 1984.

**Art. 3.º** — Os critérios de distribuição da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias devida aos Municípios, a que se refere o § 9.º do art. 23 da Constituição Federal, deverão ser observados a partir de 1.º de janeiro de 1982.

**Parágrafo único** — No ano de 1981 prevalecerá, para a distribuição da parcela do imposto a que se refere este artigo, o critério vigente em 1980.

### **Justificação**

A redação proposta para o § 1.º do art. 23 e para o § 2.º do art. 24 visa a evitar o retardamento na obtenção de recursos por parte dos Estados e Municípios.

Atualmente, a receita proveniente do imposto sobre a renda descontado na fonte, por Estados e Municípios, no pagamento a servidores e a beneficiários de rendimentos de seus títulos da dívida pública, é a eles distribuída como forma de adiantamento da parcela que lhes corresponde nos fundos de participação. Acontece, todavia, que esses ingressos vêm sendo retardados, pois que Estados e Municípios são obrigados a repassar tais recursos à União, que oportunamente os fará retornar.

O que se procura sanar na proposta são esses trâmites burocráticos que prejudicam os Estados e Municípios, que merecem dispor de suas receitas com mais presteza, e que não apresentam características de relevância para o erário federal.

A introdução, no texto constitucional, dos critérios para creditar a parcela do ICM pertencente aos Municípios se faz necessária para se atingir melhor adaptação aos interesses regionais.

Três quartos, pelo menos, do ICM municipal continuarão a ser distribuídos de acordo com o critério estabelecido atualmente como regra geral. Isto é, na proporção do valor adicionado constatado nas operações de circulação de mercadorias realizada no território de cada Município e, no máximo, um quarto desses recursos será creditado de acordo com o disposto em lei estadual.

Essa disposição é importante na medida em que permite aos Estados, isto é, a quem melhor conhece as peculiaridades inerentes aos Municípios situados em seu território, flexibilidade suficiente para dispor, da maneira mais conveniente, sobre o rateio de até 25% da receita do ICM destinada aos Municípios.

Os novos critérios, após passarem, ao longo do exercício de 1981, pelo crivo das Assembléias Legislativas, deverão servir ao rateio do ICM a partir de janeiro de 1982.

O imposto sobre a transmissão de bens imóveis, previsto no item I do art. 23, é mantido na competência tributária dos Estados, mas o produto de sua arrecadação, de acordo com o § 10, acrescentado ao referido artigo, fica rateado em partes iguais entre estes e os Municípios.

Essa inovação objetiva, antes de tudo, melhorar a receita municipal, mediante a participação no imposto incidente sobre as transmissões de imóveis situados em seu território, sem prejudicar em demasia os Estados, que serão beneficiados com a elevação dos

recursos dos fundos federais. A entrega das parcelas pertencentes aos Municípios será automática, dentro do prazo estabelecido em lei.

A nova redação proposta ao art. 25 eleva os percentuais dos impostos sobre a renda e sobre produtos industrializados, de forma a ampliar os fundos de participação dos Estados e Municípios.

A elevação se faz necessária como forma de reforçar as receitas estadual e municipal. Os percentuais de acréscimo serão aumentados, gradualmente, nos anos de 1981, 1982 e 1984, em atenção à situação financeira do erário federal.

**DEPUTADOS:** Alberto Hoffmann — Aduato Bezerra — Adhemar de Barros Filho — Adhemar Ghisi — Adolpho Franco — Adriano Valente — Adroaldo Campos — Aécio Cunha — Albérico Cordeiro — Alcebiades de Oliveira — Alexandre Machado — Alípio Carvalho — Angelino Rosa — Angelo Magalhães — Anísio de Souza — Antônio Amaral — Antônio Dias — Antônio Ferreira — Antônio Florêncio — Antônio Gomes — Artenir Werner — Ary Alcântara — Aroldo Moletta — Athlé Coury — Baldacci Filho — Bonifácio de Andrada — Brabo de Carvalho — Braga Ramos — Cantídio Sampalo — Cardoso de Almeida — Carlos Chiarelli — Christiano Lopes — Claudino Sales — Cláudio Philomeno — Correa da Costa — Darcillo Ayres — Darcy Pozza — Dario Tavares — Diogo Nomura — Divaldo Suruagy — Erasmo Dias — Ernani Satyro — Evaldo Amara! — Evandro Ayres de Moura — Feu Rosa — Francisco Benjamim — Francisco de Castro — Francisco Rollemberg — Genésio de Barros — Geraldo Guedes — Haroldo Sanford — Hélio Levy — Henrique Turner — Hermes Macedo — Homero Santos — Honorato Vianna — Horácio Matos — Hugo Rodrigues — Igo Losso — Jairo Maltoni — João Alberto — Carlos de Carlí — Jorge Arbage — José Camargo — José Carlos Fagundes — José Penedo — José Ribamar Machado — Lúcio Cioni — Manoel Ribeiro — Marcelo Linhares — Milton Brandão — Moacir Lopes — Nagib Haickel — Navarro Vieira Filho — Nelson Marchezan — Nelson Morro — Nilson Gibson — Norton Macedo — Octávio Torrecilla — Odulfo Domingues — Osmar Leitão — Paulo Lustosa — Paulo Studart — Pedro Carolo — Pedro Geraldo Costa — Pedro Germano — Raymundo Diniz — Roberto Galvani — Ruben Figueiró — Ruy Bacelar — Salvador Julianelli — Saramago Pinheiro — Sebastião Andrade — Simão Sessim — Siqueira Campos — Theodorico Ferrazo — Túlio Barcellos — Ubaldino Meirelles — Victor Fontana — Vingt Rosado — Waldmir Belinati — Antônio Moraes — Arnaldo Schmitt — Carlos Wilson — Agassiz de Almeida — Daso Coimbra — Herbert Levy — Joel Vivas — Magalhães Pinto — Milton Figueiredo — Pedro Lucena — Roseburgo Romano — Thales Ramalho — Alceu Collares — Getúlio Dias — José Frejat — Arnaldo Lafayette — Geraldo Bulhões — Ruy Codo — Adhemar Santillo — Aírton Sandoval — Alberto Goldman — A'do Fagundes — Aluizio Bezerra — Alvaro Dias — Amadeu Gera — Antônio Russo — Cardoso Fregapani — Carlos Bezerra — Celso Peçanha — Del Bosco Amaral — Edison Khair — Elquisson Soares — Eptáclio Cafeteira — Ernesto Dall'Oglio — Euclides Scalco — Fernando Coelho — Francisco Libardoni — Gerson Camata — Gillson de Barros — Heltor Alencar Furtado — Hélio Duque — Horácio Ortíz — Jackson Barreto — Jader Barbalho — João Gilberto — Marcelo Cordeiro — Mário Moreira — Nivaldo Krüger — Odaírc Klein — Osvaldo Macedo — Osvaldo Lima — Paulo Borges — Paulo Marques — Roque Aras — Rosa Flores — Sebastião Rodrigues Júnior — Valter Garcia.

**SENADORES:** Bernardino Viana — José Lins — Murilo Badaró — Aloysio Chaves — Helvídio Nunes — Martins Filho — Almir Pinto — José Gulomard — Passos Pôrto — Jutahy Magalhães —

Gívan Rocha — Evelásio Vieira — Luiz Fernando Freire — Orestes Quércla — Evandro Carreira — Henrique Santillo — Jaison Barreto — Cunha Lima — Lázaro Barboza — José Richa — Aderbal Jurema — Amaral Peixoto — Tancredo Neves — Mendes Canale.

#### IV — Discussão e votação em 1º turno

Na sessão conjunta do Congresso Nacional de 26 de novembro (8), usaram da palavra para discutir a matéria os Deputados Ruy Codo, Honorato Vianna, Edison Lobão, Pedro Geraldo Costa, José Carlos Vasconcelos e Alberto Hoffmann.

Encerrada a discussão, a votação foi adiada por falta de quorum.

Na mesma data, em sessão realizada às 18 horas e 30 minutos (9), foi posta em votação a matéria, após usarem da palavra os Deputados Odacir Klein, João Linhares e Alberto Hoffmann. O discurso então pronunciado pelo Senador Marcos Freire foi entregue à revisão do orador e publicado posteriormente (10).

Foram lidos e aprovados os Requerimentos n.ºs 79 e 80, de 1980 (CN), do Senador Jarbas Passarinho, o primeiro solicitando preferência para votação do substitutivo da Comissão Mista e o segundo pedindo destaque para rejeição da expressão “e fiscalizar o emprego dos recursos transferidos”, constante do § 2º do art. 25 da Constituição, na redação dada pelo art. 1º do substitutivo da Comissão Mista.

Submetido a votos, o substitutivo da Comissão Mista foi aprovado por 45 Senadores e 296 Deputados, não havendo voto contrário.

Posto em votação, foi aprovado por 44 Senadores o Requerimento nº 80, ficando, portanto, rejeitada a parte destacada. Com a aprovação do substitutivo da Comissão Mista, ficaram prejudicadas as Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 86 e 88, de 1980.

Lido o Parecer nº 262, de 1980, da Comissão Mista, apresentando a redação do vencido para 2º turno, a Presidência convocou nova sessão conjunta para as 20 horas e 45 minutos.

#### V — Discussão e votação em 2º turno

Encerrada sem oradores a discussão em segundo turno, foi procedida a votação da matéria, aprovada por 44 Senadores e 302 Deputados, sem votos contrários (11).

(8) DCN — Sessão Conjunta — 27-11-80, pág. 3.532.

(9) DCN — Sessão Conjunta — 27-11-80, pág. 3.546.

(10) DCN — Sessão Conjunta — 20-11-80, pág. 3.506.

(11) DCN — Sessão Conjunta — 27-11-80, pág. 3.551.

## VI — Promulgação

Em sessão solene do Congresso Nacional, realizada em 2 de dezembro (12), foi promulgada a Emenda Constitucional nº 17, de 1980:

### EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 17

Altera os arts. 23, 24 e 25 da Constituição Federal, e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1.º** — Os arts. 23, 24 e 25 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

**“Art. 23** — .....

§ 1.º — Pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo.

§ 8.º — Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento constituirão receita dos Estados e vinte por cento dos Municípios. As parcelas pertencentes aos Municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito.

§ 9.º — As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, a que se refere o parágrafo anterior, serão creditadas de acordo com os seguintes critérios:

I — no mínimo três quartos, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias realizadas em seus respectivos territórios;

II — no máximo um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual.

§ 10 — Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item I, cinquenta por cento constituirão receita dos Estados e cinquenta por cento do Município onde se localizar o imóvel objeto da transmissão sobre a qual incide o tributo. As parcelas pertencentes aos Municípios serão creditadas em contas especiais abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos estabelecidos em lei federal.

**Art. 24** — .....

§ 2.º — Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo.

(12) DCN — Sessão Conjunta — 3-12-80, pág. 3.612.

**Art. 25** — Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá vinte e quatro por cento na forma seguinte:

**I** — onze por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

**II** — onze por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

**III** — dois por cento ao Fundo Especial que terá sua aplicação regulada em lei.

§ 1.º — Para efeito de cálculo da percentagem destinada aos fundos de participação, excluir-se-á a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos arts. 23, § 1.º, e 24, § 2.º, pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2.º — A aplicação dos fundos previstos nos itens I e II será regulada em lei federal, que atribuirá ao Tribunal de Contas da União a incumbência de efetuar o cálculo das quotas.

§ 3.º — A transferência dos recursos dependerá do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia."

**Art. 2.º** — O aumento da participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na distribuição prevista nos itens I e II do art. 25 da Constituição Federal, será feito à razão de um por cento, no exercício de 1981, meio por cento, no exercício de 1982, e meio por cento, no exercício de 1984.

**Art. 3.º** — Os critérios de distribuição da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias devida aos Municípios, a que se refere o § 9.º do art. 23 da Constituição Federal, deverão ser observados a partir de 1.º de janeiro de 1982.

**Parágrafo único** — No ano de 1981 prevalecerá, para a distribuição da parcela do imposto a que se refere este artigo, o critério vigente em 1980.

Brasília, 2 de dezembro de 1980.

A Mesa da Câmara dos Deputados: **Flávio Marcílio**, Presidente — **Renato Azeredo**, 2.º-Vice-Presidente — **Wilson Braga**, 1.º-Secretário — **Epitácio Cafeteira**, 2.º-Secretário — **Ari Kffuri**, 3.º-Secretário — **Walmor de Luca**, 4.º-Secretário.

A Mesa do Senado Federal: **Luiz Viana**, Presidente — **Nilo Coelho**, 1.º-Vice-Presidente — **Dinarte Mariz**, 2.º-Vice-Presidente — **Alexandre Costa**, 1.º-Secretário — **Gabriel Hermes**, 2.º-Secretário — **Lourival Baptista**, 3.º-Secretário — **Gastão Müller**, 4.º-Secretário.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (\*)

A venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º andar) ou pelo  
Reembolso Postal

### "REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA"

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 65.

Preço do exemplar: Cr\$ 60,00

	Cr\$
— nº 66 (abril a junho de 1980) .....	120,00
— nº 67 (julho a setembro de 1980) .....	120,00
— nº 68 (outubro a dezembro de 1980) .....	120,00

### "ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA" (NÚMEROS 1 a 60) Distribuição gratuita

### "COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS"

- 5º volume, contendo 336 páginas  
Ato Institucional nº 10  
Atos Complementares n.ºs 52 a 56  
Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com  
índices cronológico e por assunto ..... 15,00
- 6º volume, contendo 488 páginas  
Ato Institucional nº 11  
Atos Complementares n.ºs 57 a 62  
Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com  
índices cronológico e por assunto ..... 25,00

(\*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Cr\$
– 7º volume, contendo 290 páginas Emenda Constitucional nº 1 Atos Institucionais n.ºs 12 a 17 Atos Complementares n.ºs 63 a 77 Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 8º volume, contendo 318 páginas Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 9º volume, contendo 364 páginas Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 10º volume, contendo 386 páginas Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969 Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto .....	30,00
– 11º volume, contendo 503 páginas Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003 Código de Processo Penal Militar e Lei de Organi- zação Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto .....	35,00
– 12º volume, contendo 309 páginas Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 13º volume, contendo 406 páginas Atos Complementares n.ºs 78 a 94 Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas Atos Complementares n.ºs 95 a 97 Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	20,00
– 16º volume, contendo 424 páginas (último da coleção) Atos Complementares n.ºs 98 e 99 Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65 .....	40,00



	Cr\$
<b>"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS"</b> (Edição de 1971)	
– Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) .....	45,00
<b>"PARTIDOS POLITICOS"</b> (2 tomos) (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos" .....	70,00
<b>"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL"</b> (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)	
– 1º volume (3 tomos)	
– Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "insti- tuiu o Código de Processo Civil" (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tra- mitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)	
– 2º volume (2 tomos)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– 3º volume	
– Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que "reti- fica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil"	
– Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que "adap- ta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona"	
– Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que "adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que men- ciona"	
Preço da coleção .....	180,00
<b>"PREVIDÊNCIA SOCIAL"</b> (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legis- lação da Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos) .....	70,00

**"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"**

- Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos) ..... 150,00

**"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"**

- *Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda* ..... 70,00

**"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA"**

(3ª edição – agosto de 1978) ..... 55,00

- Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).
- Índices alfabéticos e remissivos.
- Legislação alteradora, citada e correlata.
- SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978 ..... 25,00

**"LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL" (2ª ed.) ... 100,00**

- Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – *anotada*
- Histórico das Leis (tramitação legislativa)
- Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura

**"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (edição novembro de 1979) ..... 250,00**

- Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente
- Exposição de Motivos do Anteprojeto

**"INQUILINATO" (edição de 1980) ..... 150,00**

- Lei nº 6.649, de 16-5-79, alterada pela Lei nº 6.698, de 15-10-79.
- Quadro comparativo anotado da legislação vigente com a legislação anterior
- Glossário
- Histórico (tramitação legislativa) da legislação vigente

	Cr\$
"PARTIDOS POLITICOS" (edição 1980) .....	100,00
– Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682, de 21-7-71) texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
– Resoluções do TSE	
"SEGURANÇA NACIONAL" (edição 1980) .....	250,00
– Lei nº 6.620, de 17-12-78	
– Índice temático	
– Ementário da Legislação	
– Comparações e anotações	
– Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)	
"CÓDIGO PENAL" (2ª edição – 1981) .....	250,00
– Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado	
– Índice temático	

## Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

**Biblioteca Nacional**  
**Instituto Nacional do Livro**  
**Senado Federal**  
**Câmara dos Deputados**  
**Supremo Tribunal Federal**  
**Tribunal Federal de Recursos**  
**Superior Tribunal Militar**  
**Tribunal Superior Eleitoral**  
**Tribunal Superior do Trabalho**  
**Assembléias Legislativas**  
**Tribunais de Justiça**  
**Faculdades de Direito**

## **ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

## **REEMBOLSO POSTAL**

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.