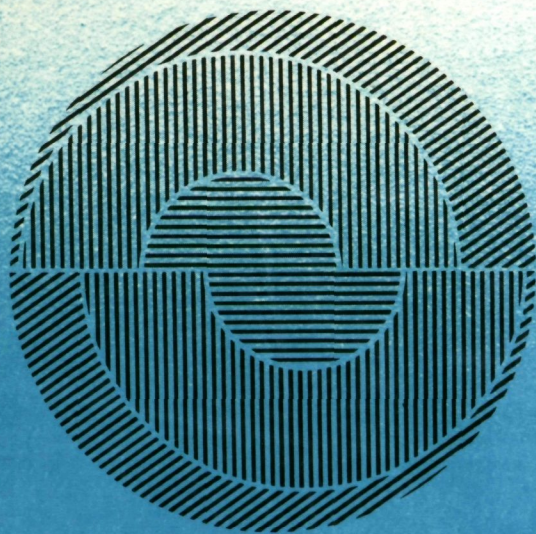


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1982

ANO 19 • NÚMERO 75

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 19 n. 75 — julho/setembro 1982

**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
(1948—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

R. Inf. legis.	Brasília	a. 19	n. 75	jul./set. 1982
-----------------------	-----------------	--------------	--------------	-----------------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 350,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

COLABORAÇÃO

	<i>Pág.</i>
O contencioso internacional: análise comparativa das exceções de domínio reservado dos Estados e de não-esgotamento dos recursos de direito interno — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	5
Energia nuclear y no proliferación en América Latina: la constitución del sistema de Tlatelolco — <i>Pilar Armanet</i>	39
Reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras — <i>José Guilherme Villela</i> ..	53
“Transformação” e “crise” no direito. Uma visão histórico-crítica — <i>Nelson Saldanha</i>	59
A “doutrina” — fonte material e formal do Direito — <i>Nelson de Sousa Sampaio</i>	67
Conteúdo e alcance da competência para editar normas gerais de direito tributário (art. 18, § 1º, do texto constitucional) — <i>Geraldo Ataliba</i>	83
A posição do Município no Direito Constitucional federal brasileiro — <i>Raul Machado Horta</i>	107
A autonomia municipal e o zoneamento industrial — <i>Gaspare Saraceno</i>	123
Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência — <i>A. Carlos Fonseca</i>	137
A competência do “órgão especial” — <i>Arnoldo Wald</i>	177
O recurso extraordinário e a arguição de relevância da questão federal — <i>Ana Maria Guelber Corrêa</i>	189
O Tribunal de Contas, os limites da “res verdicta” e o contencioso administrativo — <i>Marques Oliveira</i>	201
Princípio da legalidade e desvio de poder no Direito Administrativo — <i>Therézinha Lucia Ferreira Cunha</i>	227
A correção monetária nos tribunais — <i>Roberto Rosas</i>	239
A correção monetária e a regulamentação da Lei nº 6.899, de 8-4-81 — <i>Semy Glanz</i>	249
O crime no Anteprojeto de Código Penal de 1981 — <i>Everardo da Cunha Luna</i>	255
Da cominação das penas no Anteprojeto — <i>Licínio Leal Barbosa</i>	271
A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no País — <i>Antônio Chaves</i>	281
A questão agrária e a “estratégia” governamental — <i>Vilma Figueiredo</i>	299

DOCUMENTAÇÃO

Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982 — Histórico (tramitação legislativa)	315
--	-----

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	381
---	-----

O contencioso internacional:
análise comparativa das exceções de
domínio reservado dos Estados
e de não-esgotamento dos recursos
de direito interno

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

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

SUMÁRIO

- I — *Introdução: identificação do problema*
- II — *Domínio reservado e esgotamento de recursos internos: análise comparativa de seus efeitos jurídicos*
- III — *Reservas "subjetivas" e "objetivas" de domínio reservado*
- IV — *Incertezas da solução judicial*
- V — *Domínio reservado e esgotamento de recursos internos: análise comparativa de sua eficácia e seus resultados práticos*
- VI — *Domínio reservado e não-esgotamento de recursos internos como argumentos simultâneos e alternativos*
 - 1) *Esgotamento de recursos internos não servindo de base para caracterizar um litígio como sendo essencialmente do domínio reservado*
 - 2) *Esgotamento de recursos internos como particularização do domínio reservado*
- VII — *Conclusões*

Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em forma de duas conferências ministradas, como Professor Visitante, na Universidade de Londres, em julho de 1982.

I — *Introdução: identificação do problema*

O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos têm sido duas exceções processuais das mais freqüentemente levantadas no contencioso internacional: por meio da primeira, o Estado reclamado tenta impedir a consideração de uma matéria a nível internacional alegando que ela recai essencialmente em seu domínio reservado ou competência nacional; por meio da segunda, o Estado reclamado objeta à consideração de uma matéria a nível internacional alegando que os recursos de direito interno não foram esgotados e que a ação internacional só é assim facultada depois de ter tido o Estado uma oportunidade de reparar o suposto dano dentro de seu próprio sistema jurídico interno. O presente estudo abordará primariamente não a objeção de não-esgotamento de recursos internos *per se*, nem tampouco a exceção de domínio reservado como tal, mas mais propriamente o *inter-relacionamento entre ambas*.

O problema, de certo modo, tem persistido diante da apatia e negligência lamentáveis da doutrina moderna, e, o que é ainda mais surpreendente, a questão tem sido de tempos em tempos levantada na prática em casos cuja importância não pode ser subestimada. Chega assim a ser estranho ver as duas objeções de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado serem tratadas *separadamente* uma da outra, em trabalhos dedicados a uma ou a outra, como se tivessem pouco ou nada em comum. Os poucos autores que chegaram ao ponto de indicar a interação entre as duas exceções limitaram-se a registrar a existência do problema sem absolutamente nele se aprofundarem o mínimo satisfatório. A análise comparativa que se segue é apresentada em um esforço para ajudar a esclarecer um problema importante do direito internacional contemporâneo.

II — *Domínio reservado e esgotamento de recursos internos: análise comparativa de seus efeitos jurídicos*

Um traço marcante e comum a ambas as exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos é que tanto uma como outra constituem artificios a serviço da soberania dos Estados. Assim, uma objeção de domínio reservado, se aceita pelo tribunal internacional, impede este último de examinar o caso; é ela uma exceção preliminar à *competência* do tribunal internacional, assumindo um caráter *substantivo* no sentido de que uma decisão quanto à exceção tocaria no mérito do caso. Uma objeção de não-esgotamento de recursos internos, por outro lado, baseia-se na idéia do caráter *subsidiário* da jurisdição internacional e em um certo *direito de prioridade* de que desfrutam os tribunais internos ao reparar supostos danos; é ela uma exceção preliminar à *admissibilidade* de uma reclamação internacional, que *não* necessariamente objeta à competência do tribunal internacional em particular.

Conseqüentemente, como decorrência lógica do relacionamento entre as duas exceções, pode-se dizer que uma objeção de domínio re-

servado, se impetrada com sucesso, tende a suplantiar ou abarcar uma objeção de não-esgotamento de recursos internos levantada no mesmo caso. Isto significa que a segunda tende a permanecer de certo modo subsidiária ou suplementar à primeira, no sentido de que, uma vez que o tribunal internacional examinando a matéria considera-a como recaindo essencialmente no domínio reservado do Estado em questão, não há então como insistir na aplicação da regra do esgotamento dos recursos de direito interno⁽¹⁾.

Tal situação ocorreu, como se verá subsequenteemente com mais detalhes, no caso *Interhandel* (1959), em que o governo dos Estados Unidos levantou tanto uma exceção de domínio reservado (quarta exceção preliminar), *assim como* uma exceção de não-esgotamento de recursos internos (terceira exceção preliminar) à petição suíça⁽²⁾. As dificuldades no caso se agravaram ainda mais pelo fato de terem os Estados Unidos se baseado na emenda Connally. E a Corte Internacional de Justiça, ao invés de proceder ao exame da objeção de não-esgotamento, e talvez juntá-la ao mérito como em outros casos, decidiu rejeitar a petição suíça por não-esgotamento de recursos internos⁽³⁾.

Ao sustentar assim a terceira exceção preliminar dos Estados Unidos, a Corte julgou “desnecessário” pronunciar sobre a objeção preliminar norte-americana de domínio reservado⁽⁴⁾. Desse modo a Corte de Haia se expôs à crítica de que emitira tal decisão “a fim de poupar-se do embaraço de pronunciar sobre a exceção preliminar alternativa pela qual os Estados Unidos invocaram a reserva — de ‘domínio reservado tal como determinado pelos Estados Unidos’ —, a sua aceitação da cláusula facultativa”⁽⁵⁾ (cf. também *infra*). Mas tais considerações de *policy* podem bem ocorrer não apenas na decisão da Corte, como também na formulação de objeções preliminares pela parte reclamada (e.g., exceções “preliminares” como subterfúgios de defesa quanto ao mérito)⁽⁶⁾.

O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos assim acarretam *efeitos distintos* que não podem ser equiparados um ao outro. Enquanto que a regra dos recursos internos enfatiza a com-

(1) Especialistas do tema parecem concordar com este ponto; cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph. D. Thesis), vol. I, University of Cambridge, Cambridge, 1977, pp. 231-314 (circul. interna); C. H. P. LAW, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, Droz, 1961, pp. 123-124; TH. HAESLER, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case-Law of International Courts and Tribunals*, Leyden, Sijthoff, 1968, pp. 154-156.

(2) Cf. caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959) p. 11.

(3) *Ibid.*, p. 30.

(4) *Ibid.*, p. 29.

(5) C. W. JENKS, *The Prospects of International Adjudication*, London, Stevens/Oceana, 1964, pp. 533-534.

(6) Referindo-se a tais objeções como “exceptions préliminaires de fond”, SPERDUTI propôs o seguinte critério de distinção: “Le critère pour distinguer entre des véritables exceptions préliminaires d’incompétence et des exceptions qui, tout en ayant été présentées sous une telle forme, constituent, en substance, des exceptions de fond, consiste, en principe, à examiner si une décision qui serait prise sur une exception déterminée en faveur de l’Etat qui a soulevé cette exception, serait ou ne serait pas de nature à faire ressortir le défaut de fondement de la requête contre laquelle l’exception était dirigée”. G. SPERDUTI, “La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international”, *Rivista di Diritto Internazionale* (1970) p. 474, e cf. pp. 461-490.

petência subsidiária do órgão internacional para examinar o caso, a objeção de domínio reservado claramente nega aquela competência por completo. Uma objeção de domínio reservado avançada com sucesso teria o efeito de impedir qualquer exame do caso pelo órgão internacional, justamente por recair a matéria no domínio reservado do Estado. Uma objeção de não-esgotamento dos recursos de direito interno levantada com sucesso teria o efeito de rejeitar a reclamação como inadmissível por não-esgotamento dos meios internos de reparação, mas em princípio poderia sempre o reclamante reapresentar subsequenteemente seu caso perante o órgão internacional, mediante nova petição, uma vez que os recursos de direito interno tenham sido devidamente esgotados⁽⁷⁾. Tendo em mente esta distinção crucial, pode-se agora examinar, por meio de análise comparativa, a *eficácia* das exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos na prática judicial internacional.

III — Reservas “*subjetivas*” e “*objetivas*” de domínio reservado

Um exame da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça revela dois aspectos distintos da objeção de domínio reservado: primeiramente, a prática em relação às chamadas reservas automáticas à cláusula facultativa de seu Estatuto, e, em segundo lugar, a prática relativa a exceções preliminares de incompetência. Pode-se assim falar de reservas *subjetivas* e *objetivas* de domínio reservado, pois na primeira hipótese o poder de decisão pertence aos governos declarantes, ao passo que na segunda hipótese o poder de decidir se determinada matéria recai ou não no domínio reservado [dos Estados] pertence à Corte [internacional]⁽⁸⁾.

No caso dos *Empréstimos Noruegueses* (1957) a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça foi desafiada por uma reserva da Noruega que invocava a reserva automática da França⁽⁹⁾ como exceção preliminar. A Corte julgou que o governo norueguês poderia, em virtude da condição de reciprocidade, invocar a reserva francesa, que excluía da competência da Corte o litígio a ela submetido pela petição do governo francês. A Corte, conseqüentemente, viu-se sem competência para examinar a petição⁽¹⁰⁾. Ao sustentar o argumento da Noruega, a Corte não expressou opinião alguma sobre a questão se o assunto do litígio recaía essencialmente no domínio reservado [estatal].

(7) Nesse sentido: Petição n.º 347/58, caso de *X v. Bélgica*, decisão de 29 de agosto de 1959, in *Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights*, vol. 1, p. 5; Petição n.º 434/58, caso de *X v. Suécia*, decisão de 30 de junho de 1959, *ibid.*, vol. 1, pp. 14-15. E cf. também A. MIAJA DE LA MUELA, “El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales”, 2 *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1963) pp. 28-52.

(8) S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 393-399.

(9) A reserva francesa (contida na declaração francesa de 1.º de março de 1949) dispunha: “Esta declaração não se aplica a controvérsias relativas a matérias que pertencem essencialmente à competência nacional no entendimento do governo da República Francesa.” Caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957) p. 21.

(10) *Ibid.*, p. 27.

Em sua explicação de voto, o Juiz Lauterpacht discordou em determinado ponto da tese da Corte de pressupor que a declaração francesa era válida de direito; para ele, a declaração era inválida e a Corte não deveria ter se baseado nela, porque tal modo de proceder era contrário ao artigo 36(6) do Estatuto que atribuía à Corte, sem qualquer margem a dúvidas, o direito, e impunha-lhe o dever, de determinar sua própria competência⁽¹¹⁾.

Pouco após, a questão novamente surgiu no caso *Interhandel* (1959), em que uma das exceções preliminares dos Estados Unidos invocava a reserva automática norte-americana à jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça⁽¹²⁾. Já se referiu acima ao resultado da contenda: rejeição da petição suíça como inadmissível por não-esgotamento de recursos internos⁽¹³⁾. A Corte evitou assim pronunciar sobre a questão da reserva automática e baseou-se na declaração do agente dos Estados Unidos (Sr. Becker), segundo a qual aquela questão tinha “perdido a significação prática” e tinha se tornado “somewhat academic” e “somewhat moot”⁽¹⁴⁾. Votos dissidentes foram proferidos, em um dos quais o Juiz Lauterpacht novamente afirmou que a Corte era “a guardiã de seu Estatuto” e que não lhe cabia abandonar, em deferência a uma reserva formulada por uma parte litigante, “uma função que, em virtude de um dispositivo expresso do Estatuto, é uma salvaguarda essencial de sua jurisdição obrigatória”⁽¹⁵⁾. Novamente recatou o magistrado o artigo 36(6) do Estatuto, consagrando o princípio de que “em matéria de sua jurisdição, um tribunal internacional, e não a parte interessada, tem o poder de decidir se um litígio perante si recai sob o instrumento criando sua jurisdição”⁽¹⁶⁾.

Naquele mesmo ano, na sessão de Neuchâtel (1959) do Institut de Droit International, manifestou-se considerável reação aos eventos ocorridos no decorrer dos processos dos casos dos *Empréstimos Noruegueses* e de *Interhandel*. As resoluções adotadas, *inter alia*, urgiam os Estados a recorrerem à Corte Internacional de Justiça como método *normal* de solução de controvérsias, e a aceitarem a jurisdição da Corte por compromissos que a tornassem eficaz e “não ilusória”⁽¹⁷⁾. As resoluções do *Institut* relembavam as decisões e votos emitidos nos casos dos *Empréstimos Noruegueses* e de *Interhandel*, no sentido de urgir os Estados que aceitassem a jurisdição obrigatória da Corte em virtude do artigo 36(2) do Estatuto, a fazê-lo “em termos precisos, respeitando

(11) *Ibid.*, explicação de voto de H. Lauterpacht, p. 43; foi Hersch Lauterpacht quem intitulou a expressão “reserva automática” (cf. *Ibid.*, p. 34).

(12) De acordo com a reserva dos Estados Unidos, a declaração norte-americana não se aplicava a “disputas relativas a assuntos que pertencem essencialmente ao domínio reservado dos Estados Unidos da América conforme determinado pelos Estados Unidos da América”. Caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959) p. 15.

(13) *Ibid.*, p. 29.

(14) *Ibid.*, p. 26; e caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959), Argumentos Orais e Documentos, argumento oral do Sr. Becker, de 6 de novembro de 1958, pp. 507-511.

(15) Caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959), voto dissidente de H. Lauterpacht, p. 104.

(16) *Ibid.*, p. 104, e cf. pp. 117 e 122 para sua contestação da validade da declaração dos Estados Unidos. Outros Juizes, além dele, compartilharam igualmente do ponto de vista de que a objeção deveria ter sido juntada ao mérito (como um argumento substantivo).

(17) *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1959) — II, pp. 359-360.

o direito da Corte de ser o juiz de sua própria competência, de acordo com seu Estatuto”(18). As resoluções ponderavam ainda aos Estados que uma submissão evasiva à jurisdição da Corte poderia abrir o caminho a outros Estados a se prevalecerem das reservas em seu próprio benefício(19). Não obstante, nos instrumentos reconhecendo como obrigatória a jurisdição da Corte Internacional de Justiça (até 31 de julho de 1973), oito Estados, em suas declarações(20), formularam reservas quanto a disputas ou matérias recaindo “essencialmente no domínio reservado” (competência nacional), ao passo que doze outros Estados(21) preferiram dirigir suas reservas a disputas relativas a questões que, *segundo o direito internacional*, recaem essencialmente em seu domínio reservado.

Estas são ilustrações de reservas *subjetivas* de domínio reservado que, em casos como os de *Interhandel* e dos *Empréstimos Noruegueses*, foram utilizadas como argumentos alternativos aos de não-esgotamento de recursos de direito interno. Passando ao aspecto *objetivo* da exceção de domínio reservado — a saber, a exceção como uma objeção preliminar à competência da Corte Internacional de Justiça para examinar a petição —, tem em alguns casos surgido mas não necessariamente como alternativa ao não-esgotamento de recursos internos (embora exceções preliminares de outros tipos possam acompanhá-lo). Isto não significa que um exame da exceção *objetiva* de domínio reservado sem uma exceção alternativa de não-esgotamento de recursos internos não seria útil para o estudo do inter-relacionamento entre as duas. Pelo contrário, tal inter-relacionamento pode também ser abordado por meio de um paralelo ou confrontação entre casos em que se levantou uma ou outra das exceções, não como alternativas entre si, para os propósitos de verificar posteriormente, em base comparativa, a *eficácia* das duas exceções na prática.

Uma reserva de domínio reservado do tipo “objetiva” foi avançada no caso da *Interpretação dos Tratados de Paz* (1950). A Assembléia Geral da ONU solicitara um parecer à Corte Internacional de Justiça sobre a interpretação dos dispositivos sobre solução de controvérsias contidos nos tratados de paz com a Bulgária, a Hungria e a Romênia. Os três Estados em questão objetaram à Competência da Corte para examinar a matéria alegando que um parecer sobre a mesma constituiria uma intervenção em assuntos essencialmente dentro de seu domínio reservado. A Corte, em seu parecer, enfatizou que não fora solicitada a examinar acusações levadas perante a Assembléia Geral da ONU acerca de supostas violações de certos dispositivos dos tratados; ao invés disso, o objeto da petição fora mais limitado e visando somente obter da Corte

(18) *Ibid.*, pp. 359-360.

(19) *Ibid.*, pp. 359-360.

(20) Índia, Israel, Libéria, Malawi, México, Filipinas, Sudão e Estados Unidos; *Yearbook of the International Court of Justice* (1972-1973) pp. 62-63, 66, 68, 71, 75, 78 e 81, respectivamente.

(21) Austrália, Botswana, Canadá, França, Zâmbia, Quênia, Cambódia, Malta, Maurício, Nova Zelândia, Paquistão e Suazilândia; *ibid.*, pp. 54, 56-57, 60-61, 65, 69-70, 72, 74 e 78, respectivamente. E cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 13-50.

certas “clarificações de natureza jurídica” relativas à aplicabilidade do procedimento de solução de controvérsias contido nos tratados de paz com a Bulgária, a Hungria e a Romênia. Desse modo, ponderou a Corte, “a interpretação dos termos de um tratado para este propósito não poderia ser considerada como uma questão recaindo essencialmente no domínio reservado de um Estado. Trata-se de uma questão de direito internacional que, por sua própria natureza, recai no âmbito de competência da Corte”⁽²²⁾.

Já se observou que mais importante do que a rejeição pela Corte da objeção nesse caso concreto foi o fato de que a Corte “não lidou com aquela objeção *a priori* ao rejeitá-la sumariamente, mas somente a descartou após um exame de seu mérito”⁽²³⁾. Entretanto, dever-se-ia também ter em mente que a Corte não tocou diretamente no ponto do domínio reservado; evitou fazê-lo, limitando-se à interpretação dos tratados, uma questão de direito internacional. Por mais memorável que tenha sido sua decisão, somente indiretamente lidou ela com o problema do domínio reservado como tal, e não parece constituir-se em uma interpretação cogente da aplicação problemática do artigo 2(7) da Carta da ONU.

Em ocasião subsequente, no caso relativo ao *Direito de Passagem sobre Território Indiano* (1960), a Índia objetou à petição de Portugal à Corte, e invocou a reserva contida em sua declaração de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte que excluía daquela jurisdição litígios relativos a questões que, segundo o direito internacional, recaíam exclusivamente sob a competência nacional da Índia. Após juntar tal exceção preliminar ao mérito, declarou a Corte, em seu julgamento quanto ao mérito, em relação à exceção, que “to contend that such a right of passage is one which can be relied upon as against India, to claim that such an obligation is binding upon India, to invoke, whether rightly or wrongly, such principles is to place oneself on the plane of international law”⁽²⁴⁾. Desse modo, considerou-se a matéria como não recaindo exclusivamente no domínio reservado da Índia, e não se sustentou a [quinta] exceção [preliminar].

Passando da Corte Internacional de Justiça à Corte Européia de Direitos Humanos do plano regional, era de se esperar que uma Corte operando sob uma Convenção à qual aderiram livremente os Estados [Partes] no exercício pleno de sua soberania dificilmente necessitaria de pronunciar sobre a objeção de domínio reservado. Mas isto não ocorreu. O caso *Golder versus Reino Unido* (1975) e o *Caso Lingüístico Belga* (1967) fornecem ilustrações do problema. No caso *Golder* relativo ao Reino Unido, a Comissão Européia de Direitos Humanos havia declarado a petição admissível para consideração do mérito sob os artigos 6(1) e 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos, ao mesmo tempo que rejeitava uma das reclamações por falha do reclamante de esgotar

(22) Caso da *Interpretação dos Tratados de Paz*, ICJ Reports (1950) pp. 70-71.

(23) S. ROSENNE, *op. cit.*, vol. I, p. 67.

(24) Caso do *Direito de Passagem sobre Território Indiano*, ICJ Reports (1960) p. 33.

todos os recursos de direito interno: o caso foi então enviado à Corte Européia⁽²⁵⁾.

Em seu julgamento de 21 de fevereiro de 1975, a Corte decidiu, em primeiro lugar, que tinha ocorrido uma violação do artigo 6(1) da Convenção: embora não se houvesse formalmente negado ao reclamante acesso aos tribunais [internos], foi ele efetivamente impedido de iniciar a ação que tinha em mente (em 1970), e, embora não se fizesse uma referência expressa ao *direito de acesso* aos tribunais, o artigo 6(1) não obstante incorporava aquele direito, declarou a Corte o direito de instituir processo em matéria civil, sendo um aspecto do que a Corte intitulou "direito a um tribunal"⁽²⁶⁾. Em segundo lugar, decidiu a Corte que também tinha ocorrido uma violação do artigo 8 da Convenção, uma vez que a recusa por parte do *Home Secretary* da petição inicial (de 1970) tivera o efeito direto e imediato de impedir o reclamante de manter correspondência com um advogado⁽²⁷⁾.

A decisão da Corte sobre a violação do artigo 8 da Convenção foi tomada por unanimidade, ao passo que três Juizes discordaram da decisão da [maioria da] Corte sobre o artigo 6(1) da Convenção. Embora o governo reclamado não tivesse levantado uma objeção de domínio reservado, nem tivesse a Corte tampouco tocado na questão, os três Juizes que anexaram explicações de voto, discordando em particular da decisão da Corte sobre o "direito de acesso", levantaram a questão, em termos expressos ou indiretamente e por implicação. Em seu voto, o Juiz Fitzmaurice observou que, "de modo geral, as diversas convenções e pactos de direitos humanos, mas mais particularmente a Convenção Européia, abriram caminho inteiramente novo no plano internacional, fazendo consideráveis incursões em alguns dos domínios mais sensíveis dos governos na esfera de sua competência nacional ou domínio reservado"⁽²⁸⁾. Em sua opinião isto requeria uma interpretação "cautelosa" particularmente de dispositivos cujo sentido pudesse ser incerto e quando construções ou versões amplas "pudessem ter o efeito de impor aos Estados contratantes obrigações que eles realmente não pretendiam assumir, ou que não entenderam que estivessem assumindo"⁽²⁹⁾.

O Juiz Zekia argumentou que, se se tencionasse reconhecer a todos um direito de acesso, sem restrições da legislação nacional, no âmbito das jurisdições das Altas Partes Contratantes, era de se esperar que fosse ele expressamente previsto na Convenção. O artigo 6(1) não o previu; mas mesmo que os dispositivos da Convenção fossem totalmente omissos ou silenciosos quanto ao direito de acesso — o que não era o

(25) Corte Européia de Direitos Humanos, caso de *Golder v. Reino Unido*, julgamento de 21 de fevereiro de 1975, pp. 5 e 3, § 19, e 13.

(26) *Ibid.*, caso *Golder*, pp. 7-16 §§ 23-46. A Corte baseou sua decisão no texto e contexto do artigo 6 (1) da Convenção, no propósito e objeto da Convenção, e nos princípios gerais do direito.

(27) *Ibid.*, pp. 7-16 §§ 23-46; acrescentou a Corte que "the preceding findings amount in themselves to adequate just satisfaction" sob o artigo 50 da Convenção (*ibid.*, p. 16).

(28) *Ibid.*, caso *Golder*, explicação de voto de G. Fitzmaurice, p. 38, § 38.

(29) *Ibid.*, p. 38, § 39; para o Juiz Fitzmaurice, "any serious doubt must therefore be resolved in favour of, rather than against, the government concerned" (*ibid.*, p. 38, § 39).

caso —, ter-se-ia que admitir que, “por implicação e intenção necessárias”, aquele direito deveria ser tido como incorporado na Convenção, mas não necessariamente no artigo 6(1), na premissa de que as Partes Contratantes “took the existence of such right of access for granted”⁽³⁰⁾. Para o Juiz Verdross a interpretação da Corte e sua decisão sobre a violação do artigo 6(1) da Convenção contradiziam o fato de que os dispositivos da Convenção constituíam limites também da jurisdição da Corte: “esta é uma jurisdição especial, uma vez que ela atribui à Corte o poder de resolver litígios que se originaram no curso da vida interna dos Estados Contratantes. As normas definindo os limites de tal jurisdição devem por isso ser interpretadas restritivamente”⁽³¹⁾.

Foi, no entanto, no *Caso Lingüístico Belga* (1967) que uma exceção de domínio reservado propriamente dita foi efetivamente levantada perante a Corte Européia. Anteriormente, a Comissão examinara diversas petições relativas ao regime lingüístico na Bélgica, e em algumas delas a questão do esgotamento de recursos internos; mas o *Caso Lingüístico Belga* (as petições declaradas admissíveis pela Comissão) chegou com sucesso até a Corte. A Bélgica interpôs uma exceção preliminar de incompetência da Corte alegando que as petições a ela enviadas não estavam cobertas pela Convenção Européia e o Protocolo, mas formavam parte do “domínio reservado do direito interno belga”, uma vez que “as regulamentações lingüísticas pertencem à competência exclusiva dos Estados”⁽³²⁾. A Comissão Européia solicitou à Corte que rejeitasse a exceção preliminar com base no argumento de que de acordo com o sistema da Convenção “uma exceção de incompetência *ratione materiae* deveria normalmente ser levantada perante a Comissão quando a admissibilidade da petição estivesse sob consideração”, e no caso o governo belga não havia interposto tal exceção. Além disso, acrescentou a Comissão, quando um caso, como o presente, dissesse respeito à interpretação ou aplicação da Convenção, “não há, em princípio, lugar para a idéia do domínio reservado no sistema de supervisão estabelecido pela Convenção”⁽³³⁾.

Em seu julgamento de 9 de fevereiro de 1967, a Corte, após levar em conta as teses divergentes da Comissão e do governo belga sobre a questão, afirmou que o argumento belga baseado na noção do domínio reservado como um aspecto de sua exceção preliminar de incompetência dizia respeito ao mérito e não poderia por isso levar a “qualquer resultado diferente”. O que o governo procurava, de fato, ao invocar aquela noção, ponderou a Corte, era “demonstrar a ausência nesse caso de qualquer fator relativo à Convenção”⁽³⁴⁾. Incapaz de concordar com tal raciocínio, a Corte indicou que “a Convenção e o Protocolo, que cobrem matérias, que normalmente recaem no direito interno dos Es-

(30) *Ibid.*, caso *Goldner*, explicação de voto do Juiz Zekia, p. 21.

(31) *Ibid.*, caso *Goldner*, explicação de voto do Juiz Verdross, p. 17.

(32) Corte Européia de Direitos Humanos, *Caso Lingüístico Belga* (Exceção Preliminar), julgamento de 9 de fevereiro de 1967, Série A, p. 16.

(33) *Ibid.*, p. 17.

(34) *Ibid.*, p. 19.

tados Contratantes, são instrumentos internacionais cujo propósito principal é o de estabelecer certos padrões internacionais a serem observados pelos Estados Contratantes em suas relações com pessoas sob sua jurisdição”⁽³⁵⁾. Como sua própria jurisdição se estendia a todos os casos — como o presente — concernentes à interpretação e aplicação daqueles instrumentos, concluiu a Corte pela impossibilidade em tais circunstâncias de “encarar o argumento baseado na noção de domínio reservado como possuidor do caráter de uma exceção preliminar de incompetência”⁽³⁶⁾.

A Corte assim decidiu sem prejuízo do mérito do litígio. A decisão de proceder a um exame do mérito e de rejeitar a exceção belga foi tomada por unanimidade⁽³⁷⁾. É significativo observar que nesse caso a Corte afirmou *expressamente* que a noção de domínio reservado não poderia ser interposta como uma exceção preliminar à competência da Corte para lidar com a matéria, e *não* tinha lugar algum no sistema de supervisão em questão. A Corte Européia parece, assim, ter ido mais além do que a Corte Internacional de Justiça no tratamento do problema.

A Corte de Haia tem encontrado bastante dificuldade em resolver a questão e tem-se exposto a críticas pela posição reticente assumida em alguns casos. Mesmo assim, tais críticas devem ser compartilhadas por alguns governos pela atitude tomada em relação ao problema. O argumento de domínio reservado tal como levantado na forma de uma reserva automática mostra-se destrutivo do próprio propósito que a declaração presumivelmente almeja alcançar, a saber, a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte. Há uma contradição inerente naqueles instrumentos de reserva.

O artigo 92 da Carta da ONU e o artigo 1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça demonstram, mediante exame cuidadoso, que os dois instrumentos formam um todo orgânico⁽³⁸⁾. Assim sendo, como o artigo 2(7) da Carta da ONU já contém a exceção do domínio reservado, pode-se questionar não apenas a validade, mas até mesmo a *utilidade*, de reservas à jurisdição obrigatória da Corte do tipo da emenda Connally. Parece que alguns Estados, excessivamente zelosos de sua soberania, não têm sido capazes de se contentarem com a inserção da cláusula do domínio reservado na Carta da ONU sob a rubrica principal dos “propósitos e princípios” da Organização...

IV — *Incertezas da solução judicial*

À vista do que precede, pode-se nesse estágio indagar se há enfim lugar para uma solução judicial do problema do domínio reservado. Os especialistas têm hesitado muito sobre este ponto: enquanto alguns,

(35) *Ibid.*, p. 19; fez-se referência ao artigo 1.º da Convenção.

(36) *Ibid.*, p. 19; fez-se referência ao artigo 45 da Convenção.

(37) *Cf. ibid.*, p. 20.

(38) Está além dos propósitos do presente estudo, entretanto, investigar a relação apropriada entre a Corte e outros órgãos da ONU.

como STONE, ROUSSEAU e SOHN⁽³⁹⁾, favorecem o pronunciamento da Corte sobre todas as questões graves, outros, como PREUSS e SPERDUTI⁽⁴⁰⁾, consideram o problema do domínio reservado inadequado para aplicação judicial. Não parece haver uma resposta clara ou conclusiva ao problema: tentativas de fornecer uma resposta até certo ponto dependem, em última análise, do juízo de cada um da função dos órgãos judiciais internacionais. Sir HUMPHREY WALDOCK descreveu com exatidão a gravidade do problema: "Enquanto a construção do domínio reservado em limite constitucional da jurisdição internacional pode ser relevante no caso de órgãos políticos internacionais que não são obrigados a decidir de acordo com os direitos das partes, cria ela uma posição inteiramente artificial em relação aos tribunais internacionais. Se a matéria pertence ao domínio reservado, o tribunal é definitivamente incompetente para investigar o mérito. Por outro lado, ele não pode determinar se a matéria pertence ou não ao domínio reservado sem uma investigação do mérito"⁽⁴¹⁾.

Tudo indica que a objeção de não-esgotamento de recursos internos tenha sido utilizada mais freqüentemente do que a de domínio reservado perante tribunais internacionais⁽⁴²⁾. Por outro lado, objeções de domínio reservado parecem ter sido levantadas mais freqüentemente do que a exceção dos recursos internos perante os órgãos políticos de organizações internacionais⁽⁴³⁾ (solução política). A prática das organizações internacionais clarifica um pouco a questão, como se verá infra, mas subsistem sérias dúvidas quanto à propriedade ou conveniência de uma solução judicial às objeções de domínio reservado em

- (39) JULIUS STONE, *Legal Controls of International Conflict*, London, Stevens, 1954, p. 254; CHARLES ROUSSEAU (rapporteur), "La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1952) — I, p. 157, e debates (Intervenções de Kaackenbeeck e Rollin) *ibid.*, vol. II, pp. 282-293; LOUIS SOHN (rapporteur), in *International Law Association, Report of the 51st Conference*, Tóquio, 1964, pp. 95-96; e comentários de JURAJ ANDRASSY, "Le renforcement de la juridiction de la Cour Internationale de Justice", *Jugoslovenska Revija za Međunarodno Pravo* (1964) pp. 84-88.
- (40) L. PREUSS, "Article 2 (7) of the Charter of the United Nations and Matters of Domestic Jurisdiction", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1949) — I, pp. 645-648; G. SPERDUTI, *Il Dominio Riservato*, Milano, Giuffrè 1970, pp. 70-71.
- (41) C. H. M. WALDOCK, "The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals", *British Year Book of International Law* (1954) pp. 140-142, e cf. pp. 131-137.
- (42) Além de diversos laudos arbitrais, cf.: Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), caso das *Concessões Mavrommatis na Palestina*, Série A, n.º 2, 1924; CPJI, caso de *Certos Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa*, Série A, n.º 7, 1926; CPJI, caso da *Fábrica Chorzów* (pedido de indenização — jurisdição), Série A, n.º 9, 1927; CPJI, casos dos *Empréstimos Sérvios e Brasileiros*, Série A, n.ºs 20 e 21, 1929; CPJI, caso da *Administração do Príncipe Von Pless*, Série A/B, n.º 52, 1933; CPJI, caso *Losinger* (Exceção Preliminar), Série A/B, n.º 67, 1936; CPJI, caso *Borchgrave* (Exceções Preliminares), Série A/B, n.º 72, 1937; CPJI, caso dos *Fosfatos em Marrocos* (Exceções Preliminares), Série A/B, n.º 74, 1938; CPJI, caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis*, Série A/B, n.º 76, 1939; CPJI, caso da *Companhia de Eletricidade de Sófia e Bulgária* (Exceção Preliminar), Série A/B, n.º 77, 1939; Corte Internacional de Justiça (CIJ), caso da *Companhia Petrolífera Anglo-Iraniana* (Exceção Preliminar), *ICJ Reports* (1952); CIJ, caso *Ambatielos* (mérito: obrigação de arbitrar), *ICJ Reports* (1953); CIJ, caso *Noittebohm* (segunda fase), *ICJ Reports* (1955); CIJ, caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957); CIJ, caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959); CIJ, caso do *Incidente Aéreo*, *ICJ Reports* (1959); CIJ, caso da *Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth et Société Radio-Orient* (cf. argumentos orais), *ICJ Reports* (1960); CIJ, caso da *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares), *ICJ Reports* (1964); CIJ, caso da *Barcelona Traction* (segunda fase), *ICJ Reports* (1970).
- (43) Cf. infra, para a prática sobre o domínio reservado. Quanto à regra do esgotamento dos recursos internos, recorde-se que foi discutida no Conselho da Liga das Nações (um órgão político) no caso dos *Navios Finlandeses* (1931-1934), antes de ter sido a matéria submetida a arbitragem. *League of Nations Official Journal* (1934) pp. 1450-1458, e *ibid.* (1935) p. 1.160; *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 491-1.550.

particular. Quanto a este último, pode-se falar de uma explicação antes política do que lógica, com as normas jurídicas servindo apenas como uma limitação muito ampla dos possíveis métodos práticos de resolver o caso concreto⁽⁴⁴⁾.

Caberia aqui registrar ainda um desenvolvimento significativo recente: exceções ou objeções preliminares, que historicamente evoluíram na prática e jurisprudência de órgãos judiciais, gradualmente têm-se adaptado aos procedimentos perante os órgãos *políticos* da ONU. Dentre tais exceções preliminares, poder-se-iam destacar, como o faz o relato de CIOBANU, as de *ultra vires* e *conditio sine qua non* (dado seu caráter peremptório), seguidas das de *electa una via*, *lis pendens* e *res judicata* (de caráter permissivo, dependendo até certo ponto das contingências políticas dos casos em questão) ⁽⁴⁵⁾. Impõe-se, contudo, algum cuidado com esta categorização, por subsistir o risco de se atribuir um certo formalismo jurídico às objeções à competência dos órgãos *políticos* da ONU.

V — *Domínio reservado e não-esgotamento de recursos internos: análise comparativa de sua eficácia e seus resultados práticos*

Se se considerar a origem dos argumentos de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos, ver-se-á que o segundo mostra-se mais duradouro e menos vulnerável do que o primeiro. Historicamente, o princípio dos recursos internos precede a cláusula do domínio reservado em alguns séculos, estando assim bem mais solidamente estabelecido. As raízes históricas e os antecedentes da velha regra da reparação pelas vias internas ou locais remontam à pré-história do direito internacional à era da prática medieval das represálias privadas ⁽⁴⁶⁾. O conceito de domínio reservado, por outro lado, é essencialmente um conceito moderno, inserido pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações — artigo 15(8) — e tendo por propósito o de estender algum grau de proteção aos chamados “interesses vitais” dos Estados. A iniciativa daquela inserção foi tomada com sucesso pelo Presidente dos Estados Unidos ⁽⁴⁷⁾, muito embora ironicamente aquele país jamais tornou-se membro da Liga.

Na prática da Liga, a restrição de domínio reservado imposta sobre seu Conselho foi invocada em apenas três ocasiões⁽⁴⁸⁾, em uma das

(44) F. ERMACORA, “Human Rights and Domestic Jurisdiction (Article 2 (7) of the Charter)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1968) — II, pp. 388-389.

(45) DAN CIOBANU, *Preliminary Objections Related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs*, The Hague, M. Nijhoff, 1975, pp. 47-48, 57 e 61-149, e cf. pp. 153-201.

(46) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law”, *Revue Belge de Droit International* (1976) — II, pp. 499-527; A. A. CANÇADO TRINDADE, “O Contencioso Diplomático e os Recursos de Direito Interno”, 66 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1980) pp. 153-174.

(47) Encontrava-se então o Presidente Wilson sob pressão da opinião pública norte-americana, que se opunha a qualquer interferência em certas questões domésticas de relevância, tais como imigração, condições de trabalho, taxas alfandegárias.

(48) Caso das *Ilhas Aaland* (Finlândia v. Suécia); caso dos *Decretos de Nacionalidade* (Reino Unido v. França); e caso da *Expulsão do Patriarca Ecumênico* (Grécia v. Turquia); o terceiro foi resolvido amigavelmente por negociações diretas entre as partes, ao passo que o primeiro foi solucionado pacificamente à luz de um Parecer emitido por uma Comissão de Juristas (uma vez que a Corte Permanente de Justiça Internacional ainda não houvera sido constituída).

quais — o caso dos *Decretos de Nacionalidade de Túnis e Marrocos* (1923) — a Corte Permanente de Justiça Internacional declarou que “a questão se determinada matéria pertence ou não somente à jurisdição de um Estado é essencialmente uma questão relativa, que depende do desenvolvimento das relações internacionais”⁽⁴⁹⁾. No sistema do pacto da Liga o domínio reservado [dos Estados] não era um problema agudo, uma vez que o Conselho da Liga era o órgão competente para proceder a sua determinação. Mas a Carta da ONU, ao contrário, não incluiu dispositivo algum naquele sentido, e conseqüentemente o problema agravou-se nas três últimas décadas. Não obstante o silêncio da Carta sobre a matéria, o problema foi objeto de atenção na Conferência de San Francisco, onde um relatório aprovado de 12 de junho de 1945 do Comitê IV/2 afirmava que, como cabia a cada órgão “interpretar as partes da Carta aplicáveis a suas funções particulares”, não era necessário incluir na Carta um dispositivo expresso naquele sentido⁽⁵⁰⁾.

Além disso, um exame minucioso dos trabalhos preparatórios do artigo 2(7) da Carta da ONU (debates do Comitê I/1)⁽⁵¹⁾ demonstra que as delegações participantes não advogaram que a determinação do domínio reservado deveria ser atribuído aos Estados interessados; ao invés disso, favoreceram o envio da matéria aos órgãos internacionais em um reconhecimento implícito do critério do direito internacional⁽⁵²⁾. Dever-se-ia sempre ter em mente este fato, para uma exata compreensão da prática subseqüente das Nações Unidas sobre o domínio reservado [dos Estados], pois ressalta a artificialidade deste último como salvaguarda da soberania do Estado⁽⁵³⁾.

Assim, as incertezas circundando a exceção do domínio reservado devem-se em grande parte ao problema da competência para proceder a sua determinação. Este não é um problema normalmente acompanhando a aplicação da regra do esgotamento dos recursos de direito interno no contencioso judicial internacional moderno. É tese geralmente aceita que é o órgão internacional que examina o litígio que pronuncia sobre o cumprimento ou não pelo reclamante do requisito do esgotamento dos recursos de direito interno levantado preliminarmente pelo reclamado. Mas quando se depara com a objeção substantiva de domínio reservado visando excluir toda jurisdição internacional, inevitavelmente

(49) CPJI, Série B, n.º 4, pp. 23-24.

(50) ONU, doc. 933-IV/2/42 (2), *United Nations Conference on International Organization* (UNCIO), vol. 13, p. 709.

(51) Cf. particularmente: propostas da Bolívia e Noruega, UNCIO, vol. 12, pp. 190 e 192, e vol. 3, p. 371; série de propostas de oito delegações, UNCIO, vol. 12, pp. 190-192; sugestão de emenda grega, UNCIO, vol. 6, pp. 59-510; proposta belga, UNCIO, vol. 6, pp. 510-512; proposta australiana (emenda que incorporou-se ao artigo 2 (7) da Carta da ONU), UNCIO, vol. 6, pp. 494-499; e a proposta dos quatro governos patrocinadores (cujo conteúdo tornou-se o do atual artigo 2 (7) da Carta da ONU), UNCIO, vol. 6, pp. 512-513.

(52) M. S. RAJAN, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, New Delhi, Orient Longmans, 1958, p. 394; L. KOFELMANAS, *L'Organisation des Nations Unies*, vol. I, Paris, Sirey, 1947, pp. 232 e 241-242.

(53) R. L. BINDSCHEDLER, “La délimitation des compétences des Nations Unies”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1963) — I, p. 396; PAUL BERTHOUD, *La Compétence Nationale des États et l'Organisation des Nations Unies* (thèse), Université de Neuchâtel, 1948, p. 32; H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, p. 217; F. ERMACORA, *op. cit.*, p. 440.

surge a controvérsia uma vez que a questão é agravada pela obscuridade pairando sobre a competência para a determinação da matéria.

Não é incomum encontrar o princípio do esgotamento dos recursos internos incorporado em tratados internacionais e a ser aplicado de acordo com o procedimento adotado. Ademais, seu âmbito de aplicação tem-se moldado gradualmente no direito internacional *costumeyro* ao curso de longa evolução⁽⁵⁴⁾. Mas, no tocante ao domínio reservado, a Carta da ONU, por exemplo, não contém absolutamente dispositivo algum concernente a um *procedimento* para a aplicação do artigo 2(7). No mais das vezes a exceção tem sido examinada pelos órgãos políticos da Organização, sem nenhuma categorização ou critério rígido para determinar os assuntos que recaem no domínio reservado dos Estados.

Assim, não surpreende vislumbrar os doutrinadores batendo-se para propor diferentes critérios para a determinação do âmbito exato do domínio reservado. Primeiramente, tem-se afirmado que há matérias que, pela sua própria natureza, pertencem ao domínio reservado dos Estados, e outras que da mesma forma pertencem ao direito internacional. Segundo outro raciocínio há matérias que são *prima facie* internas (competência nacional), mas que podem subseqüentemente, devido a sua importância, atingir o plano internacional. Outra tese é a de que todas as matérias podem tornar-se objeto de regulamentação internacional por meio de tratados, e sempre que isto acontece deixam elas de pertencer ao domínio reservado. Os problemas levantados pela cláusula de domínio reservado da Carta da ONU têm sido abordados com considerável hesitação. Uma primeira corrente (KELSEN, ALF ROSS, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, WALDOCK) aderiu à tese de que o domínio reservado dos Estados depende da questão se o direito internacional fez ou não da matéria objeto de regulamentação⁽⁵⁵⁾. Outra corrente (H. LAUTERPACHT, SPERDUTI, SCELLE) simplesmente favoreceu o critério do direito internacional para a determinação do domínio reservado⁽⁵⁶⁾. Finalmente, uma corrente distinta (HENRI ROLIN, VERDROSS) visualizou diferentes esferas de jurisdição ou uma certa distribuição de competências, aparentemente para manter que há matérias que bem poderiam *per se* recair no domínio reservado dos Estados⁽⁵⁷⁾.

A ambigüidade da cláusula do domínio reservado torna-se mais visível se se comparar o sistema da Liga das Nações com o das Nações

(54) Para os problemas ainda hoje persistentes quanto à sua aplicação, cf. A. A. CANCADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 819-1948.

(55) HANS KELSEN, *The Law of the United Nations*, London, Stevens, 1950, pp. 778 e 778; ALF ROSS, *Constitution of the United Nations*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1950, pp. 120-121 e 131; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958, pp. 104 e 107-108; H. WALDOCK, "General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1962) — II, cap. II, pp. 173-191.

(56) H. LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 215; G. SPERDUTI, *op. cit.*, pp. 17-18, 35-40 e 56-58; e, no mesmo sentido, anteriormente, GEORGES SCELLE, "Critique du soi-disant domaine de 'compétence exclusive'", *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (1933) pp. 368-369, n.º 2.

(57) HENRI ROLIN, "The International Court of Justice and Domestic Jurisdiction", *International Organization* (1954) pp. 43-44; ALFRED VERDROSS, "The Plea of Domestic Jurisdiction before an International Tribunal and a Political Organ of the United Nations", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1968) pp. 37-68.

Unidas. No passado, a cláusula do domínio reservado no Pacto da Liga constituía uma limitação apenas aos poderes do Conselho da Liga ⁽⁵⁸⁾, mas a emenda dos governos patrocinadores da Conferência de San Francisco modificou sua posição para onde se situa atualmente, i.e., sob os "propósitos e princípios" das Nações Unidas, constituindo-se assim em limitação dos poderes e funções de *todos* os órgãos das Nações Unidas ⁽⁵⁹⁾. Desse modo, enquanto ampliando (ou aparentemente fortalecendo) explicitamente o âmbito do domínio reservado (em relação ao Pacto da Liga), os redatores da Carta da ONU ao mesmo tempo limitaram-no implicitamente ao reconhecerem aos órgãos da Organização a competência para interpretar os dispositivos da Carta aplicáveis a suas funções particulares. Toda a construção pareceu assim artificial e ambígua. Não surpreende, pois, que, em consequência, na prática as técnicas a que recorreram os órgãos da ONU para lidar com a matéria tenham variado consideravelmente de caso a caso, constituindo um fator a ser examinado à luz do *cas d'espece*. Dificilmente se encontrará uma prática realmente uniforme com relação às medidas tomadas para enfrentar objeções de domínio reservado ⁽⁶⁰⁾.

Um exame metucioso dos cinquenta e um casos sob o artigo 2(7) da Carta da ONU registrados até o presente pelo *Repertório da Prática dos Órgãos das Nações Unidas* (e *Suplementos* n^{os} 1, 2, 3) demonstra que, apesar da diversidade de técnicas utilizadas (e de períodos de duração variada) para suplantar a objeção de domínio reservado naqueles casos, na prática os órgãos políticos da ONU têm consistentemente feito do problema da competência para a determinação do domínio reservado uma *vexata quaestio*, rejeitando objeções a sua competência ou

(58) E assim foi mantida nas Propostas de Dumbarton Oaks como uma limitação apenas aos poderes do Conselho de Segurança relativos à solução pacífica de controvérsias.

(59) Sugeriu-se que este fato se deveu à ampliação da competência da Organização, refletida, e.g., no estabelecimento de um Conselho Econômico e Social; cf. ONU, Doc. 1.019, UNCIO, vol. 6, pp. 514-515; J. LUDOVIC, "L'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies et la notion du domaine réservé", *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (1957-1958) p. 180; e para outras mudanças, cf. D. R. GILMOUR, "The Meaning of 'Intervene' within Article 2 (7) of the United Nations Charter — an Historical Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* (1967) pp. 330-351; ALFRED VERDROSS, "Le principe de la non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies", in *Mélanges Offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, pp. 267-276.

(60) O que certamente sugere que não há resposta estritamente jurídica ao problema. Os diferentes casos levados perante órgãos da ONU acarretaram uma diversidade de medidas para suplantar objeções de domínio reservado, como, e.g., inclusão do item na agenda, adoção de recomendações e resoluções, estabelecimento de comissões de estudo *ad hoc*, sistema de relatórios etc. Casos particularmente concernentes à autodeterminação precipitaram a rejeição das objeções e foram prontamente incluídos na agenda da Assembléia Geral. Dos órgãos políticos da ONU, a Assembléia Geral mostrou ser o mais adequado para lidar com o problema. Em uma ocasião (*a questão húngara*, 1959-1962), por exemplo, em decorrência do veto do Conselho de Segurança, recorreu-se à convocação de uma sessão extraordinária de emergência da Assembléia Geral para considerar o caso em questão; a medida foi usada com sucesso. O comportamento dos Estados, longe de ser coerente, de modo algum tem facilitado a tarefa dos órgãos internacionais; o trabalho do Conselho de Segurança, por exemplo, tem sido frequentemente obstruído por objeções de domínio reservado. Seus membros permanentes, em particular, têm favorecido ou vetado a inclusão de casos na agenda do Conselho de Segurança de acordo com os seus próprios interesses respectivos. Afóra as dificuldades na avaliação de um caso, seus argumentos têm-se mostrado até certo ponto contraditórios, dado que sua atitude a favor ou contra a inclusão de itens na agenda tem variado à luz das circunstâncias políticas da época e não tem sido guiada por considerações de natureza jurídica. Sobre este problema específico, cf. D.R. GILMOUR, "Article 2 (7) of the United Nations Charter and the Practice of the Permanent Members of the Security Council", *Australian Yearbook of International Law* (1967) pp. 153-210; A. A. CANÇADO TRINDADE, *Os Estados e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados...*, op. cit., pp. 13-50.

então prosseguindo em sua ação aparentemente ignorando tais objeções. Não raro debates quanto à competência se interligaram com discussão de questões substantivas. Se os grandes poderes que patrocinaram a fraseologia adotada no artigo 2(7) na Conferência de San Francisco pretenderam que tal desenvolvimento ocorresse, cabe então a eles o crédito pela prática subsequente dos órgãos das Nações Unidas sobre a objeção de domínio reservado, mas eles também se expõem à crítica de que os órgãos internacionais deveriam ter sua prática regida por regras de conduta *claras e sem ambigüidade* ⁽⁶¹⁾. Afinal, a prática da ONU como um todo dificilmente poderia ser vista como refletindo um *arbitraire politique*; parece, antes, exprimir uma interpretação possível, e que poderia até certo ponto ser razoavelmente esperada ou prevista ⁽⁶²⁾, da cláusula do domínio reservado inserida na Carta, em que se encontra a fonte de toda a ambigüidade possível.

Como o artigo 2(7) diz respeito basicamente às relações entre a Organização e seus membros ⁽⁶³⁾, é menos pela reserva expressa de um domínio de competência do que pelas restrições reais de ação impostas aos órgãos da Organização ⁽⁶⁴⁾ que um domínio reservado pode ser assegurado. E, ademais, outros dispositivos da Carta podem ser interpretados em combinação e simultaneamente de modo a tornar a cláusula do domínio reservado inócua ⁽⁶⁵⁾ e desprovida de todo sentido técnico. É de certo modo difícil evitar a impressão de que, quando a cláusula do domínio reservado foi adotada na Conferência de San Francisco, ela teve sobretudo um efeito psicológico de tranquilizar alguns Estados de que sua soberania estaria assim preservada ⁽⁶⁶⁾.

A situação é ainda menos alentadora a nível *regional*, apesar do fato de que a cláusula do domínio reservado foi formalmente inserida nos instrumentos constitutivos de organizações internacionais regio-

(61) Não surpreende encontrar referências à cláusula do domínio reservado como sendo nada mais que um "makeshift" (C. B. H. FINCHAM, *Domestic Jurisdiction*, Leyden, Sijthoff, 1948, pp. 184 e 187), ou uma "chicane procedurière" (L. KOPELMANAS, *op. cit.*, vol. I, p. 248). Das sugestões imediatas para mudança naquele dispositivo, incluindo sua supressão: cf. M. S. RAJAN, *op. cit.*, pp. 528-541; C. B. H. FINCHAM, *op. cit.*, pp. 184-187; L. KOPELMANAS, *op. cit.*, vol. I, p. 248. Tal possibilidade foi considerada na própria Conferência de San Francisco pelas delegações da Noruega e da Bolívia; cf. UNCIO, vol. 12, pp. 190-192, e vol. 3, p. 371.

(62) ALF ROSS, "La notion de 'compétence nationale' dans la pratique des Nations Unies — une rationalisation *a posteriori*", *Mélanges Offerts à Henri Rolin*, Paris, Pédone, 1964, p. 290. Poder-se-ia acrescentar que o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU tem consistentemente suplantado o argumento do domínio reservado (especialmente durante a redação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU). E a Comissão de Direito Internacional da ONU considerou a inclusão da questão do domínio reservado (primeira sessão, 1949) em um levantamento de direito internacional relativo a seu trabalho de codificação, mas logo afastou a idéia; cf. ONU, Doc. A/CN.4/SR.5-6, de 26 de abril de 1949, pp. 5-9.

(63) L. M. GOODRICH, E. HAMBRO, A. P. SIMMONS, *Charter of the United Nations*, 3.^a ed. rev., N. Y., Columbia University Press, 1969, p. 63.

(64) M. BOURQUIN, *L'État Souverain et l'Organisation Internationale*, N. Y., Manhattan Publ. Co., 1959, p. 28.

(65) Por exemplo, tomando a Carta como um todo, os artigos 10 e 14 afirmando a competência da Assembleia Geral para discutir qualquer matéria (e recomendar medidas) no âmbito da Carta; o artigo 34 afirmando o poder do Conselho de Segurança de investigar qualquer disputa ou situação que possa pôr em risco a paz e segurança internacionais, independentemente da origem; ou o artigo 39 sobre o seu poder para determinar a existência de uma ameaça à paz ou ruptura da paz.

(66) Mas apenas um ano após sua adoção, no decorrer dos debates sobre a *questão espanhola*, o conceito de "international concern" foi trazido à tona, abrindo um amplo campo de ação (conforme confirmado pela prática subsequente), em situações até então consideradas como recaindo exclusivamente no domínio reservado dos Estados.

nais (67). Sua relevância tem sido minimizada pela Liga dos Estados Árabes a algo como uma *clause de style* (68). A Organização da Unidade Africana tem-se preocupado menos com o domínio reservado [dos Estados] como tal, do que com os riscos de secessão e desmembramento da integridade territorial dos Estados-Membros; o objetivo supremo da *descolonização* incorporado na Carta da OUA prevalece sobre quaisquer objeções de domínio reservado (69). No que tange à Organização dos Estados Americanos, a prática dos Estados latino-americanos tem preferido se basear, em um contexto mais amplo, no princípio arraigado do *dever de não-intervenção* nos assuntos internos de qualquer Estado (70). Uma proposta mexicana para inserir na Carta da OEA uma cláusula expressa de domínio reservado (semelhante à do artigo 2(7) da Carta da ONU) (71) foi rejeitada pela Comissão Jurídica Interamericana (parecer de 22 de setembro de 1960) com base na consideração de que não desejava repetir os “defeitos técnicos e ambigüidades” do artigo 2(7) da Carta da ONU (72).

Tal situação contrasta claramente com a aplicação do princípio do esgotamento dos recursos internos a nível *regional*, como exemplificado pelo funcionamento regular dos órgãos da Convenção Européia de Direitos Humanos. Operando em base contínua sob os dispositivos da Convenção, diferentemente de algumas decisões judiciais e arbitrais esparsas do passado, a Comissão Européia em particular tem, em sua vasta jurisprudência, ajudado a clarificar alguns dos problemas pertinentes à aplicação do princípio dos recursos internos. Se se compararem as frágeis manifestações do conceito de domínio reservado a nível regional com a função desempenhada pelo princípio dos recursos internos sob esta Convenção, o contraste é ainda mais marcante. Há mais de uma década, de 1.600 petições examinadas pela Comissão Européia (até por volta de 1964), aproximadamente *metade* daquele total foi rejeitada

(67) Artigos 5 e 8 do Pacto da Liga dos Estados Árabes; artigos 3 (2) e 3 (3) da Carta da Organização da Unidade Africana; artigo 11 da Carta da Organização dos Estados Americanos (emendada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967); artigo 5 do Tratado Interamericano de Solução Pacífica (Pacto de Bogotá de 1948); artigo 27 (b) da Convenção Européia de Solução Pacífica de Disputas de 1957 (que até 1976 não havia sido aplicada em casos concretos). Ao examinar a *Questão do Tirol do Sul*, os órgãos do Conselho da Europa minimizaram as objeções de domínio reservado; cf. ALLAIN FENET, *La Question du Tyrol du Sud — un problème de Droit International*, Paris, LGDJ 1968, pp. 263-278.

(68) B. BOUTROS-GHALLI, “La Ligue des États Arabes”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1972) — III, p. 26.

(69) OUA, Doc. AHG/Res. 16 (I), de 1964; T. O. ELIAS, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, Sijthoff/Oceana, 1972, p. 124; J. M. BIPOUN-WOUM, *Le Droit International Africain*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 269-273; B. AKINYAMI, “The Organization of African Unity and the Concept of Non-Interference in Internal Affairs of Member-States 46 *British Year Book of International Law* (1972-1973) pp. 393-400; Z. CERVENKA, *The Organization of African Unity and Its Charter*, 2.^a ed., London, C. Hurst & Co., 1969, pp. 196-222.

(70) Para os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos, cf. OEA, Doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, p. 153; e cf. os artigos 18 e 19 da Carta da OEA. Esse *dever de não-intervenção* foi anos após endossado pelo trabalho do Comitê Especial da ONU sobre Princípios do Direito Internacional Relativos às Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados; cf. ONU, Docs. A/AC. 125/SR. 1 *et seq.*

(71) Resolução V, Quinta Reunião de Consulta (da OEA) dos Ministros de Relações Exteriores.

(72) Acrescentava o Parecer que como o Pacto de Bogotá já continha uma cláusula do gênero (artigo 5), já se havia pois levado em conta a exceção de domínio reservado no sistema interamericano no local aparentemente mais apropriado, i.e., no tocante à solução pacífica de controvérsias. Cf. OEA, Doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-58, pp. 2-19, e cf. também pp. 19-29.

por não-esgotamento de recursos internos (73). Até 1975, apenas 127 de um total de 6.847 petições registradas com a Comissão foram declaradas admissíveis (74), e uma proporção considerável do número impressionante de petições rejeitadas pela Comissão sofreram tal sorte por não-esgotamento de recursos internos. Esses dados confirmam o maior vigor e vitalidade na prática do princípio dos recursos internos, comparado à objeção de domínio reservado.

Pressupondo que a Corte Permanente de Justiça Internacional estava certa ao declarar no caso dos *Decretos de Nacionalidade* (supra) que o domínio reservado era uma questão essencialmente relativa dependendo das relações internacionais, tudo indica que este desenvolvimento nas três últimas décadas (no que diz respeito ao exame e resultado de casos em que se levantou o argumento) sugere antes que o domínio reservado dos Estados parece estar hoje submetendo-se a um processo contínuo de redução, tornando-se uma espécie de resquício de autoridade discricionária deixado pelo direito internacional no domínio reservado dos Estados (75). Esta poderia talvez ser uma afirmação absoluta, *senão* pela resistência impressionante ainda demonstrada pelo princípio dos recursos internos. Pois este último, a seu turno, parece estar sobrevivendo com alguma vitalidade e preservando a soberania do Estado com muita eficácia. Caberia agora examinar mais de perto o estado do inter-relacionamento entre o domínio reservado e o não-esgotamento dos recursos internos quando os dois argumentos são levantados simultaneamente no mesmo caso concreto.

VI — *Domínio reservado e não-esgotamento de recursos internos como argumentos simultâneos e alternativos*

1) *Esgotamento de recursos internos não servindo de base para caracterizar um litígio como sendo essencialmente do domínio reservado*

Os próprios governos têm na prática reconhecido o relacionamento íntimo entre o princípio dos recursos internos e a noção de domínio reservado, ainda que de modo não muito elaborado (76). A doutrina do domínio reservado dos Estados (competência nacional exclusiva) tem de certa forma uma *manifestação especial* no princípio dos recursos internos, em que este último impede um órgão internacional de proceder ao exame de um caso antes que a jurisdição interna tenha sido exer-

(73) K. VASAK, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1946, p. 118.

(74) A. B. MCNULTY (então Secretário da Comissão), *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Doc. DE (75) 4, de 1.º de outubro de 1975, p. 65.

(75) Para uma previsão intuitiva desse fenômeno há alguns anos atrás, cf. QUINCY WRIGHT, "Domestic Jurisdiction and the Competence of United Nations Organs", *Ninth Report and Papers Presented to the Commission to Study the Organization of Peace, Charter Review Conference*, N. Y., agosto de 1955, pp. 42-62 (especialmente p. 65); e cf. também N. BENTWICH, "The Limits of the Domestic Jurisdiction of the State", *Transactions of the Grotius Society* (1945) pp. 59-65.

(76) Como ilustrações, cf. as duas réplicas, dos governos suíço e britânico, a um questionário circulado aos governos pelo Comitê Preparatório da Conferência de Codificação de Haia (1929-1930), in League of Nations Doc. C. 75.M.69.1929. V, *Bases of Discussion for the Conference Drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III, 1929, pp. 139 e 137, respectivamente.

cida. Neste inter-relacionamento íntimo entre a noção de domínio reservado e o princípio dos recursos internos WALDOCK encontrou uma explicação para o caráter rígido e restrito desse último: "O princípio é restrito, pela simples razão de que seu propósito (...) é proteger o direito de um Estado de exercer sua jurisdição interna dentro de suas próprias fronteiras. Este direito não pode ser burlado pela recusa ou falha de fazer uso dos recursos que o Estado territorial deixa disponíveis" (77). Tem-se assim, na explicação de WALDOCK, uma descrição do princípio dos recursos internos em termos de direitos dos Estados e a função do Estado *territorial* em sua invocação, i.e., o ingrediente territorial básico do princípio.

Também a REUTER parece o preceito intercalado com a noção de domínio reservado; se se considera que determinada disputa diz respeito a questões de direito interno do Estado reclamado, pode este levantar uma objeção de não-esgotamento de recursos internos, *assim como* uma objeção de domínio reservado, mas se se estabelece que uma disputa diz respeito, e.g., à aplicação de certas regras internacionais, então tudo o que o Estado reclamado pode fazer é levantar uma *objeção de não-esgotamento de recursos internos* argumentando que os tribunais internos deveriam ter tido uma oportunidade de pronunciarem sobre a matéria anteriormente (78). Com efeito, a jurisprudência da Corte Internacional (CPJI e CIJ) fornece elementos para um exame e avaliação desse problema específico.

O caso *Losinger* (1936) exemplifica esse aspecto do inter-relacionamento entre o princípio dos recursos internos e o argumento do domínio reservado. Uma firma suíça, *Losinger*, substituíra uma companhia norte-americana como parte em um contrato com a Administração Autônoma do Distrito de Pozarevac (Iugoslávia) relativo à construção de uma ferrovia. De acordo com o contrato, as controvérsias entre as partes deveriam ser submetidas a arbitragem e, falhando tal solução, deveriam ser decididas pelo Presidente da Suprema Corte Suíça ou por uma pessoa neutra por ele nomeada. Uma primeira disputa acerca do contrato entre a firma *Losinger* e o governo iugoslavo foi de fato resolvida pelo Presidente da Suprema Corte (sentença de 31 de outubro de 1934). Entretanto, nesse meio tempo, o governo iugoslavo rescindira seu contrato com a firma *Losinger* (em 30 de julho de 1934) e promulgou uma lei relativa à conduta do contencioso estatal (em 19 de outubro de 1934), cujo artigo 24 dispunha que ações contra o Estado só poderiam ser impetradas perante os tribunais ordinários do Estado (79).

No mês seguinte a firma *Losinger* novamente recorreu à arbitragem em relação ao contrato, mas, como a Iugoslávia deixou de nomear seu árbitro, o novo caso foi levado perante o ex-presidente da Suprema Corte Suíça (que decidira a contenda anterior), nomeado juiz neutro

(77) H. WALDOCK, "General Course...", *op. cit.*, p. 210, e cf. pp. 191 e 207-208

(78) F. REUTER, "Principes de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1961)-II, pp. 618-619.

(79) CPJI, caso *Losinger* (Exceção Preliminar), Série A/B, n.º 67, Ordem de 27 de junho de 1936, p. 20.

pelo novo presidente daquela Corte. A Iugoslávia levantou exceções preliminares, argumentando *inter alia* que ao juiz faltava competência porque a firma *Losinger* deveria ter submetido o caso aos tribunais internos ordinários da Iugoslávia, de acordo com a nova legislação iugoslava sobre o contencioso estatal. Em vista disso o juiz decidiu suspender o procedimento arbitral até que se tivesse examinado a lei. Mas naquele estágio o governo suíço resolveu patrocinar a reclamação da firma *Losinger*, e em 23 de novembro de 1935 encaminhou o caso à Corte Permanente de Justiça Internacional por meio de uma petição unilateral sob o artigo 36(2) do Estatuto da Corte ⁽⁸⁰⁾.

O argumento básico suíço era o de que a Iugoslávia não poderia reivindicar isenção de uma cláusula de arbitragem contida no contrato que concluíra com a firma *Losinger* com base na legislação iugoslava de data subsequente à do contrato ⁽⁸¹⁾. Perante a Corte Permanente de Justiça Internacional, a Iugoslávia objetou à competência da Corte assim como à admissibilidade da petição suíça. Seus dois argumentos — contestados pela Suíça — eram no sentido de que não apenas faltava competência à Corte para examinar o caso, como também era a petição suíça inadmissível dado que a firma *Losinger* não esgotara anteriormente os recursos internos disponíveis no direito iugoslavo ⁽⁸²⁾.

Tais argumentos tornaram-se objeto de prolongados debates durante as audiências perante a Corte Permanente de Justiça Internacional. O agente do governo iugoslavo, Sr. Stoykovitch, começou por afirmar que a matéria como um todo — uma arbitragem de direito privado — não poderia ser submetida diretamente ao direito internacional e que a questão diante da Corte Permanente de Justiça Internacional não era uma questão de direito internacional. Embora ele admitisse que as relações entre um Estado e um cidadão estrangeiro *pudessem* dar origem a questões de direito internacional (como argumentado pelo governo suíço), negou ele que fosse este o caso naquele estágio do presente litígio. Acrescentou que “o direito de um Estado de regular a competência de seus próprios tribunais sempre foi reconhecido como legítimo pelo direito internacional. A proibição, dirigida aos órgãos de um Estado assim como a um indivíduo, de concluir uma cláusula contratual não pode ser considerada como sendo em si mesma contrária aos princípios gerais do direito internacional” ⁽⁸³⁾. Em hipótese alguma, argumentou, poderia uma decisão de um juiz particular concernente à interpretação da legislação nacional de um Estado engajar a responsabilidade internacional daquele Estado ⁽⁸⁴⁾.

(80) *Ibid.*, Série A/B, n.º 67, pp. 15-23.

(81) Série A/B, n.º 67, pp. 17-18.

(82) Série A/B, n.º 67, pp. 18-19.

(83) CPJI, caso *Losinger*; Série C, n.º 78; Argumentos Oraís e Documentos; argumentos oraís de 3-4 de junho de 1938; pp. 241-242 e 244.

(84) *Ibid.*, Série C, n.º 78, p. 251.

A “questão de fato” fundamental formulada pelo agente da Iugoslávia e a que se dispusera responder era a seguinte: “a partir de que momento e em virtude de que ato pode uma questão de direito interno ser considerada como tendo-se tornado uma questão de direito internacional?” (85). Para ele, o ponto de vista do governo suíço era “muito amplo” ao considerar que *toda* questão de direito interno de um Estado poderia tornar-se uma questão de direito internacional a partir do momento em que o Estado interessado patrocinasse a causa de seu nacional pelo exercício da proteção diplomática, que derivava de seu poder discricionário; por esta tese “inexata” e “demasiado ampla” do governo suíço, o patrocínio pelo Estado de uma reclamação de seu nacional bastaria para dar um caráter de direito internacional público ao litígio, que poderia assim ser levado à jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional (86).

No caso de relações contratuais entre indivíduos e um Estado, a regra inquestionável de direito internacional era a de que a condição essencial para que tais questões sejam examinadas no plano internacional era a ocorrência de uma denegação de justiça por parte das autoridades do Estado a cuja legislação competia regular aquelas relações. No tipo de relações derivando de um contrato de direito privado, acrescentou o Sr. Stoykovitch, o dever internacional de um Estado “limitava-se à proteção judicial que ele deveria estender a estrangeiros que se encontram em seu território”, e a reclamação de um estrangeiro contra um Estado alegando violação de um contrato não bastava *per se* para engajar a responsabilidade internacional daquele Estado ou justificar recurso à jurisdição internacional por parte do Estado de que era nacional o indivíduo em questão (87). Somente a denegação de justiça (i.e., insuficiência de proteção judicial dos estrangeiros) após o prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis poderia gerar a responsabilidade internacional de um Estado por violação de um contrato sujeito ao direito interno daquele Estado (88).

No caso presente, concluiu o Sr. Stoykovitch, o litígio levado pela Suíça perante a Corte *recaía ainda na ordem jurídica interna iugoslava e ainda não se tornara uma questão de direito internacional*, uma vez que a suposta violação da cláusula contratual entre a Iugoslávia e a firma *Losinger não tinha ainda sido objeto de decisão de nenhum tribunal interno iugoslavo*, que ainda não tinham exercido a função de proteção judicial de estrangeiros. Como não se poderia imputar ao Estado iugoslavo o elemento constitutivo de uma denegação de jus-

(85) Série C, n.º 78, p. 232.

(86) *Ibid.*, p. 252.

(87) Série C, n.º 78, p. 254.

(88) Série C, n.º 78, pp. 254 e 256-257.

tiça, o litígio *ainda não constituía uma questão de direito internacional* (89), e faltava assim competência à Corte para examinar o caso.

Questionando os argumentos iugoslavos, o agente do governo suíço (Sr. Sauser-Hall) retrucou que, se eles procediam, então a lei iugoslava tinha um caráter de *ordre public* e efeitos retroativos, tornando supérfluo o recurso aos tribunais internos iugoslavos. O único efeito era o de dar origem a uma controvérsia relativa à questão de reparação de danos causados à firma *Losinger*, em seguida à abolição de uma cláusula contratual por um dispositivo de direito interno (90). Quanto à objeção subsidiária iugoslava de não-esgotamento de recursos internos, acrescentou o Sr. Sauser-Hall, o princípio dos recursos internos não tinha o caráter absoluto que a Iugoslávia parecia atribuir-lhe, e tanto a prática internacional quanto a doutrina reconheciam diversas exceções àquele princípio (91) (e.g., quando não havia quaisquer recursos internos a serem esgotados).

Após examinar os possíveis meios de reparação de acordo com o direito iugoslavo, o agente da Suíça argumentou que, no caso presente, a companhia *Losinger* não poderia instituir qualquer ação "pour faire déclarer non valable une clause compromissoire dont elle ne cesse de réclamer la reconnaissance" (92). Após referir-se ao elemento de *bona fides*, o Sr. Sauser-Hall recordou que a firma *Losinger* baseara-se em um contrato privado concluído com um Estado de acordo com a lei, o qual, sendo um instrumento oficial, atribuía à companhia *Losinger* "le droit d'être mise au bénéfice de ce titre aussi longtemps qu'il n'est pas détruit, elle n'a à prendre aucune initiative pour en faire reconnaître la validité: c'est un titre liquide" (93).

Ademais, não restava dúvida de que o princípio da reparação interna ou local não se aplicava em casos de denegação de justiça, de atrasos e obstáculos processuais indevidos, ou de recursos manifestamente inúteis (94). Por isso, não poderia a Iugoslávia levantar uma objeção de inadmissibilidade baseada no princípio dos recursos internos, porque o recurso aos tribunais internos iugoslavos era, no caso, ineficaz, ilusório e inútil (95). O atual litígio, concluiu o Sr. Sauser-Hall, era "a conse-

(89) Série C, n.º 78, p. 257 (ênfase nossa). Afastando qualquer discussão "teórica" quanto à possibilidade ou não de se recorrer aos tribunais internos iugoslavos, argumentou o Sr. Stoykovitch que toda a questão em exame era uma questão de fato e não de direito, e que a possibilidade ou não de se provar que a firma *Losinger* poderia (ou não) utilizar recursos internos não vinha ao caso a única maneira de se clarificar a matéria, acrescentou, era se a própria firma *Losinger* fizesse uso dos recursos internos, o que ela poderia sem dúvida fazer sob o direito iugoslavo (*ibid.*, pp. 261-262). Sobre a relação entre a denegação de justiça e o esgotamento de recursos internos, cf., A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 53 *Philippine Law Journal* (1978) pp. 404-420; A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados", 62 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1979) pp. 23-40.

(90) Série C, n.º 78, argumentos orais de 5 de junho de 1936, p. 306.

(91) Série C, n.º 78, pp. 307-308. Para a questão das exceções à regra do esgotamento dos recursos internos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 997-1.049.

(92) Série C, n.º 78, p. 311, e cf. pp. 300-311.

(93) Série C, n.º 78, p. 313.

(94) Série C, n.º 78, pp. 313-315.

(95) *Ibid.*, pp. 314 e 316

qüência da violação de uma cláusula contratual pela Iugoslávia. A violação se consolidara por uma lei constantemente declarada de *ordre public* pelas autoridades administrativas iugoslavas competentes, portanto pelo próprio Estado" (96). A Suíça recorrera assim à Corte Permanente de Justiça Internacional com base em um ilícito cometido pelo Estado iugoslavo (97).

O Sr. Stoykovitch respondeu que no presente contexto o princípio do esgotamento dos recursos internos tinha "não apenas o valor de uma regra de processo, mas constituía uma condição de substância para o engajamento da responsabilidade internacional do Estado (98). Além disso, a lei iugoslava de 19 de julho de 1934 como tal não poderia ser considerada como contrária às obrigações internacionais do Estado iugoslavo, e ainda mais porque não tivera sido objeto de interpretação e aplicação por qualquer tribunal interno competente; não poderia por isso ser imputada ao Estado como um ato contrário a seus compromissos internacionais (99). Ao que o Sr. Sauser-Hall finalmente replicou que um obstáculo havia sido artificialmente introduzido à atividade do juiz, e que a firma *Losinger* tinha um "direito inegável" à arbitragem; insistiu ademais na inutilidade do esgotamento de recursos internos em vista da denegação de justiça (100).

Avaliando os argumentos das duas partes litigantes, o argumento iugoslavo parece vulnerável em seu abordamento do inter-relacionamento entre o princípio dos recursos internos e a objeção de domínio reservado. O agente da Iugoslávia parece ter-se confundido inteiramente com as duas exceções ao argumentar que, porque os recursos internos não haviam sido esgotados, a matéria permanecera de domínio reservado e não alcançara o plano do direito internacional (101). O que na verdade ocorre, no contexto presente, é que o princípio dos recursos internos funciona como uma condição de admissibilidade de uma reclamação internacional, que admite — sendo esgotados os recursos internos — que a reclamação seja suscetível de exame no plano internacional. Já o argumento do domínio reservado opera, a seu turno, como

(96) Série C, n.º 78, p. 317. Acrescentou o Sr. Sauser-Hall: "Leur sera-t-il permis de changer ainsi le caractère de la loi selon l'instance devant laquelle elle se présente? Est-il compatible avec les exigences de la bonne foi que doivent observer les Etats, d'affirmer le caractère d'ordre public d'une loi, pour obtenir un jugement d'incompétence du surarbitre privé, puis de dénier à la loi ce caractère pour obtenir un jugement d'irrecevabilité de la Cour Permanente de Justice Internationale?" (*ibid.*, p. 317).

(97) *Ibid.*, p. 317.

(98) Série C, n.º 78, argumentos orais de 8 de junho de 1936, pp. 333-334. — Sobre a questão da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos, cf.: A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule", 56 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1978) pp. 157-188; A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados", 49-50 *Revista de Direito Público* — São Paulo (19-79) pp. 133-153.

(99) Série C, n.º 78, pp. 333-36, e cf. ademais p. 345.

(100) Série C, n.º 78, argumentos orais de 9 de junho de 1936, pp. 370-371 (cf. em particular as palavras do Sr. Sauser-Hall *ibid.*, p. 370; relembrou ele *inter alia* o fato de que anteriormente já ocorrera uma primeira arbitragem).

(101) Cf. *ibid.*, Série C, n.º 78, p. 257.

uma objeção substantiva visando — se fundamentada — excluir materialmente toda a questão de qualquer exame que seja a nível internacional. Por mais interligadas que estejam as duas exceções, não equivalem a uma mesma coisa, *nem tampouco uma serve para caracterizar a outra*, como o agente da Iugoslávia parecia tentar fazer crer.

Assim, é pouco ou nada surpreendente que, em sua decisão no caso *Losinger* de 27 de junho de 1936, a Corte Permanente de Justiça Internacional considerou a objeção da Iugoslávia de não-esgotamento de recursos internos em certos aspectos impossível de distinguir de sua objeção de domínio reservado. A Corte decidiu juntar à objeção a sua competência ou mérito, de modo a proferir sua decisão quanto a ela e, se necessário, quanto ao mérito, em um único e mesmo julgamento (102). E passando à objeção à admissibilidade da reclamação (baseada no suposto não-esgotamento de recursos internos pela firma *Losinger*), afirmou a Corte: "Primeiramente, a objeção relativa à admissibilidade da ação é interposta como uma alternativa à objeção quanto à competência da Corte, e, em segundo lugar, tanto no procedimento escrito quanto oral, os fatos e argumentos apresentados a favor ou contra as duas objeções estão amplamente interligados, sendo impossível distingui-los uns dos outros em alguns aspectos. (...) Em consequência, deve-se tratar a objeção à admissibilidade da petição do mesmo modo como a objeção à competência, isto é, deve ser juntada ao mérito, de tal modo que a Corte terá que pronunciar sobre ela no julgamento acima mencionado, caso a Corte assuma jurisdição em tal julgamento" (103).

Anos após, em sua explicação de voto no caso dos *Empréstimos Noruegueses* (1957), o Juiz Lauterpacht examinou o problema se o não-esgotamento de recursos internos poderia ou não constituir um fundamento para caracterizar um litígio como sendo de domínio reservado. No caso, a Noruega interpusera exceções preliminares de não-esgotamento de recursos internos (quarta exceção preliminar) e de domínio reservado (primeira exceção preliminar, mantendo que o assunto do litígio recaía no domínio do direito interno, e não do direito internacional) (104). A Noruega parecia convencida de que a disputa recaía no domínio reservado, uma vez que os contratos de empréstimo em questão eram regulados, no seu entender, pelo direito interno, e não pelo direito internacional. Mas, como observou o Juiz Lauterpacht, a Noruega fizera com que o caráter internacional da disputa dependesse da questão se os recursos internos tinham sido esgotados; esta última era, no entanto, uma questão de direito internacional (105).

(102) CPJI, caso *Losinger*, Série A/B, n.º 67, Ordem de 27 de junho de 1936, p. 24.

(103) *Ibid.*, Série A/B, n.º 67, p. 24. Para outros argumentos suíços com que lidou a Corte, cf. *ibid.*, p. 23.

(104) CLJ, caso dos *Empréstimos Noruegueses*, ICJ Reports (1957), julgamento de 6 de julho de 1957, pp. 13-14.

(105) *Ibid.*, explicação de voto do Juiz H. Lauterpacht, p. 38.

O Juiz Lauterpacht então acrescentou: "Não se pode propriamente negar a relevância dessas questões de direito internacional por referência ao fato de que, a não ser e até que os tribunais noruegueses tenham-se manifestado, não é certo que tenha ocorrido uma violação do direito internacional pela Noruega. O ponto crucial é que, pressupondo que o direito norueguês opere de maneira danosa aos portadores de títulos franceses, há várias questões de direito internacional envolvidas. Introduzir nesse contexto a questão do esgotamento de recursos internos é fazer o assunto girar em um círculo vicioso. O esgotamento de recursos internos não pode em si mesmo trazer ao domínio do direito internacional uma disputa que, ao contrário, está fora de sua esfera. O não-esgotamento dos recursos de direito interno pode constituir uma objeção à jurisdição da Corte; não afeta o caráter intrinsecamente internacional de uma disputa" (106). Era assim claro ao Juiz Lauterpacht que o não-esgotamento de recursos internos não servia de base para caracterizar um litígio como sendo do domínio reservado (107). A decisão da Corte no caso foi determinada por outro fator, porquanto ela considerava que era facultado à Noruega, em virtude da condição de reciprocidade, invocar a reserva francesa (declaração de 1949) pela qual se excluía a jurisdição da Corte para examinar o litígio em questão (cf. supra). A Corte, conseqüentemente, viu-se sem competência para examinar a petição, e julgou por isso desnecessário lidar com a quarta exceção preliminar apresentada pela Noruega de não-esgotamento de recursos internos (108).

2) *Esgotamento de recursos internos como particularização do domínio reservado*

Dois anos após, a questão do inter-relacionamento entre as exceções de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado veio novamente à tona em dois casos, os do *Incidente Aéreo e Interhandel* (ambos em 1959). O caso do *Incidente Aéreo* teve lugar quando um avião civil israelense foi abatido por um caça búlgaro, depois que o primeiro tivera aparentemente se desviado de sua rota e ingressado no espaço aéreo búlgaro. Enquanto a Bulgária mantinha que o avião tinha violado seu espaço aéreo, Israel decidiu solicitar à Corte Internacional de Justiça que julgasse e declarasse a Bulgária responsável sob o direito internacional pela destruição da aeronave e pela perda de vidas e propriedade e todos os demais danos resultantes do incidente (109).

(106) *Ibid.*, p. 38.

(107) Para os argumentos das partes litigantes sobre a regra do esgotamento dos recursos internos em relação ao caso, cf.: caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957); Argumentos Orais e Documentos: intervenções do professor Bourquin (consultor da Noruega), pp. 156-171, e do professor Gros (agente da França), pp. 186-189.

(108) Caso dos *Empréstimos Noruegueses*, *ICJ Reports* (1957), julgamento de 6 de julho de 1957, p. 27.

(109) Caso do *Incidente Aéreo* (Israel v. Bulgária), *ICJ Reports* (1959), julgamento de 26 de maio de 1959, p. 130, e cf. pp. 128-132.

A Bulgária objetou preliminarmente com base em diversos argumentos, incluindo o de que os recursos internos não tinham sido esgotados perante os tribunais búlgaros (quinta exceção preliminar) e o de que o litígio em questão dizia respeito a matérias que recaíam essencialmente no domínio reservado do Estado búlgaro (quarta exceção preliminar) ⁽¹¹⁰⁾. A Corte Internacional de Justiça não examinou nenhuma dessas objeções, porquanto viu-se sem competência para julgar a contenda, baseada em outro fundamento, a saber, a declaração búlgara (de 1921) aceitando a jurisdição da Corte tinha expirado e não servia assim de base para a jurisdição da Corte. Nas circunstâncias, a Corte Internacional de Justiça julgou desnecessário deter-se nas outras exceções preliminares búlgaras, incluindo as de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos ⁽¹¹¹⁾. Mas no decorrer das audiências públicas diante da Corte a relação entre aquelas duas exceções foi objeto de bastante atenção.

O consultor da Bulgária, Sr. Kamenov, insistiu em que toda a questão perante a Corte dizia respeito a medidas de proteção do espaço aéreo como parte integrante do território do Estado, recaindo por isso essencialmente no domínio reservado búlgaro, à exclusão da jurisdição da Corte sobre a matéria ⁽¹¹²⁾. Ao que o advogado do governo búlgaro, professor Cot, acrescentou que este não era um caso de dano direto interestatal, e que os indivíduos reclamantes tinham a obrigação reconhecida pelo direito internacional de esgotar os recursos internos ⁽¹¹³⁾. A seu turno, o agente de Israel, Sr. Rosenne, indicou que as exceções búlgaras não apenas deixavam de apreciar as conseqüências do fato de que o avião era de nacionalidade israelense portando as cores israelenses, e abatido pelas forças armadas búlgaras agindo *jure imperii*, mas tais exceções, em seu entender, ingressavam “profundamente no mérito da disputa” ⁽¹¹⁴⁾.

A exceção de domínio reservado era a *mais ampla* delas, as quais, se mantidas pela Corte a favor da Bulgária, significariam que a destruição do avião e a morte de todos os seus 58 passageiros não ocorreram, por implicação necessária, em violação do direito internacional, de modo que a Bulgária não era responsável por suas conseqüências ⁽¹¹⁵⁾: “Os fatos e argumentos em que se baseia esta objeção são os próprios fatos e argumentos em que se baseia o mérito. Em nosso

(110) *Ibid.*, pp. 133-134.

(111) *Ibid.*

(112) Caso do *Incidente Aéreo*, *ICJ Reports* (1959); Argumentos Oraís e Documentos; argumentos orais de 18 de março de 1959; pp. 430-437.

(113) *Ibid.*, argumentos orais de 19 de março de 1959, pp. 445-450; declarou ele: “Ce sont la compagnie israélienne de navigation, la compagnie El Al, et les passagers, ou leurs ayants droits, qui ont subi des dommages, et non pas l'État israélien. Et ce n'est qu'au titre de la protection diplomatique due par l'État à ses nationaux que l'État d'Israël peut soutenir leur cause. Dès lors, la règle de l'épuisement des recours internes doit s'appliquer”; *ibid.*, p. 450, e cf. também pp. 451-454.

(114) *Ibid.*, argumentos orais de 25 de março de 1959, p. 519.

(115) *Ibid.*, pp. 519-521.

entender, a denominação dessa objeção como uma exceção preliminar é completamente inexata, pois esta objeção é claramente uma defesa quanto ao mérito — pode bem ser a principal defesa quanto ao mérito — e deveria ser tratada como tal” (116). Significativamente, acrescentou o Sr. Rosenne que “o esgotamento de recursos internos aparece como uma particularização da exceção de domínio reservado, embora desta difira em que implica a possibilidade de procedimentos internacionais subseqüentes de uma forma ou outra” (117); e, em certas circunstâncias, pode ser tratado da mesma forma que a objeção de domínio reservado (118). O Sr. Rosenne enfatizou que, no caso, a objeção de recursos internos relacionava-se do mesmo modo intimamente com o mérito do litígio, porquanto aquela objeção “não se dirigia à admissibilidade da reclamação”, mas era novamente “uma defesa disfarçada quanto ao mérito e deveria ser tratada como tal pela Corte” (119).

Por outro lado, o professor Cot insistia tanto no princípio do esgotamento dos recursos internos quanto na objeção de domínio reservado (120), invocando-os conjuntamente. As alegações de que o avião tinha a nacionalidade israelense e portava as cores israelenses não poderiam justificar um abandono do princípio dos recursos internos, uma vez que se tratava de um aeroplano privado engajado em tráfego privado em um voo comercial; e a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis* era irrelevante em um caso de danos causados a indivíduos (121). O princípio da reparação interna ou local deveria assim aplicar-se; como interposto pela Bulgária, o princípio não era uma defesa quanto ao mérito, primeiro porque dirigia-se contra as condições de exercício da reclamação ou seu patrocínio, e em segundo lugar porque a Corte poderia chegar a uma decisão quanto a ele sem pronunciar quanto ao mérito (122). Mas ao fim de seus argumentos orais o professor Cot expressou o desejo de que a primeira exceção preliminar da Bulgária (objeção à competência *ratione temporis*), ou alternativamente sua quinta exceção de não-esgotamento de recursos internos, mostrar-se-ia suficiente *per se* para levar a Corte à rejeição da petição israelense sem ter necessariamente que se deter nas demais exceções preliminares (123).

Em sua réplica final, o internacionalista Rosenne contestou fortemente o argumento de que o litígio presente recaía no domínio reser-

(116) *Ibid.*, p. 521, e cf. pp. 521-522.

(117) *Ibid.*, p. 523 (ênfase nossa).

(118) *Ibid.*, p. 523. Relembrou o Sr. Rosenne que no caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis* (1939) a Corte Permanente de Justiça Internacional aceitou a segunda exceção preliminar da Lituânia como uma exceção preliminar (no sentido do artigo 62 do Regulamento), muito embora se pretendesse evitar que a Corte examinasse o mérito do caso; *ibid.*, p. 524.

(119) *Ibid.*, p. 524, e cf. também pp. 524-525.

(120) *Ibid.*, argumentos orais de 1.º de abril de 1959, pp. 558-562, e cf. pp. 565-568.

(121) *Ibid.*, pp. 568-570.

(122) *Ibid.*, pp. 570-572; também o professor Cot relembrou aqui a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis*; cf. *ibid.*, p. 572.

(123) *Ibid.*, p. 273.

vado búlgaro; não se tratava de uma disputa acerca do direito da Bulgária de tomar medidas para proteger seu espaço aéreo e sua soberania, mas antes de uma controvérsia entre dois ou mais governos relativa à travessia de uma fronteira por um avião e a maneira pela qual as forças armadas búlgaras agiram e a atitude subsequente do governo búlgaro; era assim uma questão de saber se a Bulgária era responsável sob o direito internacional. Além disso, não se presumia que a Corte Internacional de Justiça tivesse conhecimento judicial de qualquer legislação búlgara sobre seu espaço aéreo, e “a existência de uma lei interna não é suficiente para trazer o assunto regido pela lei ao âmbito do domínio reservado essencial ou exclusivo do Estado em questão. É igualmente [um princípio] bem estabelecido que um Estado não pode invocar seu direito interno como uma defesa a uma reclamação internacional. O direito da Bulgária não é matéria de disputa nesse caso. O que estamos reclamando é da maneira pela qual as forças búlgaras agiram, e é irrelevante se, ao agirem daquela forma, estavam ou não se conformando ao seu direito interno” (124).

E quanto à outra exceção de não-esgotamento de recursos internos, requeria ela um “exame bem detalhado do mérito” e, ademais, não tinha ela no caso “nenhuma existência independente”, sendo “uma particularização da exceção de domínio reservado”, reiterou ele. A insistência búlgara na *necessidade de esgotar recursos nos tribunais internos enquanto levantando a exceção de domínio reservado* confirmava a situação particular do princípio dos recursos internos nas circunstâncias desse caso, a saber, o *princípio do esgotamento de recursos internos como “nada mais do que uma particularização da exceção de domínio reservado”* (125). Acrescentou o Sr. Rosenne que as forças armadas búlgaras agiram *jure imperii*, perpetrando um *dano direto* contra o Estado de Israel; conseqüentemente, o princípio dos recursos internos não se aplicava (126). E mesmo se a Corte chegasse a manter que a presente reclamação era de proteção diplomática, não obstante o princípio dos recursos internos não se aplicaria, na ausência de um *vínculo* voluntário, consciente e deliberado entre os indivíduos em questão e o Estado cujas ações eram impugnadas (127).

Naquele mesmo ano, no caso *Interhandel* (1959), as duas exceções norte-americanas de não-esgotamento de recursos internos (terceira exceção preliminar) e de domínio reservado (quarta exceção preliminar) distinguiam-se formalmente (128). Perante a Corte, o co-agente do go-

(124) *Ibid.*, argumentos orais de 3 de abril de 1959, pp. 586-588.

(125) *Ibid.*, p. 589 (ênfase nossa).

(126) *Ibid.*, p. 589, e cf. também pp. 589-590, para suas demais críticas dos argumentos do professor Cot.

(127) *Ibid.*, p. 590, e cf. pp. 590-593.

(128) C. caso *Interhandel* (Suíça versus Estados Unidos), *ICJ Reports* (1959), julgamento de 21 de março de 1959, p. 11; argumentou a Suíça que os Estados Unidos tinham a obrigação de devolver os bens da *Interhandel*; *ibid.*, p. 9.

verno suíço, professor Guggenheim, atacou fortemente a objeção norte-americana de domínio reservado, argumentando que, se os Estados Unidos desejavam desafiar a jurisdição da Corte, deveriam fazê-lo por meio de uma exceção preliminar; afinal, em virtude do artigo 36 (6) de seu Estatuto, competia à própria Corte determinar sua própria competência, e no caso presente — acrescentou — a Corte certamente possuía competência *prima facie* e poderia assim indicar as medidas provisórias de proteção buscadas pela Suíça (129).

Em sua réplica, o agente dos Estados Unidos, Sr. Becker, insistiu que a tomada e liquidação de bens inimigos no exercício de poderes de guerra era matéria que recaía no domínio reservado do país em questão. Reiterando as objeções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos, acrescentou que todos os argumentos suíços “envolviam” a questão em controvérsia diante dos tribunais internos norte-americanos (i.e., a questão se deveria haver uma devolução dos bens apreendidos); o princípio dos recursos internos assim aplicava-se (130). Ademais, era possível obter reparação completa diante dos tribunais internos norte-americanos, que estavam então considerando se os bens apreendidos da *General Aniline & Film Corporation* deveriam ser devolvidos à companhia *Interhandel* (131).

O professor Guggenheim respondeu que a objeção norte-americana de não-esgotamento de recursos internos, embora aparentemente de caráter preliminar, na verdade dizia respeito ao mérito do caso (132). E a objeção de domínio reservado, a seu turno, não poderia aplicar-se no presente caso, porque o assunto do litígio entre a Suíça e os Estados Unidos era uma questão de direito internacional, relativa à interpretação e aplicação de um acordo internacional (que previa a possibilidade de recurso a um tribunal arbitral), e à distinção entre propriedade neutra e inimiga à luz do direito internacional; conseqüentemente, o governo dos Estados Unidos tinha a obrigação (133) de devolver os bens apreendidos à firma *Interhandel* (e não apenas de pagar indenização plena), e em tais condições toda a matéria do atual litígio internacional recaía no domínio do direito internacional, e não no domínio reservado

(129) Caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959); Argumentos Orais e Documentos; argumento oral de 14 de outubro de 1957, pp. 459-463, e cf. pp. 464-465.

(130) *Ibid.*, argumentos orais de 6 de novembro de 1958, pp. 501-502 e 507-511. Em uma passagem de seu argumento oral, o Sr. Becker traçou o seguinte paralelo entre os dois argumentos, de não-esgotamento e de domínio reservado: “There cannot be any *bona fides*, charge here that any rule of international law has been violated, since the seizure and retention of stock in a domestic corporation is within the domestic jurisdiction of the United States as part of its war powers and does not lose such character simply by the citation of an international agreement which has no relevance and deals with a totally different topic. But aside from that fact, we submit, the doctrine of exhaustion still remains applicable”; *ibid.*, p. 503.

(131) *Ibid.*, p. 505, e cf. pp. 505-507. Pretendia ele assim rejeitar todos os argumentos de que os recursos locais não existiam, ou eram inadequados, ou de que os tribunais internos teriam prejudicado a situação.

(132) *Ibid.*, argumentos orais de 11 de novembro de 1958, pp. 553-561; o caso, argumentou ele ademais, constituía uma violação *direta* do direito internacional; cf. *ibid.*, pp. 556-557.

(133) Em virtude do artigo IV (I) do Acordo de Washington de 1946.

dos Estados (134). O agente do governo suíço, professor Sauser-Hall, prontamente endossou tais pontos de vista e, do mesmo modo, sustentou que o litígio em questão era regido por um tratado e pertencia ao domínio da neutralidade no direito internacional público, engajando direta e imediatamente a responsabilidade internacional dos Estados Unidos, sem se tornar necessário considerar a objeção de recursos internos (135).

Em sua réplica, o Sr. Becker mais uma vez associou a exceção de não-esgotamento com a de domínio reservado. Anteriormente (6 de novembro de 1958), ele afirmara que "because of the failure to exhaust local remedies there is no jurisdiction in the Court to entertain the present application" (136). Agora (14 de novembro de 1958), mantendo que a disputa entre a Suíça e os Estados Unidos era "de natureza factual", o agente do governo norte-americano asseverava que, "em razão da reserva dos Estados Unidos relativa a matérias de interesse essencialmente interno, seja 'como determinado pelos Estados Unidos' ou 'como determinado pelo direito internacional', o recurso disponível aos suíços sob o direito interno norte-americano é superior ao que lhes caberia sob o direito internacional, desde que a devolução das ações em espécie não fosse requerida. E mesmo se o acordo de Washington se aplicasse a este caso — o que negamos —, a reparação máxima que o governo suíço poderia assegurar não seria em hipótese alguma mais favorável a seus interesses do que a reparação disponível à *Interhandel* sob o direito interno dos Estados Unidos" (137).

Observou ainda o Sr. Becker que o argumento baseado no acordo de Washington, dentre outros, jamais fora levado perante os tribunais norte-americanos pela *Interhandel*, muito embora fossem aqueles tribunais competentes para considerar todos os argumentos de tal natureza; "wholly apart, therefore, from their patent unsoundness, they also fall within the doctrine of exhaustion of local remedies" (138). Desse modo, como se deveria ter avançado tais argumentos no contencioso interno então em curso, a Corte Internacional de Justiça — concluiu ele — deveria sustentar a exceção de não-esgotamento de recursos internos, ao invés de juntá-la ao mérito (139).

Pode-se depreender do acima exposto que o agente do governo dos Estados Unidos estava talvez deliberadamente interligando as duas exceções de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado.

(134) Argumentos orais do caso *Interhandel*, *cit.*, p. 576, e cf. pp. 575-581.

(135) *Ibid.*, argumentos orais de 12 de novembro de 1958, pp. 582-598; acrescentou ele que a objeção de qualquer modo dizia respeito ao mérito do caso; *ibid.*, p. 598.

(136) *Ibid.*, argumentos orais de 6 de novembro de 1958, pp. 505-506; advertiu ele a Corte a não proceder ao mérito, pois, se assim o fizesse, todos os procedimentos quanto ao mérito do caso "would become entirely moot and superfluous if the vested were returned to *Interhandel* as the result of the United States court proceedings"; *ibid.*, p. 506.

(137) *Ibid.*, argumentos orais de 14 de novembro de 1958, pp. 612-614.

(138) *Ibid.*, p. 616.

(139) *Ibid.*, p. 616, e cf. pp. 616-618.

Esse fato não passou despercebido ao professor Guggenheim; após reiterar suas críticas ⁽¹⁴⁰⁾ aos argumentos do Sr. Becker, concluiu seus próprios argumentos orais (aos 17 de novembro de 1958) ao indicar à Corte a contradição a que a posição dos Estados Unidos poderia levar: "Quando se examinam as exceções preliminares dos Estados Unidos em seu conjunto, e notadamente as exceções preliminares n.ºs 3 e 4, depara-se com uma certa contradição. Por um lado, os Estados Unidos invocam seu domínio reservado, afirmando assim que o litígio não pode ser examinado no âmbito de um procedimento internacional. Por outro lado, eles invocam o não-esgotamento de recursos internos, o que pressupõe que reconhecem a possibilidade de uma responsabilidade internacional do governo dos Estados Unidos. Ora, ao declarar que o conflito recai em seu domínio reservado, negam eles que os tribunais americanos tenham a possibilidade de proceder a um exame prévio da responsabilidade internacional dos Estados Unidos, o que é aliás conforme à realidade jurídica, dado que o acordo de Washington e as regras de direito internacional geral não podem ser invocados no procedimento em curso nos Estados Unidos relativo à *Interhandel*. Nessas condições, não é mais possível que a jurisdição internacional tenha que levar em conta elementos constantes do *dossier* no procedimento interno. Não há assim lugar nem para uma litispendência, nem para um esgotamento de recursos internos" ⁽¹⁴¹⁾.

Com efeito, como já indicado, o argumento de domínio reservado não é a mesma coisa que uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Ambos, se interpostos com sucesso, podem impedir o exame de um caso a nível internacional. Mas enquanto o argumento de domínio reservado opera como uma objeção substantiva, a *exclusão* da jurisdição internacional, com bases sólidas, a seu turno a exceção de não-esgotamento opera no presente contexto como condição de admissibilidade de uma reclamação internacional. Desse modo, o princípio dos recursos internos não sustenta necessariamente que a matéria esteja *prima facie* no domínio reservado exclusivo do Estado, e na verdade ele admite que a matéria possa ser examinada a nível internacional (e.g., se os recursos forem esgotados sem reparação interna ou local alguma).

VII — Conclusões

Concluindo, embora ambas as objeções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos visem salvaguardar a soberania do Estado, diferem uma da outra em que a primeira é uma objeção substantiva impedindo qualquer ação a nível internacional, ao passo que a segunda enfatiza o caráter subsidiário da jurisdição internacional. Tem-se levantado a objeção de domínio reservado perante órgãos

(140) Cf. *ibid.*, pp. 637-642.

(141) *Ibid.*, p. 642.

judiciais como uma reserva automática à jurisdição obrigatória ou então como uma exceção preliminar de competência, ambas as formas — particularmente a primeira — estando expostas a críticas. Mas os órgãos políticos têm-se mostrado mais adequados para lidar com objeções de domínio reservado, ao passo que exceções de não-esgotamento de recursos internos têm sido mais freqüentemente avançadas perante órgãos judiciais (e arbitrais).

Na prática, por paradoxal que possa à primeira vista parecer, o princípio dos recursos internos, aparentemente a menos ambiciosa das duas objeções, tem-se mostrado um artifício bem mais eficaz e acionado com sucesso para rejeitar reclamações internacionais e salvaguardar a soberania do Estado. Em contraste, os Estados que levantaram a objeção de domínio reservado não têm logrado até o presente alcançar o objetivo proposto e não têm conseguido impedir a inclusão da matéria na agenda de órgãos internacionais e sua discussão a nível internacional.

Vista *in abstracto*, a cláusula do domínio reservado não parece nem definida nem suscetível de definição: a prática internacional moderna *não* parece fornecer base jurídica alguma para o critério objetivo ou material da determinação do domínio reservado pelo qual haveria matérias que, por sua própria natureza, recairiam essencialmente no domínio reservado dos Estados. Com efeito, tem-se freqüentemente recorrido ao uso do artifício da ficção no direito internacional, refletido na invocação de conceitos inadequados visando evitar sua aplicação ou ampliar a interpretação de seus termos, ou na falsa caracterização dos fatos, por vezes visando negar ou então justificar a realidade de uma determinada situação na busca de certos interesses⁽¹⁴²⁾. Já em 1925, POLITIS observava com perspicácia que, se o direito internacional reconhece a existência de um domínio reservado dos Estados, ele ignora seu conteúdo material, e o termo é utilizado apenas em um sentido estritamente formal na solução de controvérsias⁽¹⁴³⁾.

Dáí, pode-se acrescentar, sua semelhança aparente com a objeção de não-esgotamento de recursos internos, ambas disfarçadas como condições formais de admissibilidade de exceções preliminares à solução de reclamações internacionais. Tal semelhança aparente pode levar, e tem levado — talvez deliberadamente —, a concepções errôneas e equívocos. POLITIS tentou estender a noção de *abus de droit* ao plano das relações internacionais, para enfatizar as limitações objetivas impostas pelo direito internacional às faculdades legais desfrutadas pelos Estados litigantes; assim, um *abus de droit* ocorreria sempre que uma regra ou

(142) Cf. J. J. A. SALMON, "The Device of Fiction in Public International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1974) n.º 4, pp. 251-277; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Apontamentos sobre o Uso das Ficções no Direito Internacional", *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1980) n.º 87, pp. 61-76.

(143) N. POLITIS, "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1925)-I, vol. 6, p. 48.

conceito jurídico servisse de base ou fosse utilizado para um propósito outro que o que é normalmente o seu próprio, de acordo com o direito internacional⁽¹⁴⁴⁾. As incertezas do conceito de domínio reservado poderiam ser lembradas a esse respeito.

Na prática, têm-se levantado as duas exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos separadamente, ou então simultaneamente como argumentos alternativos na mesma contenda. Em quatro casos acima examinados — os casos *Losinger*, dos *Empréstimos Noruegueses*, do *Incidente Aéreo* e *Interhandel* — os Estados reclamados houveram por bem interpor objeções de domínio reservado como um fundamento *alternativo* a objeções de não-esgotamento de recursos internos. No caso *Losinger* a Iugoslávia parece ter confundido inteiramente as duas exceções ao manter que, porque os recursos internos não haviam sido esgotados, a matéria permanecera de domínio reservado. A Corte considerou que sob certos aspectos as duas exceções não se distinguem uma da outra. No caso dos *Empréstimos Noruegueses*, advogou a Noruega que o caso recaía no domínio reservado, e no entanto tornava o caráter internacional da disputa dependente do esgotamento de recursos internos; um dos Juízes [da Corte Internacional de Justiça] afirmou pertinentemente que o não-esgotamento de recursos internos não constituía fundamento algum para caracterizar o litígio como sendo de domínio reservado.

No caso do *Incidente Aéreo*, a Bulgária manteve que a matéria recaía em seu domínio reservado, e no entanto levantou uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Muito embora a Corte Internacional de Justiça não tivesse lidado com tais exceções, sugeriu o reclamante que a exceção de não-esgotamento de recursos internos surgia no caso como nada mais do que uma particularização da exceção de domínio reservado. E no caso *Interhandel*, os Estados Unidos, do mesmo modo, mantiveram que não apenas os recursos internos não haviam sido esgotados, mas, em adição e alternativamente, a matéria pertencia ao domínio reservado. A Corte de Haia evitou pronunciar sobre este último ponto e decidiu sustentar a objeção de não-esgotamento de recursos internos.

Há um denominador comum nestes quatro casos (independentemente de seus resultados concretos) no que diz respeito ao problema em exame. Constatou-se, primeiramente, que o levantamento das duas objeções alternativas — de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado — não constitui garantia alguma ao Estado reclamado de maiores chances de sucesso (no decorrer do processo). No caso *Interhandel*, a exceção de não-esgotamento individualmente obteve sucesso, mas a exceção de domínio reservado não foi objeto de decisão

(144) N. POLITIS, *op. cit.*, pp. 83 e 91.

da Corte (não necessitou sê-lo, em última análise, nas circunstâncias). Em ambos os casos do *Incidente Aéreo* e dos *Empréstimos Noruegueses* a Corte nem sequer tocou na exceção de domínio reservado ou na de não-esgotamento de recursos internos, porque em ambos os casos viu-se — por diferentes motivos — sem competência para julgar os litígios em questão. Assim sendo, os Estados não deveriam permanecer na ilusão ou falsa impressão de que, ao insistirem no caráter supostamente interno ou doméstico de uma disputa, primariamente e aqui processualmente (não-esgotamento de recursos internos), *assim como* exclusiva e materialmente (domínio reservado), estariam desse modo assegurando a seus próprios argumentos maior probabilidade de sucesso.

Mas — mais importante — não é tanto por estas razões práticas, e antes por razões de princípio, que esta prática deveria ser abandonada e não ser repetida no futuro. Ao invés de fundamentar um argumento, pode ela torná-lo mais vulnerável; há uma certa estranheza e inconsistência lógica em manter que uma matéria recai exclusivamente no domínio reservado de um Estado e ao mesmo tempo manter que uma matéria só pode ser examinada a nível internacional depois de terem sido esgotados sem sucesso os recursos internos (i. e., nenhuma reparação local). Ou, reversamente, manter que, porque os tribunais internos ou nacionais ainda não lidaram com a matéria, ela recai exclusivamente no domínio reservado do Estado, e desse modo os recursos internos deveriam ser utilizados.

O equívoco de tais proposições torna-se bem mais evidente pelo fato de que a razão de ser do princípio dos recursos internos não é exatamente a mesma que a do argumento do domínio reservado; embora ambos sejam artifícios a serviço da soberania do Estado, cada um opera de sua própria maneira específica, tendo cada um seguido um desenvolvimento histórico diferente e sido determinado por fatores distintos.

Mas se, na busca de seus próprios interesses individuais, os Estados continuarem deliberadamente tentando interligar as duas exceções — de não-esgotamento e de domínio reservado — *além do ponto em que já se encontram elas naturalmente interligadas*, estarão eles apenas acrescentando um elemento de incerteza na conduta do processo internacional. Ao comprometerem a clareza de argumento que deveria acompanhar a interpretação e aplicação de normas jurídicas, estarão eles desse modo prestando um desserviço ao direito internacional. As palavras fortes usadas pelo professor Sauser-Hall nas audiências do caso *Losinger* ⁽¹⁴⁵⁾ não são de todo impertinentes aqui, pois bem se pode indagar se a invocação da exceção de domínio reservado como um argumento alternativo à de não-esgotamento de recursos internos não corresponderia a um *usage chicanier du droit*...

(145) Cf. Corte Permanente de Justiça Internacional, Série C, n.º 78, argumentos orais de 9 de junho de 1936, p. 370.

Energía nuclear y no proliferación en América Latina: la constitución del sistema de Tlatelolco

PILAR ARMANET

Profesora del Instituto de Estudios
Internacionales de la Universidad de
Chile

La energía nuclear es una variable que aumenta permanentemente su influencia entre el conjunto de elementos que se consideran para el diseño y estudio de las relaciones bilaterales y multilaterales.

Ello se debe fundamentalmente a su incidencia en dos aspectos esenciales de la crisis que enfrenta el sistema internacional en su conjunto:

- su importancia como recurso para la generación de energía;
- su inmenso poder destructivo que ha convertido a la energía nuclear en una amenaza permanente para la paz y la seguridad internacional.

La energía nuclear como recurso energético alternativo

La difusión de la energía nuclear a nivel internacional se inició definitivamente con el programa "Átomos para la Paz" del Presidente Eisenhower en 1955, que se materializó en un conjunto de acuerdos bilaterales que convirtieron a Estados Unidos en el principal proveedor de materiales, equipos y tecnología nuclear ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

No obstante, el mayor impulso en este desarrollo se debió sin lugar a dudas al impacto de la crisis del petróleo de 1973. En ese momento las demandas por equipos y materiales nucleares aumentaron considerablemente, y por dos razones fundamentales: con el alza de los precios del petróleo disminuyeron proporcionalmente los costos de generación de la energía nuclear, y el embargo petrolero contribuyó a crear conciencia de la vulnerabilidad económica y política de los países compradores de petróleo, y de la necesidad de aumentar y diversificar las fuentes de abastecimiento de energía tanto desde el punto de vista de la procedencia de sus importaciones como del tipo de recursos generadores, a fin de asegurar el abastecimiento permanente de energía, especialmente en momentos de crisis externas e internas ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

Ello configuró un mercado nuclear de connotación expansionista, tanto en términos cualitativos como cuantitativos; con tendencia hacia la multipolaridad: tanto desde el punto de vista de los exportadores como de los importadores; y la diversificación en la oferta y la demanda de tecnología y equipos ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

- (1) "El 7 de diciembre de 1953 el Presidente Eisenhower propuso ante la Asamblea General de Naciones Unidas un cambio decisivo en la política nuclear mundial, para ello se comprometía a derogar la legislación de los Estados Unidos sobre la materia, que establecía "el secreto atómico" y aseguraba "el monopolio nuclear americano". Con la aprobación de la Ley de Energía Atómica de 1954, y la derogación de la Mac-Mahon Bill de 1946, se autorizaba y alentaba la amplia cooperación internacional, y se tradujo en la concreción entre julio de 1955 y 1958 de cuarenta acuerdos bilaterales entre Estados Unidos y otros países con lo cual se inició definitivamente el proceso de difusión de la energía nuclear." BERTRAND GOLDSCHMIDT — *L'Aventure Atomique*, Fayard, París, 1962.
- (2) "En el campo internacional la nueva era estuvo tipificada por la Conferencia sobre los Usos Pacíficos de Energía Atómica que se reunió en Ginebra en 1955 y que atrajo a más de mil cuatrocientos participantes de unos sesenta países, incluso de la Unión Soviética y otras naciones de Europa Oriental; esa reunión determinó que los principales países nucleares hicieran pública una gran cantidad de información acumulada, que era sumamente importante para el desarrollo nuclear en usos pacíficos." El Consejo Atlántico de los Estados Unidos; *La Energía Nuclear y la Proliferación de Armas Nucleares*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Política de Combustibles Nucleares, Noema Editores, México, 1978, p. 75.
- (3) Al respecto ver cifras y gráficos en SIPRI, *World Armaments and Disarmament Yearbook 1977*, Taylor and Francis, London, 1977, p. 38. Ver también J. ROTBLAT — "Nuclear Energy and Nuclear Weapon Proliferation" en SIPRI — *Nuclear Energy and Nuclear Weapon Proliferation*, Taylor and Francis, London, 1979, Cap. 14, p. 373.
- (4) La mayor rentabilidad de las plantas de energía nuclear es especialmente interesante para el caso de las plantas superiores a 1.000 MW que requieren de una gran inversión de capital para su construcción y puesta en marcha, pero su costo de generación de electricidad es considerablemente menor que en las de petróleo, pero ello implica necesidades energéticas tales que justifiquen la incorporación a la red eléctrica de centrales nucleares de alta potencia. Ver M. S. A. GRESPI — *La Energía Nuclear en América Latina; Necesidades y probabilidades*. Comisión Nacional de Energía Atómica, Buenos Aires, Argentina. Trabajo presentado al Simposio sobre Energía y Desarrollo, Guanajuato, A. P. Brasil 13 al 17 de marzo de 1978. (Versión Preliminar.)
- (5) "As of 30 June 1980, 12 countries in the developing world had commercial nuclear power plants either in operation, on order, or with a signed "letter of intent" to build." En *Revista South, The Third World Magazine*, n.º 3, December, 1980, p. 31.
- (6) El número de países que constituyeron el Club de Londres (1975-1977) y que elaboraron las guías uniformes de exportación da una idea de la expansión de la oferta nuclear: Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, Francia, República Democrática Alemana, República Federal Alemana, Italia, Japón, Países Bajos, Polonia, Suecia, Suiza, Reino Unido, los Estados Unidos y la Unión Soviética.

Algunos factores, tales como el accidente de Three Mile Island en Estados Unidos que sembró, a nivel de la opinión pública, preocupación por la constatación de que la difusión de los reactores nucleares lleva aparejado un aumento en los riesgos de accidentes; y el fortalecimiento de los grupos ecológicos y anti-nucleares, que deben ser necesariamente tomados en cuenta, especialmente en los países democráticos, al momento de la toma de decisiones para iniciar o ampliar los proyectos nucleoelectricos, han alterado en cierta medida la tendencia declaradamente expansiva antes señalada de la industria nuclear (7) (8) (9).

Sin embargo, las posibilidades futuras de la energía nuclear dependerán fundamentalmente del panorama energético mundial, y especialmente de la factibilidad de desarrollar recursos energéticos no tradicionales capaces de reemplazar eficientemente a los combustibles tradicionales.

No obstante, a pesar de los esfuerzos realizados en el terreno científico-tecnológico para el empleo masivo de recursos tales como la energía solar, geotérmica, vientos, mareas y otros, no parece factible afirmar que estos elementos puedan constituir al menos en el corto plazo, alternativas energéticas viables y de grand aplicación.

En consecuencia, la energía nuclear deberá cumplir un rol importante en la transición desde los combustibles tradicionales en vías de extinción y de gran desequilibrio en su distribución geográfica, hacia fuentes energéticas más evolucionadas (10) (11).

-
- (7) "Last January the Nuclear Regulatory Commission (NRC) withdrew its endorsement of a bench mark 1974 study by about 80 scientists, headed by Norman Rasmussen, a professor of Nuclear Engineering at M.I.T. The report rated the chance of a serious nuclear accident about the same as the probability of a meteor hitting a major city (one in a million). An opposing group of scientists, led by University of California Physicist Harold Lewis had convinced the NRC the Rasmussen study, while not necessarily wrong, had insufficient statistical basis to necessarily be right. "A Nuclear Nightmare, confusion and fear from a damaged reactor in Pennsylvania". Time, April 9, 1979, p. 8. Es interesante destacar que hasta aquí el informe Rasmussen era citado como evidencia irrefutable en los trabajos sobre energía nuclear que hablan sobre la seguridad en los reactores nucleares. "Les américains admettent aujourd'hui au moins onze accidents nucléaires majeurs qu'ils appellent du joli nom de code "Broken Arrows" citado por Le Nouvel Observateur de The Defense Monitor, Février 1973.
- (8) The nuclear power industry, like utilities generally was hurt by slowing expansion in the demand for electricity as the population growth rate stabilized. Perhaps more important, the cost of building nuclear reactor has more than doubled, partly because tighter government regulations. Safety and environmental concerns meanwhile stretched the average time required to build a nuclear plant from about seven years in 1970 to twelve years today. The result was that orders for new reactors, which is high of 41 in 1973 declined to two in 1978 and zero in 1979. Time, marzo 24, 1980, p. 47.
- (9) El 5 de noviembre de 1978 por votación popular el pueblo austríaco decidió rechazar la instalación de su primer reactor de potencia de 700 MW permaneciendo junto a Lichtenstein como los únicos dos países de Europa que no tienen instalaciones nucleares. *Keesing Contemporary Archives*, Scotland 1979, p. 29628A. "El pueblo sueco se pronunció el 23 de marzo de 1980 sobre el programa nuclear. Un voto negativo habría puesto al país en serios problemas técnicos. Más de un cuarto de la energía eléctrica que se consume en Suecia es de origen nuclear y cuatro nuevos reactores deben agregarse a los seis que están en funcionamiento. Luego de un debate público abierto y prolongado los electores se pronunciaron en más de un 58% en favor de la continuación del programa nuclear. La abstención ascendió a un 25%, porcentaje inhabitual en Suecia". *Le Monde*, édition internationale, Sélection Hebdomadaire, 20 a 26 de mayo de 1980, p. 1. Impactantes han sido las manifestaciones antinucleares en Alemania, Francia y los Estados Unidos en los últimos años. Ver también al respecto: BERTRAND GOLDSCHMIDT — *Le Complexe Atomique*. Fayard, Paris, 1980, pp. 457 y ss.
- (10) FRANK ZARB — "Energy Problems of The United States and International Politics"; en Heraldo Muñoz (ed.); *Desarrollo Energético en América Latina y la economía mundial*; Editorial Universitaria, Santiago, 1979, p. 117.
- (11) *Ibid.*, p. 6.

En el caso de los países en desarrollo y, en especial, de aquellos más avanzados en sus procesos de industrialización que tienen en razón de su crecimiento las mayores tasas de aumento en sus necesidades energéticas, se ha constatado también la imperiosa exigencia de contar con fuentes energéticas estables, y la posibilidad de considerar con seriedad la viabilidad del aporte de la energía nuclear para los requerimientos de su desarrollo económico.

Por otra parte, la energía nuclear constituye para algunos países una posibilidad de contar con la ansiada independencia energética, a través del desarrollo en sus territorios de todas y cada una de las etapas del ciclo nuclear.

Asimismo, no se puede dejar de lado el hecho de que el desarrollo de la energía nuclear lleva implícito un acceso a conocimientos científicos y tecnológicos que tienen una connotación de prestigio en el sistema internacional.

No obstante, en especial para los países en desarrollo existen un conjunto de obstáculos que dificultan la implementación de programas nucleoelectricos. Especial incidencia tienen los controles y restricciones que los países proveedores de tecnología y equipos imponen unilateralmente a los países compradores. Aun cuando para ello se esgrimen criterios de control de la proliferación, muchas veces es posible detectar consideraciones a intereses comerciales, o elementos de presión política, que lesionan conceptos arraigados tales como la soberanía e igualdad de los Estados ⁽¹²⁾.

Ello ha conducido a que muchos proyectos nucleoelectricos persigan la autonomía del ciclo nuclear, en desmedro de esquemas de cooperación regional o internacional más eficientes desde el punto de vista económico y más acordes con los objetivos de no proliferación de las armas nucleares ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

El uso militar de la energía nuclear

La aparición dramática en el escenario internacional de la energía nuclear, marcada por la utilización de bombas atómicas por parte de los Estados Unidos, contra las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, configuró

(12) Al respecto ver: Legislación canadiense de transferencia nuclear, elaborada con posterioridad a la explosión nuclear de la India en 1974, la Ley Nuclear de los Estados Unidos, de 10 de marzo de 1978. Como también las guías para la Transferencia de Tecnología Nuclear elaboradas por los exportadores en el Club de Londres.

(13) JOHN R. REDICK — "Conference on Energy and Nuclear Security in Latin America", en Francisco Orrego y Pilar Armanet (eds.) *Política Nuclear*; Editorial Universitaria, Santiago, 1978, pp. 224 y ss.

(14) Tanto el plan nuclear argentino como el Plan Nuclear Brasileiro contemplan todas las etapas del ciclo, destinada a obtener la plena autosuficiencia y autonomía en el manejo de su programa atómico. Comisión Nacional de Energía Atómica *La Comisión Nationale d'Énergie Atomique et l'Utilization Pacifique de l'Atome dans la République Argentine*. Folleto de la CNEA, Buenos Aires, 1978. CASTRO MADERO CARLOS, Argentina, "Situación Nuclear Actual" en *Revista Estrategia*, n.º 51, marzo-abril 1978, Buenos Aires. NORMAN GALL, "Energía Atómica para Brasil, peligro para todos" en *Revista Estrategia*, n.º 42, septiembre-octubre 1976. "O Programa nuclear brasileiro"; República Federativa do Brasil, Brasília, mars, 1977; resumen en *Notes et Études Documentaires*, n.º 4391-2-3, Problèmes d'Amérique Latine XLIV, Brésil, La Documentation Française, 17 junio 1977.

un esquema de desigualdad en la potencialidad militar de los Estados, originada en el inmenso poder destructivo de las armas nucleares.

Ello permitió a Norteamérica, durante el período de su monopolio nuclear, la posibilidad de influir sin contrapesos en los destinos de la comunidad internacional.

La inesperada detonación de un artefacto nuclear soviético en 1949 puso fin al monopolio americano, e inició la desenfrenada carrera armamentista que mantienen hasta la fecha las dos superpotencias ⁽¹⁵⁾.

El ingreso posterior al Club Nuclear de Inglaterra, Francia y China, configuró un esquema de poder militar atómico que, a niveles crecientes de potencial destructivo, ha permanecido por largo tiempo inalterado. Esto es, la existencia de dos superpotencias nucleares capaces de destruir varias veces el mundo, y potencias nucleares intermedias dotadas de algún grado de independencia en el manejo de sus relaciones estratégicas internacionales.

Es un hecho real que las armas atómicas no constituyen de ningún modo garantía de seguridad, sino que acrecientan el riesgo, precisamente para aquellos Estados que las poseen de verse envueltos en conflictos nucleares con irreparables consecuencias.

Es por ello que la explosión nuclear realizada por la India en 1974 vino a agregar a los temores ya existentes la amenaza de una difusión de las armas atómicas en distintos lugares del mundo con consecuencias difíciles de preveer.

La India, un país en desarrollo, receptor de tecnología, había desatado, con su ensayo nuclear, el clamor de los países nucleares y de los países exportadores, que elaboraron un código moral destinado a evitar los riesgos de proliferación horizontal, ideando un conjunto de mecanismos, controles, y presiones políticas destinadas a evitar que el ejemplo de la India pudiera seducir a otros Estados ⁽¹⁶⁾.

En este contexto surgieron las políticas unilaterales de controles a la transferencia de tecnología y equipos más sensibles por su mayor capacidad para ser desviados del ciclo nuclear pacífico; el endurecimiento en la interpretación de las disposiciones del Tratado de No Proliferación (TNP) y en la ampliación de las salvaguardias por parte del Organismo Internacional de Energía Atómica.

(15) L'effet de surprise provoqué par cet événement donna la preuve de l'efficacité du secret soviétique. Deux erreurs de jugement avaient été commises par les dirigeants américains: d'une part, ils avaient sousestimé le potentiel industriel russe dans un domaine assuré de la plus haute priorité, et d'autre part, ils avaient surestimé l'efficacité du secret atomique qu'ils avaient voulu faire respecter". BERTRAND GOLDSCHMIDT, *Le Complexe Atomique*, op. cit., p. 102.

(16) Declaraciones de Indira Gandhi a *News Week* luego de la explosión del dispositivo atómico en el Nordeste de la India: "Hemos declarado claramente y quisiera repetir mis seguridades a todo el mundo, en especial a nuestros vecinos, que no deben abrigar ningún temor, y que tenemos la intención de continuar usando esta energía nuclear, como nuestros anteriores conocimientos atómicos, para propósitos pacíficos". Reproducida en *Boletín de la Embajada de la India*. Santiago de Chile, vol. X; 1974, n.º 9.

Sin embargo, las reuniones de evaluación del ciclo nuclear, convocadas por Estados Unidos desde 1978 a 1980 y conocidas por su sigla en inglés INFCE, demostraron a los exportadores que no existían mecanismos técnicos capaces de asegurar por sí solos que los materiales e instalaciones nucleares no fueran desviados de sus objetivos pacíficos para la fabricación de armas nucleares ⁽¹⁷⁾.

En consecuencia, una política realista y eficiente de control de la proliferación horizontal debería necesariamente fundamentarse en la cooperación y confianza entre Estados proveedores y compradores sobre la base de acuerdos negociados en conjunto y para beneficio mutuo ⁽¹⁸⁾.

Por otra parte, los intentos de coordinar a todos los proveedores, reunidos al inicio en forma secreta y más tarde públicamente en el Club de Londres no pudieron sobrepasar a los intereses nacionales de cada uno de los países integrantes, y las presiones en el interior de ellos para paliar los inmensos gastos en que se había incurrido para desarrollar la industria nuclear y que esperaban recuperar a través de la venta y traspaso de conocimientos, materiales y equipos.

América Latina se encuentra inserta en todo este debate: Argentina y Brasil ya están empleados en programas nucleares sustantivos que buscan la autonomía e independencia de sus ciclos nucleares. Chile, Perú, Venezuela, Uruguay, entre otros países de la región, desean mantener abierta su opción de poder tener acceso a la Energía Nuclear cuando sus requerimientos energéticos así lo hagan aconsejable.

Asimismo, aquellos países que observan la energía nuclear como una alternativa actual: como México, y Argentina y Brasil más concretamente, han sido objeto de fuertes presiones internacionales, restricciones a las transferencias, y condenación de segundas intenciones belicistas en diversas oportunidades.

(17) INFCE was launched at an Organising Conference in Washington in October as a result of US initiative. It arose out of concern about the possible effects of an expanding world nuclear industry on prospects for the spread of nuclear weapons. "International fuel cycle Evaluation" en Australian Foreign Affairs Record, Department of Foreign Affairs, march 1980, p. 51. En el comunicado amado de la Conferencia Plenaria realizada en Viena entre el 25 y 27 de febrero de 1980, los participantes reconocen el éxito de la Evaluación en el logro de los objetivos previstos, esto es: la identificación de los medios y canales de acción para asegurar el abastecimiento de combustible, minimizando a mismo tiempo los riesgos de proliferación de armas nucleares. Los países participantes señalaron que, para que estos mecanismos puedan ser realmente eficaces, debe fortalecerse la cooperación internacional, e implementarse medidas de carácter técnico, legales e institucionales que salvaguarden el desarrollo nuclear. Otra conclusión importante de INFCE señalada en el comunicado final es el convencimiento de que la energía nuclear incrementará su importancia en la satisfacción de las necesidades energéticas mundiales y que la OIEA deberá jugar un papel fundamental en la profundización del estudio y difusión de los mecanismos de control (ibid.).

(18) Una opinión interesante en apoyo de esta afirmación es señalada en las conclusiones sobre medidas de los Estados Unidos y otras naciones en el Informe del Grupo de Trabajo sobre Política de Combustibles Nucleares, del Consejo Atlántico de los Estados Unidos; en "La Energía Nuclear y la Proliferación de Armas Nucleares", op. cit., p. 168. "A los efectos de elaborar una estrategia antiproliferante para la década de los 80, es útil reconocer que la no proliferación no depende del control de los Estados Unidos ni del control de ninguna otra nación. Una estrategia eficaz de no proliferación exige una cooperación inusitada de la actual comunidad mundial, que es interdependiente. Si los Estados Unidos vencen la tentación de emprender acciones unilaterales, su influencia en lo relativo a la proliferación puede ser enorme. Sin embargo, para que esa influencia resulte efectiva es menester disipar las sospechas de proveedores y compradores de que la nueva preocupación que manifiestan los Estados Unidos por la no proliferación se debe sólo a su propio interés económico y aclarar que se debe al más importante problema de la seguridad mundial."

Es en el contexto de la búsqueda de un control eficiente, no discriminatorio, y que fomente la confianza regional e internacional, es que el Tratado de Tlatelolco constituye un real aporte de América Latina al Derecho Internacional de la paz.

El Tratado de Tlatelolco

El Tratado de Tlatelolco fue abierto a la firma el 14 de febrero de 1967, culminando así un largo proceso de elaboración que se iniciara en 1963 con la Declaración Conjunta sobre Desnuclearización de América Latina de los Presidentes de Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador y México del 29 de abril de 1963, en la que anunciaban que sus gobiernos estaban dispuestos a firmar un acuerdo multilateral y asumir el compromiso de no fabricar, almacenar, ni ensayar armas nucleares o artefactos para el lanzamiento de armas atómicas ⁽¹⁹⁾.

Las dificultades que necesariamente debía enfrentar la elaboración de un instrumento jurídico multilateral destinado a establecer en América Latina una zona libre de armas nucleares, fueron superadas con creces por la existencia de elementos que contribuían a fomentar el progreso de tan importante iniciativa, entre ellos, el Secretario General de la Organización para la Proscripción de las armas nucleares en América Latina, Dr. Héctor Gross Espiell, señalaba: la existencia de una tradición jurídica y política común, la inexistencia real de armas nucleares en la región, y el espíritu de cooperación latinoamericano, entre otros ⁽²⁰⁾.

Las Zonas de Armas Nucleares, una contribución al desarme

El Tratado de Tlatelolco constituye el único ejemplo actual de una zona libre de armas nucleares en una región habitada del planeta. Aun cuando desde la década de los 50 se venía planteando a nivel internacional la idea de establecer zonas desnuclearizadas, ello sólo ha podido materializarse en regiones deshabitadas o espacios geográficos especiales, en instrumentos jurídicos, tales como el Tratado Antártico de 1959, el Tratado sobre la Exploración y el uso del espacio ultraterrestre incluida la luna y otros cuerpos celestes de 1967 y el Tratado sobre la prohibición de situar armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo de 1970.

A pesar de los esfuerzos que se han realizado por ampliar a otros territorios habitados el estatuto de zona desnuclearizada, tales como Europa Central, los Balcanes, el Adriático, el Mediterráneo, África, Europa Septentrional, el Oriente Medio, Asia Meridional, el Océano Índico y el Pacífico Sur, no resulta realista señalar para estas iniciativas posibilidades de consolidarse al menos en el corto plazo ⁽²¹⁾.

(19) Declaración Conjunta del 29 de abril de 1963 sobre Desnuclearización de América Latina, Documento ONU a/5415/Rev. 1, 14 de noviembre de 1963.

(20) HÉCTOR GROSS ESPIELL — En torno al Tratado de Tlatelolco y la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina — OPANAL, México, 1973, p. 24.

(21) HÉCTOR GROSS ESPIELL — La Importancia de las Zonas Libres de Armas Nucleares, Conferencia sobre No Proliferación y Salvaguardias. The American Nuclear Society, México, 7 al 10 de septiembre de 1980, p. 2.

No obstante ello, la importancia de las zonas libres de armas nucleares ha sido señalada en numerosas resoluciones de Naciones Unidas. La Resolución 3.472 B de la 30ª sesión de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1975 establece que "las zonas libres de armas nucleares constituyen uno de los medios más eficientes para prevenir la proliferación tanto horizontal como vertical de las armas nucleares y para contribuir a la eliminación del peligro de un holocausto nuclear" (22).

Asimismo el 30 de junio de 1978 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba por consenso un Programa de Acción en la sesión especial dedicada al desarme en el que se reafirmó el significado de las zonas libres de armas nucleares como una medida importante para el desarme y proclamó que el proceso de establecimiento de estas zonas en diferentes partes del mundo seguramente favorecería el objetivo final de alcanzar un mundo totalmente libre de armas nucleares (23).

El peso e importancia que la comunidad internacional ha reconocido a la zona desnuclearizada de América Latina se ha manifestado desde el mismo momento en que fuera presentado a la Asamblea General. En su Resolución 2.286 (XXII), de 5 de diciembre de 1967, señaló que dicha iniciativa constituía un evento de significación histórica en el intento de prevenir la proliferación de las armas nucleares y promover la paz y la seguridad internacional, lo que fue enfatizado por comentarios favorables de no menos de 45 Estados en el debate de la Asamblea General dedicada al Desarme (24).

La concepción de una zona desnuclearizada en América Latina constituye el reflejo del consenso existente en la región acerca de la ineficiencia de las armas nucleares en el sentido de que éstas no contribuirían de ningún modo a aumentar la seguridad de los Estados, y muy por el contrario aumentarían considerablemente el riesgo de ser escenario de las confrontaciones de las grandes potencias. A ello se agrega la conciencia de que un proceso de armamentismo nuclear contribuiría a desviar los escasos recursos existentes para el desarrollo económico y social de los pueblos a la fabricación de armas nucleares.

El Tratado de Tlatelolco, sus principales características

1 — El Tratado en estudio consta de tres instrumentos fundamentales: un cuerpo principal y dos Protocolos Adicionales.

- a) El cuerpo principal se encuentra permanentemente abierto a la firma de:

"a) Todas las Repúblicas latinoamericanas, y

(22) ALFONSO GARCÍA ROBLES — *The Latin American Nuclear-Weapon-Free Zone*; Occasional Paper n.º 19, The Stanley Foundation, USA, 1979, pp. 20 y 21.

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.*

b) los demás Estados soberanos del hemisferio occidental situados totalmente al sur del paralelo 35° latitud norte, y, salvo lo dispuesto en párrafo 2 de este artículo, los que vengan a serlo cuando sean admitidos por la Conferencia General.

c) La Conferencia General no adoptará decisión alguna con respecto a la admisión de una entidad política cuyo territorio esté sujeto total o parcialmente y con anterioridad a la fecha de la apertura a firma del presente Tratado, a litigio o reclamación entre un país extracontinental y uno o más Estados latinoamericanos, mientras no se haya puesto fin a la controversia mediante procedimientos pacíficos" (artículo 25).

b) Dos Protocolos Adicionales: Dirigido el Primero (I) a asegurar el Estatuto desnuclearizado de los territorios que en la región latinoamericana están *de jure o facto bajo el control de potencias extracontinentales* y el segundo (II) a garantizar por parte de las potencias nucleares el estatuto desnuclearizado de América Latina.

2 — El Tratado de Tlatelolco establece un sistema *sui generis* de entrada en vigencia consagrado en su artículo 28, en virtud del cual el Tratado será plenamente aplicable al Estado que lo haya ratificado una vez que se cumplan todos los requisitos que en ese mismo artículo se señalan; esto es: a) que todos los Estados de la región existentes al momento en que el tratado fue abierto a la firma hayan depositado su instrumento de ratificación; b) que tanto el Protocolo I como el Protocolo II hayan sido ratificados por todos los Estados a los cuales sean aplicables, y por último c) que se hayan suscrito los acuerdos de salvaguardias con el Organismo Internacional de Energía Atómica, previstos en el Tratado (25).

No obstante, en el párrafo 1º del artículo 28 se establece expresamente la facultad imprescriptible de los Estados de ratificarlo con dispensas de alguno o todos los requisitos antes señalados.

Ello implica que el Tratado de Tlatelolco no ha recogido la fórmula tradicional que distingue la apertura a la firma por un período determinado, de la adhesión de los Estados que con posterioridad quieram incorporarse. En consecuencia la ratificación y el depósito del instrumento de ratificación no determinan por sí mismos el consentimiento de obligarse.

(25) "El Artículo 28 del Tratado establece para su entrada en vigencia un régimen *sui generis*, en el que el consentimiento de los Estados en obligarse ha sido convenido en una forma especial, como prevé la parte final del artículo 11 de la Convención de Viena, sobre derecho de los tratados, distinta a las tradicionales, es decir, la firma, la ratificación, el canje de los Instrumentos, la captación, la aprobación o la adhesión". HÉCTOR GROSS ESPIELL — *En torno al Tratado de Tlatelolco...*, op. cit., p. 27.

En efecto, el consentimiento y la plena exigibilidad de los compromisos previstos en el Tratado se produce ya sea por el cumplimiento de todos los requisitos previstos en el artículo 28 antes señalados, o por la presentación del Estado signatario y ratificante de una declaración expresa en el instrumento de ratificación, o con posterioridad, de la dispensa de todos o parte de los requisitos establecidos en ese mismo artículo.

Por lo tanto ello supone la posibilidad de que existan cuatro categorías de Estados con referencia a la posición en que se encuentran frente al Tratado de Tlatelolco: a) países no signatarios, b) países signatarios, c) países ratificantes, y d) países ratificantes con dispensa de todos o algunos de los requisitos de plena vigencia establecidos en el artículo 28 (26).

Este análisis nos permite verificar el Estado de vigencia espacial del Tratado de Tlatelolco y su importancia y reconocimiento a nivel internacional. A la fecha el Tratado ya ha sido firmado por todos los Estados independientes existentes en la zona con la excepción de Cuba y Guyana.

“Cuba ha condicionado su firma y ratificación al cumplimiento de tres condiciones: término de la presencia norteamericana en Guantánamo, término de la política agresiva de los Estados Unidos y desnuclearización real del hemisferio” (27).

Con relación a Guyana, se trata de un caso contemplado en el artículo 28, párrafo 2º, ya que sus territorios se encuentran sometidos con anterioridad al año 1967 a litigio o reclamación. No obstante ello, en reiteradas oportunidades Guyana ha manifestado su interés por incorporarse al sistema de Tlatelolco, y se han estado realizando permanentes negociaciones en este sentido. Sin embargo, existe en América Latina la opinión generalizada de que el conflicto de Guyana debe resolverse con el acuerdo y voluntad unánime de los Estados de la región (28) (28).

(26) *Ibid.*, p. 28.

(27) RODRIGO DÍAZ ALBÓNICO — “El sistema de seguridad Interamericana y sus nuevos desarrollos a través del Tratado de Tlatelolco”, en *Estudios Internacionales*, n.º 51, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, año XIII, Santiago, julio-septiembre de 1980, p. 359. Sobre el particular este autor agrega: “No nos referiremos a las dos primeras condiciones, pues ellas son esencialmente temporales e inciden en la débil recomendación del informe Linowitz, tendiente a reabrir en forma gradual y recíproca el proceso de normalización de relaciones entre Estados Unidos y Cuba. Es decir, ellas forman parte del contencioso aún pendiente y sujeto a negociaciones. La tercera condición impuesta por Cuba debe, a nuestro juicio, ser precisada, pues ella es equívoca. En efecto, tal condición podría tener dos significados: el primero, Cuba al momento de expresarla lo hacía ante la negativa de los Estados Unidos de firmar el Protocolo Adicional I, actitud que le permitía “nuclearizar las Islas Virgenes, Puerto Rico, Guantánamo y la Zona del Canal; el segundo significado es que Cuba cree en un desarme nuclear generalizado, vertical y horizontal, de ahí su negativa a formar parte del TNP. Cuba veía el Tratado de Tlatelolco como un TNP regional imponiendo obligaciones sólo a los Estados no nucleares y dejando libre la carrera armamentista nuclear” (p.359).

(28) Naciones Unidas — *Las Naciones Unidas y el Desarme, 1970-1976*, Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 99.

(29) RODRIGO DÍAZ ALBÓNICO — “El sistema de seguridad Interamericano...” en *Estudios Internacionales*, op. cit., p. 360.

Este sistema *sui generis* de entrada en vigencia otorga al Tratado de Tlatelolco una de sus cualidades más importantes, ya que permite que sea posible se reflejen los distintos grados de compromiso de los países de la región con el estatuto desnuclearizado, siendo posible que aquellos países que comparten plenamente sus postulados puedan, por la manifestación de su voluntad, dotarlo de plena vigencia en sus territorios.

Asimismo, permite una gama importante de posibilidades de negociación para aquellos Estados que encuentran dificultades temporales para obligarse plenamente. Un ejemplo interesante es el de Brasil, que habiendo firmado el Tratado de Tlatelolco en enero de 1968, y ratificado sin dispensas luego de su importante acuerdo con Alemania Federal para la adquisición de tecnología e instalaciones nucleares, manifestó que su plan nuclear es exclusivamente pacífico, y señaló expresamente que está obligado por las normas del Derecho Internacional y especialmente por el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a no realizar ningún acto que pueda frustrar los objetivos del Tratado de Tlatelolco ⁽³⁰⁾.

El Protocolo I aplicable a aquellos Estados extracontinentales que de *jure* o de *facto* tienen control sobre territorios situados dentro del ámbito espacial de vigencia del Tratado, establecido en su artículo 4º, fue suscrito y ratificado por Gran Bretaña y los Países Bajos.

Estados Unidos, habiéndolo firmado el 26 de mayo de 1977, culminó su proceso de ratificación con la aprobación unánime del Senado el 13 de noviembre de 1981, y la entrega de su instrumento de ratificación en una ceremonia formal realizada en México el 23 de noviembre de 1981 y en la que participaron el Secretario de Estado de Estados Unidos, Alexander Haig, y el Secretario de Relaciones Exteriores de México, Jorge Castañeda.

En consecuencia, para la plena vigencia del Protocolo I sólo falta la ratificación de Francia, ya que fue suscrito por el Presidente Valery Giscard d'Estaing con ocasión de su visita a México en marzo de 1979.

El Protocolo II destinado a las potencias nucleares ha sido suscrito y ratificado por los cinco Estados del Club Nuclear, esto es China, Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética. En consecuencia, todos estos Estados se han comprometido a no usar ni amenazar con el uso de armas atómicas a los países que integran la zona desnuclearizada de América Latina.

3 — En relación a las obligaciones que se establecen en el Tratado, ellas son de carácter amplio, ya que se conforma un régimen de total proscripción de las armas nucleares en el ámbito espacial de vigencia comprometiéndose las partes a no fabricarlas, almacenarlas, ensayarlas ni

(30) HÉCTOR GROSS ESPIELL — *El Tratado de Tlatelolco, Diez Años de Aplicación 1967-1977, Organismo para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina*, México, 1978, p. 103.

usarlas, ya sea directamente o a través de terceros. Obligación que también asumen los países nucleares y potencias extracontinentales a los cuales son aplicables los Protocolos I y II anexos al Tratado (arts. 1º y 5º).

4 — Una de las críticas fundamentales que se han esgrimido contra los esfuerzos internacionales por controlar la proliferación de las armas nucleares y en especial al Tratado de no Proliferación Nuclear, ha sido su carácter abiertamente discriminatorio. Los países nucleares se esgrimen en defensores de la paz y la seguridad internacional y para los países que sólo quieren utilizar la energía nuclear con fines pacíficos; para ello, elaboran normas y mecanismos de control y realizan acuerdos entre sí para condicionar la venta de tecnología, lesionando con ello la soberanía y autodeterminación de los países en desarrollo que no están dispuestos a legitimar instrumentos que consideran lesivos a sus intereses.

En este aspecto el Tratado de Tlatelolco constituye una importante excepción, al establecer obligaciones y derechos equilibrados para las potencias nucleares y los países no nucleares, y favorecer abierta y expresamente el desarrollo de la energía nuclear con fines pacíficos, estimulando con este objeto toda forma de cooperación horizontal de los países de la región.

El Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares de América Latina — OPANAL

Hemos querido destacar la importancia del Tratado de Tlatelolco y del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares, ya que sin duda constituyen una importante contribución de América Latina al Derecho Internacional contemporáneo y un esfuerzo importante de la región en la búsqueda de la paz y la seguridad internacional, sin menoscabo de sus legítimos intereses en utilizar todos los elementos que puedan contribuir al desarrollo y bienestar de sus pueblos, sin limitaciones impuestas por potencias foráneas.

El OPANAL es un Organismo Regional destinado a verificar el cumplimiento de las obligaciones del Tratado, dedicado a buscar permanentemente la ampliación de su espacio territorial de vigencia a través de su constante negociación, y en especial, a través de las gestiones del Secretario General con personeros al más alto nivel tanto de los países de América Latina, como de los Estados a los cuales los Protocolos Adicionales I y II les son aplicables ⁽³¹⁾.

El OPANAL consta de una Conferencia General constituida por todas las partes contratantes, el consejo formado por cinco Estados elegidos por la Conferencia General, y que se renueva parcialmente cada dos años,

(31) HÉCTOR GROSS ESPIELL — "Experiencia, problemas y perspectivas del Tratado de Tlatelolco", en Francisco Orrego y Pilar Armanet, *Política Nuclear*, op. cit., pp. 254 y ss.

y cuya competencia esencial es verificar el cumplimiento del sistema de control instituido en el Tratado.

Uno de los elementos fundamentales que caracterizan a los tratados que pretenden evitar la proliferación nuclear es el sistema de control de los materiales e instalaciones nucleares con el objeto de verificar su utilización con fines pacíficos y paralelamente asegurar a todos los Estados Partes, y a la comunidad internacional, la existencia de un efectivo y total respeto de las obligaciones contraídas y en consecuencia la vigencia del estatuto de zona nuclearizada.

Para este efecto el OPANAL mantiene estrecha colaboración con el OIEA, órgano especializado de Naciones Unidas que tiene como función primordial verificar el cumplimiento de los Acuerdos de Salvaguardias.

Por otra parte el OPANAL, en la búsqueda de fomentar el uso práctico de la energía nuclear, mantiene relaciones formales e informales con organismos tales como la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), La Comisión Interamericana de Energía Nuclear (CIEN), organismo de carácter técnico de la OEA; el SELA y otros ⁽³²⁾.

Perspectiva de la Zona Desnuclearizada de América Latina

Hemos repasado con algún detalle elementos destacados del Tratado de Tlatelolco, y sin embargo aún quedamos con la sensación de que existen importantes factores que hemos dejado de lado.

Ello se debe especialmente a que Tlatelolco más que un tratado es un sistema, que refleja la tremenda complejidad de regular la utilización de la energía nuclear. Por su carácter esencialmente dual, de servir por una parte como fuente de energía y por otra parte su enorme potencialidad bélica, exigen en su tratamiento la consideración de variables políticas estratégicas y económicas, que necesariamente deben reflejarse en los instrumentos jurídicos que con este fin se elaboran y que pretenden constituirse en controles eficientes de la proliferación nuclear.

No quisiéramos dejar de mencionar el valor innegable de la energía nuclear como fuente energética alternativa; particularmente en un momento histórico en que se percibe una creciente angustia provocada por la escasez de recursos energéticos, que resultan esenciales para el desarrollo económico de los pueblos.

No es posible desconocer que las dificultades existentes en el escenario político internacional favorecen la conveniencia de contar con la

(32) HÉCTOR GROSS ESPIELL — "Los Acuerdos de cooperación del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares de América Latina (OPANAL) con el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) y la Organización latino-americana de energía (OLADE)", en *Revista de Estudios Internacionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, vol. 1, n.º 4, octubre-diciembre 1980, pp. 973 y ss.

máxima autonomía e independencia en el control de las fuentes energéticas, especialmente en el caso de aquellos países que no cuentan con recursos propios que les permitan una relativa seguridad en el abastecimiento.

Es por ello que los controles unilateralmente impuestos por los proveedores de tecnología y los tratados que por su carácter discriminatorio establecen obligaciones sólo para los países que carecen de armas nucleares no han recibido apoyo de muchos países en desarrollo que desean mantener abierta su opción a la energía nuclear cuando sus requerimientos económicos la hagan aconsejable para la eficiente satisfacción de sus necesidades de energía.

El Tratado de Tlatelolco, teniendo en consideración estas legítimas aspiraciones, constituye un elemento importante para el mantenimiento de la seguridad hemisférica. Sin embargo, no es menos cierto que el compromiso señalado en sus postulados debe ser reafirmado permanentemente a través de la contribución de los países de América Latina a fortalecer la confianza en la validez y vigencia de la zona desnuclearizada.

En este sentido es necesario un esfuerzo permanente por difundir los postulados del Tratado de Tlatelolco que constituye sin duda una garantía para mantener a América Latina alejada de una carrera armamentista con armas nucleares o de convertirse en escenario de confrontaciones de las potencias que las poseen.

Ello es particularmente difícil cuando se considera que las armas nucleares y aún la existencia de programas atómicos pacíficos avanzados conllevan una connotación de prestigio internacional, en un mundo que aún no logra construir un ordenamiento que asegure la paz entre los pueblos.

Por ello el compromiso tradicional de los países de América Latina con la paz, el respeto a los tratados, a la soberanía y la no intervención, debe ser fortalecido.

Es interesante destacar que la corriente de opinión pública mundial evoluciona hacia el rechazo de las armas nucleares, y que sin duda es también el deseo de todos los pueblos de América Latina, que sienten un legítimo orgullo por vivir en la única zona habitada libre de armas nucleares existentes en el planeta.

Ello debe prevalecer a cualquier objetivo político de corto plazo, ya que existen valores tales como la paz, la seguridad y el desarrollo que no pueden ser transados ni negociados.

El riesgo que implica alterar esta confianza de los pueblos de América Latina no puede ser sacrificado sin grave perjuicio para el futuro de nuestra región.

Reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras

JOSÉ GUILHERME VILLELA
Advogado

I — Importância prática do tema

Na ordem interna, os demandantes, mesmo quando comerciantes, raramente se valem do compromisso e do júízo arbitral (Código Civil, arts. 1.037 a 1.048, e Código de Processo Civil, arts. 1.072 a 1.102).

2. Nas relações internacionais, uma pesquisa nos repertórios de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — que é o competente para a homologação das sentenças estrangeiras (Constituição Federal, art. 119, I, g) — revela que o quadro anterior a 1978 não era diferente, porquanto só foram julgados quatro processos versando decisões arbitrais estrangeiras, um dos quais, aliás, um **exequatur** para a citação de pessoa domiciliada em nosso País, onde houve mera referência a um laudo arbitral.

3. No entanto, depois de 1978, a situação vem sofrendo uma sensível alteração, com o aumento considerável da freqüência de tais processos nas pautas da Corte. Daí por diante, o Presidente do Tribunal — a quem uma norma infeliz da reforma de 1977 atribuiu, em caráter singular, o julgamento originário das sentenças estrangeiras — ou o próprio Plenário, em grau de agravo regimental, já tiveram ocasião de examinar a matéria pelo menos onze vezes, existindo ainda pendentes pelo menos três casos, cuja decisão presidencial provavelmente deva suscitar outros três julgamentos plenários.

4. O acréscimo no movimento dos processos vindos ao STF está a evidenciar que, por força da conveniência do comércio internacional ou da intensificação de nossas relações nesse campo, os comerciantes brasileiros têm sido convocados, cada vez mais, a responder em tribunais arbitrais estrangeiros, o que é bastante para assinalar a oportunidade dos estudos sobre arbitragem.

II — Posição do nosso STF

5. Procurarei valer-me de minha militância profissional na Suprema Corte para dizer algumas palavras sobre a acolhida que ela vem dando às sentenças arbitrais estrangeiras, que as partes lhe submetem para a homologação indispensável à sua execução no Brasil.

6. Devo registrar que a jurisdição arbitral estrangeira vem tendo **ampla** aceitação, sendo mesmo muito raros os óbices colocados à eficácia de tais decisões em nome da ordem pública ou da soberania nacional. Nos quinze casos que compulsei, pude constatar que os laudos arbitrais estrangeiros, pelo menos em tese, foram aceitos nas quinze vezes, embora, **in concreto**, só três vezes tenha sido deferida a homologação pleiteada.

7. A meu juízo, essa pequena margem de decisões homologadas não impede se considere amplo o reconhecimento dos laudos estrangeiros, porque as recusas de homologação resultaram sempre de fatores extrínsecos à jurisdição arbitral.

8. De fato, quatro deles não mereceram deferimento, porque os laudos não haviam sido homologados por qualquer autoridade judiciária estrangeira, isto é, não constituíam sentenças a serem submetidas ao crivo do Supremo. Nas demais recusas, em número de oito, o que impediu a homologação foi a falta de citação do interessado ou a ineficácia da citação realizada no Brasil, segundo inadequadas normas da legislação estrangeira.

9. Esses obstáculos — ausência de homologação judicial estrangeira do laudo e falta ou ineficácia da citação — não revelam desprezo às decisões arbitrais ou rejeição delas, mas simples verificação de formalidades extrínsecas, cujo exame é próprio do sistema de deliberação que nosso direito observa para reconhecer a eficácia de quaisquer sentenças estrangeiras.

10. Daí, insistir na objeção de que, no Brasil, é amplo o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras.

III — Homologação judicial estrangeira

11. Na matéria ora abordada, a mais antiga diretriz da jurisprudência é a de exigir que o laudo estrangeiro tenha sido submetido à homologação da autoridade judiciária estrangeira (SEs. 1.982, 2.006, 2.389 e 2.486), embora, pelo menos num desses julgados, o Ministro Thompson Flores, relator, haja chegado a declarar que admitiria a dispensa da homologação judicial no país de origem, se o exequente houvesse comprovado que o direito local dispensava aquela homologação (SE 1.982).

12. Por mais sedutora que se afigure a doutrina que confere natureza judiciária à sentença arbitral, a exigência não pode ser considerada desarrazoada num país cuja Constituição não permite excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 153, § 4º) e no qual os próprios laudos arbitrais aqui produzidos se sujeitam à chancela dos Juízes estatais (Código Civil, art. 1.045 e, ainda com maior amplitude, Código de Processo Civil de 39, art. 1.041, e de 73, art. 1.097).

13. Portanto, essa exigência de homologação judicial, que tem apoio na doutrina e em tradição que remonta à vetusta legislação do Império, é de todo aceitável, porque seria evidente demasia que um laudo estran-

geiro pudesse valer mais do que um laudo arbitral brasileiro. De resto, essa restrição da jurisprudência tradicional só poderia impedir a homologação de laudo estrangeiro, quando no país de origem ele não pudesse ser submetido à homologação da jurisdição estatal. Por maior que seja o propósito ou o dever do Brasil de colaborar com a normalidade do comércio internacional, não seria natural que a norma brasileira de direito internacional privado nos obrigasse a dar a laudos estrangeiros não homologados eficácia maior do que a atribuída aqui aos nossos próprios laudos arbitrais, que só produzem efeito de sentença judiciária depois de homologados pela jurisdição estatal (Código de Processo Civil, art. 1.097).

IV — Formalidades da citação

14. Outro obstáculo comumente oposto pelo Supremo Tribunal ao reconhecimento dos laudos tem sido a falta, ineficácia ou deficiência da citação estrangeira.

15. Também aqui a exigência é natural, porque a questão da citação é daquelas normalmente examinadas no juízo de deliberação (Regimento do STF, art. 217, II), valendo ressaltar que, na matéria versada, a citação se fez necessária tanto no processo arbitral quanto no juízo estrangeiro da homologação.

16. Em algumas sentenças arbitrais inglesas e americanas tem sido discutida a eficácia da citação pelo sistema anglo-saxônico do *affidavit*, em que a citação é promovida por via postal pela própria parte ou por seus advogados, e não por autoridade ou funcionário público. Não obstante aceitar o princípio de que a citação se deva reger pela *lex fori*, o Supremo Tribunal vem exigindo que a citação para o processo homologatório estrangeiro se faça mediante carta rogatória, a ser cumprida aqui de acordo com as formalidades do direito brasileiro (SEs. 2.424, 2.476, 2.671 e 2.736).

17. Ficou bem esclarecida em voto do Ministro Moreira Alves, acompanhado por diversos Ministros do Supremo Tribunal, a razão de ser da necessidade de conformar-se a citação às nossas leis, por se tratar de ato processual que se cumpre no Brasil e não no estrangeiro. Eis a passagem adequada do referido voto:

“Sr. Presidente, faço uma distinção.

Entendo que, se a citação se executa em território estrangeiro, quando da homologação da sentença, só pode ser atacada se porventura for de tal forma aberrante das nossas normas jurídicas que seja capaz de ofender a ordem pública brasileira. É, aliás, o exemplo do Professor Haroldo Valladão com referência à revelia.

No caso, porém, a citação não ocorreu na Inglaterra; ela se fez no Brasil. Ora, nos casos em que a citação se faz dentro do território nacional, é indispensável, a meu ver, para que ela exista,

que se faça mediante carta rogatória, pois se trata de ato processual. E isso não se verificou.

A sentença em causa não preenche, portanto, o requisito da letra **b** do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil" (SE 2.476 — Ag. Rg. in **RTJ** 95/33).

18. O risco da ausência ou ineficácia da citação, com eventuais e, por vezes, irremediáveis reflexos no direito de defesa perante o juízo arbitral ou estatal estrangeiro, recomenda a cautela adotada, tanto mais que esse ato processual deve ser realizado no Brasil, para alcançar uma pessoa aqui domiciliada.

19. Conquanto tenha sido esse o motivo que mais impediu a homologação das decisões arbitrais estrangeiras, sua adoção pelo STF está longe de significar uma restrição aos laudos arbitrais, mas sim à conduta processual daqueles que deles pretendem valer-se no Brasil, a qual freqüentemente descumpre o elementar dever de lealdade.

V — Fundamentação do julgado

20. Numa sentença estrangeira oriunda da jurisdição estatal, assentou o Supremo Tribunal que não é homologável sentença estrangeira desmotivada (SE 2.521).

21. Considerando que determinado laudo arbitral estrangeiro e respectiva sentença homologatória não contêm qualquer motivação, pretende o executado na SE 2.766 seja aplicada ao caso a mesma restrição, com o que concordou o ilustre Prof. J. F. Rezek, falando pela Procuradoria-Geral da República, mas a causa está pendente de decisão da Presidência, o que não permite ainda conhecer a orientação da Corte acerca do tema da fundamentação do julgado arbitral estrangeiro.

22. De qualquer maneira, acentue-se que, no direito brasileiro, o requisito da motivação é necessário a qualquer sentença (Código de Processo Civil, art. 485, II), e, de modo particular, ao laudo arbitral, pois a lei o considera nulo, se não satisfizer determinados requisitos essenciais, entre os quais a fundamentação (Código de Processo Civil, arts. 1.100 c/c art. 1.095, II).

23. Tudo leva a crer, portanto, que o acolhimento da mencionada alegação da defesa do executado venha a impedir a homologação do laudo arbitral no caso citado, porque nada pode justificar que se dê a laudo estrangeiro mais força do que teria um laudo nacional idêntico. Se a sentença estrangeira — qualquer que ela seja, mesmo os laudos arbitrais — não guarda certa afinidade com nossas instituições internas, não podemos ser coagidos a dar-lhe eficácia plena em nosso País.

VI — Cláusula compromissória

24. Depois de deixar assinalado que o Supremo Tribunal vem reconhecendo os laudos arbitrais estrangeiros, sem opor à sua execução no Brasil qualquer óbice artificial, cabe referir que a Corte se tem mostrado

muito condescendente no que respeita à forma de manifestação da vontade da pessoa domiciliada no Brasil, para o efeito de sujeitá-la à jurisdição arbitral estrangeira.

25. Não pude ver, num único aresto do Supremo Tribunal, de modo nítido, por exemplo, a distinção entre a cláusula compromissória (promessa de uma futura obrigação de fazer) e o compromisso (contrato que submete um litígio presente à arbitragem), os quais, de modo geral, são estabelecidos em atenção a designios bem diversos.

26. O que mostram os casos trazidos ao Supremo Tribunal é que neles sempre há uma simples cláusula compromissória, que se estabelece, em regra, em contratos padronizados — em geral, por simples remissão a atos normativos das instituições estrangeiras de arbitragem, quase sempre desconhecidos pelos comerciantes brasileiros, menos experientes.

27. Embora a derrogação da norma brasileira de competência (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 12, ou Código de Processo Civil, art. 88) devesse resultar sempre de ato inequívoco e expresso do interessado, como lembra o Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de Haroldo Valladão, no art. 66, § 3º, a Suprema Corte vem-se contentando com mera cláusula compromissória, cuja exigibilidade tem o grave efeito de deslocar a competência do Brasil para o Exterior e de subtrair o litígio da jurisdição estatal para submetê-lo à arbitral.

28. Não temos, entre nós, dispositivo semelhante ao da alínea 2ª do art. 1.025, do ZPO de 33, **verbis**:

“El compromiso será nulo si una parte se aprovecha de su superioridad económica o social para inducir a la otra a contraerlo o a acordar disposiciones que le coloquen en situación de ventaja con respecto a la misma, especialmente en lo que atañe al nombramiento o recusación de árbitros.”

29. Depois de reproduzir e aplaudir essa norma, Valladão faz uma observação de inteira pertinência aos processos que o STF vem julgando, sem revelar maior preocupação em cercear possível abuso de direito ou violação da ordem pública. Diz o grande mestre:

“Condena-se aí, expressamente, um **caso comum de abuso de direito**, corrente sobretudo nos contratos entre grandes e poderosas empresas centralizadas, transnacionais, particularmente seguradoras, transportadoras, vendedoras etc., e, doutra parte, dispersos, atomizados, os segurados, os usuários, consumidores, locatários etc.

São formulados com numerosas cláusulas, standardizadas, de regras impressas em caracteres minúsculos, dificilmente legíveis e com a declaração que a realização do negócio, do seguro, da viagem, da compra, da locação etc., importa em plena aceitação de todas as cláusulas inclusive o julgamento arbitral, obrigatório, até com árbitros indicados.

Já profligamos tais cláusulas constitutivas do que chamamos “abuso de direito ou ofensa à ordem pública” em matéria de autonomia da vontade, denegando-lhes qualquer valor” (DIP, III/220).

30. Se, como já se disse, “entre o fraco e o forte, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”, urge que o Supremo Tribunal passe a verificar, com maior rigor, as manifestações de vontade dos comerciantes brasileiros, quando renunciam ao juízo estatal do Brasil pelo juízo arbitral estrangeiro, o que ocorre, quase sempre, em virtude de invencível coação dos estrangeiros, que com eles contratam.

31. Como não tem existido essa preocupação na Suprema Corte, reafirmo a colocação inicial de ser amplo, senão mesmo liberal, o reconhecimento que empresta aos laudos arbitrais estrangeiros. Sendo a prática cada vez mais freqüente no comércio internacional, parece absolutamente imprescindível que se estabeleçam normas legais ou critérios jurisprudenciais para a defesa da competência internacional da autoridade estatal brasileira, que vem sendo sistematicamente afastada por efeito de uma ilimitada aplicação do princípio da autonomia da vontade em negócios internacionais, que os brasileiros e as pessoas domiciliadas no Brasil, não raro, são forçados a aceitar pelas injunções da manifesta superioridade econômica e social dos contratantes estrangeiros.

Arestos do Supremo Tribunal Federal referidos no texto ou consultados pelo autor:

- 1 — SE 1.556, de 14-8-58, **Sent. Estrang.** p., 281, Min. B. Barreto;
- 2 — Exq 1.408, de 20-3-69, **RTJ** 52/299, Min. Amaral Santos;
- 3 — SE 1.982, de 3-6-70, **Sent. Estrang.**, p. 435, Min. T. Flores;
- 4 — SE 2.006, de 18-11-71, **RTJ** 60/28, Min. Oswaldo Trigueiro;
- 5 — SE 2.389, de 5-4-78, **Sent. Estrang.**, 641, Min. T. Flores;
- 6 — SE 2.486, de 1º-8-78, **Sent. Estrang.**, p. 681, Min. T. Flores;
- 7 — SE 2.178, de 30-7-79, **RTJ** 91/48, Min. Antônio Neder;
- 8 — SE 2.178-Ag Rg, de 8-11-79, **RTJ** 92/515, Min. Antônio Neder;
- 9 — SE 2.424, de 14-12-79, **DJ** de 4-2-80, pp. 369/370, Min. Antônio Neder;
- 10 — SE 2.476, de 19-12-79, **RTJ** 92/1.077, Min. Antônio Neder;
- 11 — SE 2.476 (Ag Rg), de 9-4-80, **RTJ** 95/23, Min. Antônio Neder;
- 12 — SE 2.671, de 23-4-80, **RTJ** 95/1.011, Min. Antônio Neder;
- 13 — SE 2.671 (Ag Rg), de 4-6-80, **RTJ** 95/1.017, Min. Antônio Neder;
- 14 — SE 2.736, de 3-11-80, **DJ** de 9-3-81, Min. Antônio Neder;
- 15 — SE 2.736 (Ag Rg), de 14-5-81, **RTJ** 97/537, Min. X. Albuquerque;
- 16 — SE 2.521, de 12-8-80, **RTJ** 95/34, Min. Antônio Neder.

Observação: só o último julgado não foi proferido à vista de um laudo arbitral estrangeiro.

“Transformação” e “crise” no direito. Uma visão histórico-crítica

NELSON SALDANHA

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

Poderíamos pensar na idéia de transformação sem vinculá-la à crise, mas seria difícil falar de crise sem pressupor a idéia de transformação. Noutros termos: a imagem das transformações pode estar, ou não, ligada à idéia de crise. Na primeira metade do século XIX SAINT-SIMON lançou sua distinção entre épocas orgânicas e épocas críticas, aquelas ordenadas e criadoras, estas agitadas e destrutivas.

Com isto estamos tentando colocar um tema muito genérico, e com ele retomar uma questão que tem inquietado a muitos, o da crise do direito. Como sobradamente se sabe, vivemos num tempo, a época contemporânea, que parece caracterizar-se por um acúmulo de transformações, em cujo bojo a impressão de crise se veio tornando uma constante: a noção de *crise* termina, de certa maneira, por ser um modo

de sentirmos as coisas "atuais". Da insatisfação ou da *malaise* criada pela sensação de crise, podem resultar atitudes as mais diversas, inclusive — e basicamente — o voltar-se para o passado e o voltar-se para o futuro, dois giros que, segundo certos pensadores (e segundo certas orientações em sociologia do conhecimento), exprimem dois tipos fundamentais de utopia.

No direito a sensação de crise tem sido expressada em termos de advertência e desapontamento, ou em termos de diagnóstico polêmico. Com o primeiro caso, aludimos a expressões como a de CARNELUTTI, que em 1951 falava pateticamente na "morte do direito", acrescentando embora que o mérito da crise consistia precisamente em fazer prever essa morte; ou como a de RIPERT, que denunciou em 1949 o "declínio do direito", em estudos que marcaram época (1). Com o segundo caso, mencionamos atitudes como a dos marxistas, que ainda crêem no perecimento ou fencimento do direito, junto com o do Estado, por conta da extinção das classes sociais. E outras atitudes semelhantes.

De qualquer sorte, os modos de encarar a imagem da crise (e mesmo os de desenhá-la) são modos de compreender e de situar a imagem das transformações. Denúncias e diagnósticos, bem como insatisfações e utopias, são no caso formas de interpretar estruturas que se alteram, ou antes, de situar perante uma concepção geral a própria alteração das estruturas.

* * *

Tomemos, então, um panorama bastante largo, e um marco histórico bastante extenso, para situar certos dados da própria evolução institucional das comunidades humanas. Podemos entender a experiência jurídica como algo que ocorre com os homens dentro de pautas éticas e de moldes institucionais, mas sem maiores perquirições (por ora, ao menos) sobre origens, em sentido rigoroso.

Poderíamos, talvez, adotando o caso grego como um ponto de referência historicamente mais nítido, ou mais concreto, considerar como uma das transições (ou revoluções) mais relevantes, de todo o passado humano, a passagem do mundo rural ao urbano. Com isso conotamos o advento da chamada *revolução urbana*. Os termos têm de ser aqui encarados a modo de *tipos ideais*, dada a complexidade do problema; além do mais, a história dos povos e das nações jamais deixou até hoje de incluir, como história social, componentes urbanos e componentes rurais. A questão se entende no sentido de predomínios e de relevâncias.

Mas com essa imagem figuramos contrastantemente a transição do mundo pré-gráfico ao gráfico, o que, principalmente nos exemplos clássicos — mormente Grécia e Roma —, significou a substituição da autoridade privada do *basileus* (ou do *rex*) por magistraturas ligadas

(1) F. CARNELUTTI, "La morte del Diritto", em *La Crisi del Diritto*, ed. Cedam, Pádua, 1953 (reedição em 1963); GEORGES RIPERT, *Le Déclin du Droit, Études sur la Législation Contemporaine*. Paris, LGDN, 1949.

ao direito escrito; a esse direito escrito vinculou-se, no caso grego, uma nova *diké*, ou seja, uma justiça racional, dependente da discussão e inteligível como algo “público” (2).

Seria o caso de pensar-se, e é uma tentação que quase se impõe, que a sensação de crise, que vem angustiando o Ocidente há várias gerações, e que inclusive apresenta um sentido de saturação e de acúmulo, seria uma saturação das potencialidades que vinham naquela experiência do urbano. Quando o viver urbano suplantou o rural, entraram em crise as pautas éticas da *aretè* aristocrática, bem como as da religião tradicional; em Roma, a crise agitou claramente as raízes religiosas do direito. A transição — a mantermos a imagem em sua idealidade, nem sempre simétrica com todas as reentrâncias da realidade histórica — foi no rumo de uma ética secularizada e de um direito mais técnico. A racionalização (e a citação quase obrigatória é a do conceito weberiano de racionalidade) implantou novas linhas e prestígio novos valores; isto se repetiria, ao cabo do medievo, no Renascimento, mais ainda no Iluminismo, cujo antecedente (ou “correspondente”) nos quadros atenienses se encontrou na sofística. Durante os séculos XVIII, XIX e XX o Ocidente desenvolveu as potencialidades do racionalismo, e com elas veio a revolução industrial, veio a sociedade burguesa, veio o pensamento analítico, veio o movimento das codificações, e também o das Constituições escritas, bem como a burocracia e depois a tecnocracia, com a eletrônica e a cibernética.

Aqui nos ocorre uma frase de ANDRÉ PIETTRE que já temos citado em outros trabalhos: as sociedades nascem na religião e morrem na burocracia. Ocorre-nos também indagar pelo conteúdo da idéia de *crise*, e pelo seu significado. Ele aqui vai, obviamente, além do contido no trânsito de *crisis* para crítica. Crise, aqui, ou antes, nos panoramas a que nos vimos referindo, tem que ver com a perda dos fundamentos e da plenitude: esvaziamento, desenraizamento. Ocorre, portanto, perguntar se esta segunda crise, a que se acha no Ocidente contemporâneo como um mal-estar genérico, e que repercute ou aparece no direito com traços tão especiais, não seria, como num ciclo, a saturação dos caminhos trazidos pela primeira: primeiro, o advento do mundo urbano; depois, o atravancamento de suas estruturas por disfunções as mais diversas.

* * *

Podemos, porém, explorar mais um pouco o panorama esboçado. O quadro de situações culturais que corresponde ao que chamamos “antigüidade clássica” nos legou uma série de imagens, a que a continuidade das referências tornou exemplares. Assim, na literatura, determinadas palavras e determinados tópicos ficaram como “poéticos”, tópicos e palavras que correspondem a usos e coisas das civilizações

(2) Veja-se o capítulo IV em JEAN-PIERRE VERNANT, *As Origens do Pensamento Grego* (trad. I. L. BORGES, Difusão Européia do Livro, S. Paulo 1972). Cf. também os 2 primeiros capítulos de JACQUELINE DE ROMILLY, *La Loi dans la Pensée Grecque*, ed. “Belles Lettres”, Paris, 1971.

antigas, ou a elementos comuns e elementares da existência, assumidos desde aquelas civilizações como símbolos fundamentais. Assim, imagens como flecha, barco, pão, espada, ou como asas, sangue, noite, morte. Cremos que o cunho poético atribuído a tais termos pode provir de suas relações expressivas próprias, mas também corresponde à entranhada permanência de modelos e de gêneros que atravessaram os tempos e mantiveram exemplarmente a conexão entre expressões e os conteúdos.

Também foram recebidos e conservados, da antigüidade, termos e esquemas relativos à experiência política: tanto através dos textos, integrais ou fragmentados, dos grandes escritores — maximamente PLATÃO e ARISTÓTELES —, quanto através da pretensão prática de repetir situações. Assim se manteve o vocabulário político clássico, e se mantiveram alguns ideais e alguns cânones, embora o surgimento da modernidade tenha trazido novas categorias, como “Estado”, “Soberania”, “Constituição”, nas quais o aproveitamento de étimos preexistentes indica que seu significado foi reelaborado para atender a situações novas, através de linguagem nova e conceitos novos.

A ética arcaica, correspondente às épocas aristocráticas e correlata de hierarquias sociais muito definidas, transformou-se, por sua vez, com os racionalismos, em ética individualista, tendente ao epicurismo e ao pragmatismo. Isto pode ser dito do caso helênico (com uma ressalva para o momento heróico correspondente à moral estóica), como para o Ocidente na passagem da Idade Média aos tempos modernos (3).

No plano da experiência jurídica, ficaram da antigüidade diversas expressões, como *nomos*, *jus*, *justitia*, *lex*, além da noção algo ambígua de “cidade” (noção tanto política como jurídica) e da de “povo” (4). A vigência dessas expressões se tornou definitiva, mas pelo fim da Idade Média o gradativo surgimento do direito legislado, suplantando o consuetudinário, começou a figurar uma nova noção de direito, com um novo modo de entender as relações entre a formação das regras jurídicas e sua aplicação, ou sua “execução”.

A linguagem das ciências criadas no Ocidente moderno se manteve, deste modo, presa ao legado antigo, do mesmo modo que a linguagem literária; mas a mudança nas necessidades concretas, ao reformular estruturas e relações, reformulou as temáticas e os conceitos básicos. Em ética os termos clássicos sobreviveram, mas o endereçamento dos princípios se alterou. Em política mantiveram-se numerosos termos, com apoio na perenidade de certas questões essenciais, mas o advento do Estado moderno representou realmente uma novidade, como estrutura política centralizadora, a requerer novas justificações doutrinárias e nova organização de funções e de serviços. Em direito, a imposição de um modelo legalista, combinada à unificação dos ordenamentos, repre-

(3) Cf. nosso ensaio “O Poder e a Ética”, em *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XXIII, fascículo 91, S. Paulo, 1973.

(4) Sobre a vigência às refrações destes conceitos na Idade Média espanhola, ver a antologia de JUAN BENNETO PEREZ, *Ideas Políticas de la Edad Media*, edição Fé, Madrid, 1941, *Passim*.

sentou inclusive um novo relacionamento em face da ordem política: o direito positivo passou a ser obra exclusiva do Estado, enquanto a relação com a comunidade passou a ser algo diferente.

Entretanto, convém que anotemos: enquanto o conceito de *Estado*, tão presente na teoria política moderna e no moderno direito público, carrega a consciência de sua "modernidade" e de seu contraste em face de conceitos anteriores, o conceito de *direito* não tem sido tratado, pelos juristas contemporâneos, como algo variável; nem se criou um conceito novo que desse conta da alteração trazida pelas estruturas modernas. Somente a reformulação do debate em torno das relações entre direito e lei, tal como se desenrolou no século XIX, expressaria — mas insuficientemente — a nova situação.

* * *

Mas retornemos às transformações e às crises. A partir do Renascimento, houve a convivência do Estado moderno, substituto dos pluralismos medievais, com o saber jurídico refeito pela cultura do humanismo. Este saber ora se pôs a serviço da monarquia absoluta, ora se ligou às linhas pré-liberais que se esboçavam na Europa barroca. Mas dentro da consolidação do Estado moderno, e do direito legalista, surgiram diversas contradições. Não apenas a contradição entre o aparato estatal e o potencial econômico da classe burguesa, sempre apontada com ênfase pela historiografia marxista, mas também a contradição entre o jusnaturalismo, reformulado pela filosofia racional ao tempo de GROTIUS, e o juspositivismo tornado mais possível do que nunca pela estatização do processo de criação da norma jurídica. E ainda o contraste entre esta mesma estatização e a criação do conceito de direito subjetivo, ou ao menos sua especial "redescoberta" nos séculos XVI e XVII (5), quando se iniciou um largo debate a respeito, ainda inconcluso. As dificuldades ínsitas nas próprias estruturas sociais modernas (a *buergerliche Gesellschaft*, presente nas reflexões de HEGEL) condicionaram "refrações" e crises, por sua vez, para a velha idéia de *justiça*, herdeira de fundamentais parâmetros clássicos, redimensionada com o cristianismo e submetida a toda sorte de alterações a partir da secularização da cultura, do capitalismo e do mundo urbano moderno (6).

Certos autores têm visto com perceptível exagero as diferenças entre o processo evolutivo do direito moderno, dentro da sociedade moderna, e o quadro do mundo dito antigo. Assim GIUSEPPE CAPOGRASSI, escrevendo que na antigüidade, com o império da ordem e da estabili-

(5) MICHEL VILLEY, "Les origines de la notion de Droit Subjectif", em *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, ed. Dalloz, 1957. Sobre as perspectivas da relação entre sociedade e direito (privado) e entre sociedade e Estado, ver os estudos contidos em *Law and the Future of Society*, volume especial do *Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie* (Wiesbaden), 1979.

(6) Muito importante o ensaio de LUIGI BAGOLINI, "La giustizia nella crisi", em *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Série IV, 1-LVII, janeiro-março 1980. Atualmente, um dos livros mais debatidos sobre o tema é o de JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford Univ. Press, Paperback, 1973 (reimpressão em 1976).

dade, não teria havido crises: estas seriam algo próprio do mundo moderno, dominado pela instabilidade e pela transformação constante (7). Menos exagerada, embora próxima a esta pelo enfoque, nos parece a observação de SAN THIAGO DANTAS, segundo a qual, dentro do legado deixado pelo mundo clássico, a principal contribuição à “técnica da vida social” teria sido o direito privado, chamado direito romano; o rompimento da herança deste direito, com a estatização do direito conexas à aparição do Estado moderno, teria originado os problemas que hoje afligem os juristas, incluindo-se aí o “anti-humanismo” representado pelo positivismo jurídico (8).

Até que ponto haverá, em observações deste tipo, uma dose pouco aceitável de simplificação?

* * *

Não estamos, de resto, imunes à pergunta; nem se pode, em verdade, tratar de tema tão vasto sem esquematizar, tipificar, simplificar.

Aceitamos que a implantação da mentalidade *urbana*, no mundo ocidental (como no caso do mundo “antigo”, em momento anterior e fundamental), correspondeu a um sério rompimento com hábitos, crenças e estruturas. E que a sensação de “crise” que persegue a consciência do Ocidente há mais de um século pode ser referida à saturação dos produtos daquela mentalidade. Sem dúvida que há aí uma simplificação que nos pareceu necessária para configurar a imagem global das trajetórias que queríamos mencionar: a da cultura e da ética, a das estruturas sociais e políticas, a do direito e do pensamento jurídico.

Situando globalmente as trajetórias a partir do advento do mundo *urbano*, no caso antigo e nos inícios da modernidade ocidental, podemos encarar, nesta mesma modernidade, o desencadeamento de uma trajetória específica: aquela que vai da formação do Estado moderno até ao “constitucionalismo” e às formas hoje assumidas pelo chamado Estado Social. Esta trajetória se instala no meio de um complexo segmento da evolução das sociedades contemporâneas, dominadas por aquilo que alguém denominou “aceleração do ritmo histórico”. O Constitucionalismo e o Estado de Direito, modelados sob a influência do credo liberal, entraram em crise desde os sérios problemas sociais oriundos da revolução industrial, e essa crise se agravou em nosso século com o chamado intervencionismo estatal.

Quando DUGUIT pronunciou em Buenos Aires, em 1911, suas conferências sobre as “transformações gerais do direito privado a partir do Código de Napoleão”, suas críticas aos conceitos gerados pelo individualismo liberal se prendiam a uma posição antimetafísica e anti-individualista; ele desejava a superação daqueles conceitos por con-

(7) G. CAPOGRASSI, “L’ambiguità del diritto contemporaneo”, em *La Crisi del Diritto*, citado.

(8) SAN THIAGO DANTAS, “Humanismo e Direito”, em *Palavras de um Professor*, Rio, ed. Forense, 1975.

cepções solidaristas, e vislumbrava tal superação nas tendências legislativas de seu tempo (9). Havia em sua perspectiva um certo otimismo. Não encontramos, porém, este otimismo, aceitador da presença de um direito mais “público”, nas críticas de outros autores, que do século XIX para o XX começaram a lançar diagnósticos sobre descompassos entre a lei e os fatos, ou entre o “direito” e os códigos, senão mesmo sobre a “inutilidade das leis” (10).

As vezes as denúncias sobre a “decadência” e a crise se confundem com as queixas dos *privatistas* contra o crescente predomínio do direito público, queixas das quais se achava um tanto próximo o trecho de SAN THIAGO DANTAS, citado há pouco, e das quais foram expressão muito ilustre os estudos de SAVATIER e os de RIPERT, segundo o qual “tout devient droit public” (11). Em verdade o intervencionismo estatal, onipresente em todos os quadrantes do mundo de hoje, pode incomodar a consciência ética dos que se consideram humanistas: ele nos leva a pensar no maquiavelismo e na inquietante *raison di stato*, e a refletir sobre a estatização do direito, ambas as coisas fruto da modernidade racionalista. Mas o intervencionismo estatal só se tornou possível, e em certa medida necessário, em função de condições que formam um plano mais amplo e mais complexo do problema: a saturação tecnológica, a pressão demográfica, a insuficiência das soluções privadas, a confusão entre a vontade geral e a dominação estatal, os efeitos das guerras, a cartelização e o imperialismo, e mais outras coisas. A idéia de “ordem”, presentemente confundida com a incômoda presença do legalismo estatal e da repressão, perdeu o prestígio que possuiu em outras épocas. A própria teoria constitucional tem tido de refazer-se por conta das dificuldades trazidas pelo “Estado Social” para as categorias básicas provindas do liberalismo e consagradas pelo Estado de Direito liberal (que SCHMITT denominou “liberal-burguês”).

Ora, há pelo menos dois mil anos que os juristas se habituaram a estimar a ordem. Por outro lado, sempre existiu a impressão de que o direito privado — sempre defendido pelos que indigitam a crise — é o *direito* propriamente dito, menos permeável que o direito “público” às ingerências políticas e à presença do *Estado*: no pensamento de Kelsen, herdeiro da linha de Seydel e de Gerber, o ideal privatístico atuou como ideal de cientificidade e como ideal de sistematização. Neste desejo de se descartar da presença do Estado, revelado por muitos juristas, parece-nos, contudo, ver uma espécie de nostalgia do medievo, quando o estudo do direito lidava com um objeto dado em textos quase sagrados, sem um direito “público” digno de nota e sem estatizações criadoras de crises. Sem embargo de que muitos destes mesmos juristas,

(9) LEON DUGUIT, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, trad. C. G. POSADA, ed. Beltrán, Madrid, sem data.

(10) GASTON MORIN, *La Révolte des Faits contre le Code Civil*, Paris, 1925; item *La Révolte du Droit contre le Code*, Paris, 1945; JEAN CRUET, *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, trad. port., ed. Bertrand, Lisboa, s.d.

(11) RENE SAVATIER, *Du Droit Civil ou Droit Public*, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1950; G. RIPERT, *Le Déclin du Droit*, citado, capítulo II (a frase provinha de Portalis).

desconfiados do Estado, continuem supervalorizando a lei e praticando sob diversas formas o positivismo jurídico. É que a crise, que atinge em especial o tipo de direito consolidado no Estado contemporâneo, se agrava precisamente por não se entremostrarem nenhuma alternativa para esse tipo.

* * *

Dissemos, há pouco, que o intervencionismo estatal se acha condicionado a diversas circunstâncias. Do mesmo modo, o advento do absolutismo, como forma inicial do Estado moderno, se ligou a contextos específicos. A compreensão das transformações e das crises dependerá, portanto, da compreensão dos contextos e das épocas, das conjunturas e das condições. Isto alarga a temática, mas relativiza as conclusões. Aquilo que se chama de crise, se diz crise do humanismo e do homem, como da cultura e do direito, corresponde — conforme aventamos de início — a um *modo* de vermos o presente em contraste com o passado (ou, ao menos, certas aparências e certos momentos do passado). “Crise” indica sempre impasse e esvaziamento ou perda dos fundamentos. Mas o impasse e o esvaziamento se dão num contexto e se referem a um tipo ou um sistema: o que entra em crise não é o humanismo, mas uma certa versão do humanismo; não é a cultura, sim um tipo de cultura; não é o direito em si, mas este ou aquele sistema jurídico, com seus valores e seus procedimentos.

Destarte, e para dar a estas reflexões um remate menos pessimista, depreende-se que o “direito” como tal, não o deste ou daquele sistema, poderá atravessar as crises — mesmo admitindo que o objeto *direito* e sua configuração científica são fruto de determinada evolução histórica. Creio que deve fazer parte do entendimento do fenômeno jurídico a percepção dessa sua inserção nas transformações, de que resulta serem sempre instáveis as regras jurídicas (e PONTES DE MIRANDA insistiu muito sobre tal instabilidade desde seu livro juvenil chamado *A Margem do Direito*). Mas da inserção do direito nas transformações históricas resultam, por outro lado, alguns traços que têm permanecido e que se encravam como constantes no próprio conceito do direito, e daí a base para que se possa falar dele com alguma estabilidade. O sentimento das transformações, inclusive, se torna muito óbvio e ostensivo no caso da experiência jurídica dos países “em desenvolvimento” (12). Mas os juristas destes países, que como juristas não diferem muito dos de outros (inclusive, em nosso caso, por causa das relações entre nosso direito e o chamado sistema continental-europeu), saberão distinguir entre a crise de determinadas formas, ou determinados institutos, e a permanência do direito, mantido como um componente da vida social civilizada, embora sujeito a alterações e destinado certamente, nos tempos que correm, a passar ainda por muitas delas.

(12) Veja-se, por exemplo, os artigos de G. S. SHARMA, sobre o caso da Índia, e o de HOHN HAZARD sobre o direito socialista, em *Law and the Future of Society*, citado. Para dados gerais, ORLANDO GOMES, *Direito e Desenvolvimento*, ed. Universidade da Bahia, 1961.

A "doutrina"

— fonte material e formal do Direito

NELSON DE SOUSA SAMPAIO
Universidade Federal da Bahia

SUMARIO

- *Introdução ao tema: as fontes do direito em geral*
- *Fontes formais e fontes materiais do direito*
- *A multivocidade da expressão "fontes do direito"*
- *Outro problema terminológico: a palavra "doutrina"*
- *Delimitação do nosso tema*
- *Nossas três teses sobre o tema*
- *O saber jurídico — fonte material do direito*
- *As "respostas dos prudentes" já não seriam "doutrina"*
- *A "doutrina" — fonte formal prevista pelo legislador*
- *A "doutrina" como fonte formal no silêncio do legislador*

Introdução ao tema: as fontes do direito em geral

Como o título indica, não vamos ocupar-nos do problema geral das fontes do direito. Trataremos apenas de um aspecto desse complexo e, para muitos juristas, torturante tema: o da "doutrina" como fonte material e formal do direito. Convém, todavia, que recapitulemos algumas noções sabidas. A metáfora "fonte" do direito pode ser entendida em muitas acepções. Pelo menos nas quatro seguintes: 1) a gênese do direito; 2) o fundamento ou justificação do direito; 3) os modos de manifestação do fenômeno jurídico; 4) os fatores reais e ideais que condicionam ou provocam o aparecimento ou surgimento de partes ou de todo o sistema jurídico.

No primeiro sentido da expressão, indaga-se qual a origem do fenômeno jurídico. A resposta caberia ao sociólogo, que, geralmente, deixa de lado esta questão, por entender que ela equivale à pergunta sobre a origem da sociedade. Costuma-se dizer que o homem sempre viveu em sociedade e submetido a várias espécies de regulamentação da sua conduta, entre elas destacando-se as normas que qualificamos de "jurídicas". Por mais longas perquirições que fizéssemos, desembocaríamos sempre no velho aforismo *ubi societas ibi ius*. O homem é um animal social e, conseqüentemente, um animal jurídico. Não raro o problema da gênese primária do direito é confundido com o de sua fundamentação última. Pode-se passar, assim, quase imperceptivelmente, da primeira acepção para a segunda, isto é, da

noção de fonte como origem primeira para a de fonte como fundamento último do direito.

Quando se procura saber o fundamento último do direito, entra-se no domínio da Filosofia ou da Metafísica. Vai-se além do problema mais delimitado de saber se essa ou aquela norma jurídica é legítima ou válida. Essa questão mais simples é objeto da chamada "Dogmática Jurídica", enquanto o problema do fundamento supremo do direito pertence, pelo menos, à Axiologia, porquanto se trata da justificação do direito em geral ou da pergunta se ele, direito, é um bem ou um mal. Corresponderia, em alemão, ao que alguns designam **Wertungsquellen** (1). Como não vamos penetrar nessas profundidades, aqui lembraremos, de modo sumário, as respostas mais freqüentemente dadas. Podemos dividi-las em dois grupos: respostas afirmativas e respostas negativas, cada qual com variadas nuanças no responder.

Os que respondem sim, ou seja, os que justificam o direito, são uma avassaladora maioria, pelo menos até o pós-Segunda Guerra Mundial, quando se multiplicaram os países marxistas-leninistas, embora seja para crer que somente pequena parte de suas populações mantenha a crença no desaparecimento do Estado e do direito.

Os mais convictos justificadores do direito são os jusnaturalistas. O direito de que temos experiência, o denominado "direito positivo", se justifica porque se baseia num direito de plano mais alto, o "direito natural". Com tal afirmativa, resolve-se também, de maneira mais radical, o problema da legitimidade, pois se exige que o direito positivo esteja em harmonia com as normas ou, pelo menos, os princípios de direito natural para que seja legítimo. O jusnaturalista não se satisfaz com uma validade apenas formal do direito. Exige que a matéria ou conteúdo das normas positivas estejam de acordo, para serem válidas, com o direito natural. Seus representantes de fé religiosa sustentam que o direito é um bem ou, pelo menos, uma necessidade, porque o direito natural consiste num conjunto de comandos ou mandamentos estabelecidos por Deus. Para eles, o direito é um bem porque o homem, desde que perdeu o paraíso originário, se tornou mau. É curioso observar que quase todas as religiões desenvolvidas redundam, no final das contas, numa concepção, por assim dizer, jurídica da história, fazendo de nossa vida terrena uma pena para podermos voltar à bem-aventurança do paraíso perdido. É o que vemos na Teologia judaico-cristã ou nos que acreditam na metempsicose, para os quais a sentença destinada à purificação completa pode estender-se por várias vidas.

Todavia, mesmo os desprovidos de fé religiosa podem concordar com a conhecida assertiva de HUGO GRÓCIO, encontrada logo nos Prolegômenos de sua mais famosa obra, **Do Direito da Guerra e da Paz**, ou seja, a de que o direito natural existiria ainda que Deus não existisse. Anote-se, de passagem, que GRÓCIO já usa, em seguida, a expressão "fonte do direito", cuja nascente primeira estaria na "livre vontade de Deus". O próprio direito natural racional, o que promana dos "princípios internos do homem",

(1) Por exemplo, PETER LIVER, "Der Begriff der Rechtsquelle", in *Rechtsquellenprobleme in Schweizerischen Recht*, vol. 91 bis da *Der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Staempfli & Cie, Bern, 1955.

provisória, segundo GRÓCIO — que possuía crença religiosa —, de Deus, que “quis que existissem em nós tais princípios” (os do direito natural racional). Os jusnaturalistas sem essa crença se satisfazem em acreditar que os princípios do direito natural se acham inscritos na razão humana — na *recta ratio*, a que se refere CÍCERO. (2)

Há também divisões nessa coorte de justificadores do direito. Na última fila estariam os liberais, que enxergam no direito — da mesma forma que no Estado — um mal, mas um mal necessário. Embora ROUSSEAU não fosse liberal, mas, sim, adepto de uma democracia absolutista, os liberais confiam na tese rousseauiana da bondade natural do homem. Conseqüentemente, querem limitar o Estado e o direito ao mínimo indispensável. Por isso, os liberais são, teoricamente, os vizinhos mais próximos dos anarquistas. O liberalismo, ao mesmo tempo que reduzia o círculo do Estado, ampliava o círculo de liberdade dos indivíduos, de cujas decisões resultaria quase todo o mundo jurídico. O contrato — ou seja, o acordo de vontades autônomas — era o instituto jurídico dominante, a ponto de se conceber o próprio Estado — como fizeram os contratualistas — como resultado de um pacto entre os indivíduos, pacto realmente histórico ou mero pressuposto deontológico.

Não faltam, porém, os que negam justificativa ou qualquer fundamento ético ao direito. Esses contam, entre os seus precursores mais conhecidos, a figura de Trasímaco, da República de PLATÃO. Discordando da definição socrática da justiça, Trasímaco considera que esta “não é outra coisa senão o que é vantajoso para o mais forte”. Os anarquistas de diferentes matizes vieram engrossar, no correr dos séculos, os partidários desse ponto de vista, ao julgarem o Estado e o direito sempre um mal, a violência dos exploradores sobre os explorados. Conseqüentemente, pregam a abolição imediata desses dois instrumentos de opressão. São, pois, os mais convictos da “bondade natural do homem”. Ao pensarem assim, acreditam que as formas de controle externas do comportamento podem ser substituídas pelas formas de controle interiorizadas na consciência humana, bastando, pois, as normas morais para garantirem a harmonia social. Anarquistas de cepa religiosa advogam a abolição de toda função judicante, tomando ao pé da letra o conselho evangélico: “não julgueis para não serdes julgados”. Esquecem-se de que a própria divindade dedica boa parte de sua existência eterna a julgar-nos, desde a condenação inicial que nos expulsou do paraíso até o juízo final, que angustia todos os crentes. Por isso, na simbologia da justiça, uma de suas mais antigas imagens é a balança, conhecida desde os egípcios, cujos deuses dela se serviam para pesar as almas, aquilatando-lhes as culpas e os méritos. Os marxistas, cujas metas finais são anarquistas, diferem dos anarquistas puros por admitirem que o Estado e o direito são necessários desde o surgimento da propriedade privada e durante a fase de transição para o comunismo final. Somente quando se chegar a esse ponto se terá dado o salto para a liberdade, pondo-se termo, na expressão de MARX, à “pré-história” da humanidade. Daí por diante serão suficientes, para o pacífico convívio social, as normas morais. “O governo dos homens será substituído pela administração das coisas”, frase que o autodenominado “so-

(2) Teoria Para do Direito, 2.ª ed., Moraes ed., Coimbra, 1962, vol. 2.º, pp. 82-3.

cialismo científico” tomou de SAINT-SIMON, um dos corifeus do socialismo que ENGELS batizou de “utópico”. Segundo o economista francês DANIEL VILLEY, o marxismo aparenta uma versão secularizada da interpretação judaico-cristã da história. Não seria por acaso que MARX foi judeu e criado na tradição do judaísmo. O pecado original foi a propriedade privada dos meios de produção, que expulsou o homem do paraíso da comunidade primitiva. Surgirá, porém, um Salvador, não na figura de um indivíduo, mas de um ente coletivo — o proletariado, a mais alienada e sofredora das classes sociais —, para redimir o homem e fazê-lo reingressar no paraíso terrestre. A ditadura do proletariado teria a missão redentora de purificar o homem. MARX acreditava nisso literalmente, ao declarar em uma das suas onze teses sobre FEUERBACH, a VI, que o ser humano “é o conjunto das relações sociais”. Mudando-se as relações sociais, mudar-se-ia, conseqüentemente, a natureza humana.

SAINT-SIMON e seus descendentes intelectuais, os positivistas comtianos, também acreditavam que o direito poderia ser substituído pelas normas puramente éticas no “Estado industrial”, segundo a terminologia saint-simoniana, ou no “Estado positivo”, na terminologia de Comte.

Fontes formais e fontes materiais do direito

Com as duas últimas significações referidas, entramos em domínios mais familiares aos cultores do direito: as **fontes formais** e as **fontes materiais** do direito. As fontes formais compreendem todas as formas ou maneiras pelas quais o direito se manifesta, tais como a legislação (no sentido amplo do termo), o costume, a jurisprudência (no sentido de decisões dos juízes). É a elas que recorre quem quer conhecer o direito tanto na feição de direito objetivo — a **norma agendi** — como na de direito subjetivo — a **facultas agendi**. E esse interessado em conhecer o direito vai desde o homem comum aos profissionais do direito e aos seus “teóricos”. Por isso, em alemão também se apelidam essas fontes de **Erkenntnisquellen**. O estudo delas compete à denominada Dogmática Jurídica, embora uma das fontes formais, o costume, demande certa averiguação de cunho sociológico, que lhe ateste a existência.

Fontes materiais — também apelidadas **reais** — do direito seriam os fatores reais ou ideais que produzem o conteúdo das normas jurídicas. Determinariam a matéria que preencheria as formas ou molduras em que se apresenta o direito. Equivaleria às **Enzeugungsquellen** de autores de fala alemã. Desse modo, as fontes materiais subjazem às fontes formais ou se colocam em plano mais profundo do que elas. Os partidários do monismo das fontes materiais — economismo, “espírito do povo” (**Volkseist**), as correntes intelectualistas, os defensores do primado da religião, os que vêem, como DURKHEIM, na divisão social do trabalho a força motriz das mudanças sociais — usariam a expressão no singular: fonte material. Os pluralistas, como é lógico, manteriam o plural — que é a forma mais usada da expressão — e falariam de vários fatores que agiriam, em combinação, convergência ou até contraposição, para os “processos de juridicização” das forças sociais, tais como: a técnica, a opinião pública, o saber jurídico, as ideologias, o poder político. Tais fatores agiriam sobre o legislador predominantemente, mas não deixariam de influenciar o juiz na formulação da

norma individual. Investigar a ação das fontes materiais é um dos campos mais vastos dos sociólogos do direito.

A multivocidade da expressão "fontes do direito"

Essa multivocidade da expressão "fontes do direito" converte-se aos olhos de muitos estudiosos, em equivocidade, e não raros propõem substituí-la por outras. KELSEN não vacila em escrever: "a equivocidade ou pluralidade de significações do termo **fonte do direito** fá-lo aparecer como juridicamente imprestável" (2). Sabemos que KELSEN identifica o problema das fontes do direito com o da sua validade, uma vez que, em virtude da teoria escalonada do direito (*Stufenbau*), uma norma inferior se funda em outra superior até chegar-se à norma de grau mais alto, que se fundaria em uma **norma não-positiva**, mas **pressuposta**, a norma fundamental (*Grundnorm*). Daí sua afirmação tautológica de que, "num sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o direito" (3).

Trata-se, entretanto, de fórmula consagrada nas línguas mais conhecidas do Ocidente, e que supomos existir na literatura jurídica universal. Quanto aos idiomas mais importantes do mundo ocidental lembremos as versões *sources du droit*, *sources of law*, *Rechtsquellen*, *fonti del diritto*, *fuentes del derecho*.

Por outro lado, pretender corrigir todas as falhas e impropriedades da linguagem comum e da científica, inclusive das metalinguagens, quando se trata de palavras enraizadas em longa tradição, seria, certamente, empresa quixotesca, que envolveria revisão de incontáveis vocábulos de todos os léxicos. Demos apenas um exemplo, que é tanto da linguagem natural como da científica: as palavras **Astrologia** e **Astronomia**. A primeira deveria, por sua composição etimológica, significar o estudo científico dos corpos celestes, enquanto a segunda, pelo mesmo motivo, deveria designar a arte de descobrir o governo (**nomos**) dos nossos destinos pelos astros, ou seja, a prática tão generalizada, na idade mais científica da história, de fazer horóscopos. Mas quem conseguiria realizar a inversão do emprego dessas expressões?

Ademais, em nosso modo de ver, não nos parece tão inadequada a expressão quando se emprega no sentido de fontes formais e materiais do direito — as acepções mais consagradas pelos tratadistas, e para nós as únicas aconselháveis. Se, fisicamente, as pessoas podem *dessedentar-se* nas fontes da natureza, os que desejam ou precisam conhecer o direito podem abeberar-se em suas fontes formais. Se fonte, no sentido natural, também significa a nascente de onde jorra um líquido, a imagem de fontes materiais do direito pode muito bem referir-se aos impulsos sociais de onde brotam as forças modeladoras do direito ou, para usar a expressão que serve de título a uma das obras de GEORGES RIPERT, "as forças criadoras do direito".

Outro problema terminológico: a palavra "doutrina"

Outro problema terminológico se nos depara no próprio título deste trabalho. Por isso vimos grafando sempre entre aspas a palavra "doutrina".

(3) *Ibidem*.

empregada apenas por força da tradição. Gostaríamos, porém, de usar vocábulo mais neutro, que não sugerisse nada sobre o problema da cientificidade ou acientificidade do conhecimento jurídico. Empregaremos, por isso, daqui por diante, a expressão **saber jurídico** ou **conhecimento jurídico**. Além de mais neutras, são mais genéricas.

A tradicional palavra "doutrina" já implica uma negação ou, pelo menos, certa dúvida no tocante à indagação se o direito pode ser objeto de verdadeira ciência. De modo mais preciso, a pergunta se refere à "Dogmática Jurídica", pois ninguém põe em dúvida que o fenômeno jurídico pode ser tratado cientificamente pelo ângulo da Sociologia do Direito. Já em relação ao termo "doutrina" poder-se-ia dizer, com MICHEL MIAILLE, que ele "cheira muito ao século XIX". E o mesmo autor interroga, em seguida: "Poder-se-ia falar hoje de doutrina em Química ou em Matemática?" (4). Deve-se dizer o mesmo quanto ao termo "Dogmática Jurídica". Sendo o dogma um artigo de fé, e não um axioma, é estranho uma ciência "Dogmática", ou que se baseia em dogmas. A palavra pode ser apropriada no contexto "Teologia Dogmática", mas, aplicada ao saber jurídico, parece remanescente da época medieval, quando a Teologia era a "ciência" das ciências, porque as demais não passariam de suas servas. BOBBIO, aliás, observa que o rótulo "Dogmática Jurídica" se difundiu no século passado com a intenção de negar o caráter científico da chamada "ciência jurídica" (5).

Delimitação do nosso tema

Essas considerações preliminares, que já se alongam, servem apenas de introdução ao nosso tema mais restrito, que é, entretanto, um dos mais discutidos na problemática das fontes do direito, especialmente o da doutrina como fonte formal do direito. A mais categórica resposta negativa é a de KELSEN, fiel à sua concepção de positivista rigoroso e à sua concepção da "ciência" jurídica, ciência que é apelidada de normativa porque estuda normas. O "cientista" do direito procura apenas conhecê-lo, e, no seu labor, produz apenas "proposição" (*Rechtssatz*) e não "norma" jurídica (*Rechtsnorm*). Esta — a norma jurídica — somente pode ser **posta** pelo órgão competente segundo o ordenamento jurídico e conforme o processo estabelecido pela mesma ordem jurídica.

Observemos, de logo, que não nos ocuparemos da questão da hierarquia das fontes do direito — tanto as formais como as materiais. Anotemos, tão-só, que o lugar de cada uma delas varia no tempo e no espaço, bem como em função dos sistemas jurídicos e das diversas escolas doutrinárias. Assim, a corrente de pensamento que colocaria o saber jurídico no primeiro lugar seria a chamada Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*) na sua versão mais extremada, que entregasse a solução de todos os litígios à livre investigação do juiz. Dizemos em sua versão mais extremada porque as propostas de KANTOROWICZ, considerado o campeão da Escola, se apresentam bem moderadas no seu opúsculo, decepcionantemente vago, intitulado **A Luta pela Ciência do Direito** (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), de 1906, tido como o manifesto dos partidários do "direito livre". Nesta "época de

(4) *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Moraes editores, Lisboa, 1979, p. 213.

(5) NORBERTO BOBBIO, *Teoria della Scienza Giuridica*, G. Giappichelli Edit., Torino, 1950, p. 78.

crescente influência dos especialistas", diz ele, os jurados desaparecerão, substituídos por juízes especializados, que pronunciarão sentenças "rigorosamente científicas". Mas a lei continua. O juiz somente se libertaria dela nas quatro seguintes hipóteses: 1) quando houvesse lacunas; 2) quando a lei, na apreciação do juiz, não oferecesse uma decisão isenta de dúvidas; 3) quando a lei já ficou muito distanciada da realidade dentro da qual será proferida a sentença. Tudo isso o juiz de hoje já pratica, ao integrar as lacunas, ao interpretar a lei, e ao pôr em prática a chamada exegese sociológica. A esses três casos, KANTOROWICZ acrescenta um quarto, confinado à área cível, quando as partes usassem da faculdade, que deveriam possuir, de "liberar o juiz, por mútuo acordo, da observância de qualquer norma jurídica estatal" (6). Além disso, a "ciência jurídica propugnada por KANTOROWICZ conservaria o caráter deontológico, sendo semelhante ao direito natural, conforme seus dizeres: "Denominamos todo direito dessa índole **direito livre** e caracterizamos, por isso, o direito natural em seguida e provisoriamente como uma classe especial do direito livre" (7).

O completo **direito livre** seria, ao nosso ver, aquele que estendesse o designado "positivismo penal italiano", também denominado a "escola antropológica de direito penal", a todo o universo jurídico. Nessa escola, teríamos, em última instância, a substituição do direito penal pela criminologia e, como consequência, a substituição do juiz pelo médico, o psicólogo ou o assistente social. Poder-se-ia chegar à perfeição sonhada por DORADO MONTERO, no seu livro *O Direito Protetor dos Criminosos*. Na sociedade futura, imagina ele que os "criminosos" — se esse nome ainda for mantido — ou mesmo os simples portadores de impulsos perigosos procurarão, como hoje fazem os doentes somáticos ou psíquicos, o "magistrado", que se encarregará do seu tratamento ou da sua cura. Desse modo, o processo será substituído pelo diagnóstico, e a sentença, pelo adequado receituário curativo ou higiênico. Por esse caminho, a chamada "Ciência do Direito" deixará de ser uma "ciência" deontológica para se transformar numa ciência causal. O profissional do direito aplicá-la-á como qualquer técnico que deseja atuar sobre o mundo físico aplica as **regras técnicas** derivadas das ciências naturais. Não haverá mais necessidade do legislador.

É claro que essas fórmulas não poderão ser empregadas num regime demoliberal, que envolve a tripartição dos Poderes do Estado, como sistema de freios e contrapesos das autoridades públicas, ainda que se modifique esse sistema de acordo com as necessidades do momento histórico. Contudo, existe outro obstáculo, o sentimento de justiça, que nem mesmo os mais consumados totalitarismos podem menosprezar, e tentam, pelo menos, dar-lhe uma aparência de satisfação. Ainda não houve sociedade que não exigisse que os praticantes de delitos ou os autores de danos sofram a devida pena ou reparem o prejuízo causado. As sociedades mais primitivas como as mais avançadas não se conformam com a impunidade dos culpados, e procedem segundo a fórmula bíblica de que "o sangue da vítima clama por vingança" — fórmula mais antiga do que a Bíblia e que continua tão atual como sempre. Por isso, mesmo as religiões mostram ambivalências

(6) *La Lucha por la Ciencia del Derecho*, na coletânea de textos jurídicos, sob o título *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 363 e segs.

(7) *Idem*, pp. 332-3.

internas nesse ponto, mandando-nos, na oração, perdoar os nossos ofensores, mas lembrando-nos também a prescrição taliônica: “quem com ferro fere com ferro será ferido”. A mais sublimada expressão da moral religiosa, como a do Sermão da Montanha, recomenda oferecer a face esquerda a quem nos bateu na direita. Mas o próprio Cristo tinha consciência de praticar justiça ao expulsar, a chicotadas, os vendilhões do Templo. GUSTAVO RADBRUCH mostra-nos a antinomia entre a moral e o direito. Enquanto a primeira nos induz à renúncia, o jurista nos incita, na fórmula de JHERING, à “luta pelo direito”, ensinando que nessa peleja não se salvaguarda, egoistamente, apenas, o direito próprio, mas se defende, ao mesmo tempo, o direito de todos e a integridade da ordem jurídica.

Nossas três teses sobre o tema

Ressalvados, porém, aqueles extremos de um exagerado **direito (?) livre**, os demais juristas atribuem ao saber jurídico uma posição secundária ou auxiliar entre as fontes formais do direito, quando não lhe negam voz no capítulo. Nos países ocidentais e naqueles cujas culturas se modelaram pela do Ocidente, é pacífico, porém, que a preeminência entre as fontes formais do direito cabe à lei. O mesmo vigora nos países da **common law**, que dão grande realce ao precedente judicial, ao **judge-made-law**, porquanto neles o direito legislado (o **statute**) prevalece sobre o costume. Reiterando que não nos interessa aqui o problema da hierarquia das fontes, podemos passar ao tema que nos propusemos desenvolver. Podemos dividi-lo em três teses, partindo da mais pacífica para a mais controversa: 1ª — o saber jurídico é fonte material de direito; 2ª — ao saber jurídico não pode ser negada a condição de fonte formal de direito quando o ordenamento jurídico faça referência, como tal, à “doutrina”, à “opinião dos doutos”, seja ela comum ou não, aos “princípios gerais do direito” ou ao “direito comparado”; 3ª — o saber jurídico é fonte formal do direito ainda quando o ordenamento jurídico não lhe faça menção expressa.

O saber jurídico — fonte material do direito

A primeira tese — a do saber jurídico como fonte material do direito — é de aceitação geral, o que nos desobriga de maiores desenvolvimentos deste tópico.

Desde as sociedades primitivas, o saber jurídico, geralmente sigiloso e monopolizado pelo mago, feiticeiro ou outro líder da tribo, lhes conferia grande prestígio. A eles acorriam os interessados para aconselhamento em casos em que estivessem envolvidos. Em tais grupos, mesmo nos que não possuíam órgão judicante, o líder tribal reunia em si a qualidade de jurista e a de embrião de juiz. O segredo dos preceitos tidos como jurídicos punha a nu o maior poder de controle social que os conhecedores do direito exerciam sobre o restante da comunidade. O mesmo sigilo encontramos em algumas sociedades mais avançadas, das quais podemos citar, como exemplo, a Roma da época em que os pontífices detinham o monopólio do conhecimento das fórmulas das “ações da lei” e dos dias em que um processo judicial poderia ser intentado (**dies fasti**). A situação continuou depois da secularização do direito, pois os jurisperitos — os **prudentes** — mantiveram o monopólio do segredo do processo e do calendário, até que GNEUS FLAVIUS,

secretário do censor APPIUS CLAUDIUS CAECUS, subtraiu e publicou, em 312 a.C., a coleção que este fizera das **Legis Actiones**. Oito anos depois, o mesmo FLAVIUS deu publicidade ao calendário dos dias fastos e nefastos.

Antes mesmo de os jurisconsultos receberem o direito de resposta — **jus respondendi** — as suas respostas (**responsa**) gozavam de grande peso na decisão das causas e eram invocadas em juízo, como hoje fazem os legisladores, os advogados e os juízes com as lições dos juristas, citando-as na justificação dos projetos de lei, na argumentação dos arrazoados e na motivação das sentenças. São indispensáveis na argumentação dos profissionais do direito, embora esse constante apelo ao argumento de autoridade possa ser invocado contra o caráter científico do saber jurídico, pois nenhuma genuína ciência recorre a argumento dessa natureza na sua aplicação. Ainda quando o sistema jurídico vede esse tipo de influência, como fez o art. 6º do Código Prussiano de 1794 (Preussisches Landrecht), que proibiu aos juízes invocarem “a opinião dos jurisconsultos”, pensamos que não há meio de dar eficácia a tal disposição, porquanto os julgadores poderão julgar de acordo com tal opinião sem necessitar declarar de onde ou de quem a tomou.

Os juristas também exercem influxo nas mudanças do direito. Discute-se se os textos de **Leis Assírias**, constantes dos 14 tabletes encontrados, nas duas primeiras décadas deste século, pelos arqueólogos da Sociedade Alemã de Estudos Orientais (Deutsche Orientgesellschaft), são obra de juristas teóricos ou de legislação. GUILLAUME GARDASCIA, um dos seus tradutores e comentadores, opina que se trata de compilações de leis, somente daí derivando o seu caráter obrigatório, porquanto, sustenta, numa generalização, sem dúvida, exagerada, que “segundo a dogmática moderna a doutrina não é fonte de direito” (8). Acrescenta que a matéria desses textos seria legislativa, que somente a “inspiração de semelhantes compilações revela uma preocupação, que se pode qualificar de doutrina” (p. 28). Aos doutos da época somente cabe o mérito de ter-lhes feito a apresentação, a ordenação ou disposição, ou seja, o de ter dado forma ao material, a fim de facilitar o trabalho de sua aplicação pelos práticos do direito. E aduz que esse tipo de literatura “atesta a existência, na Assíria, de juristas profissionais, capazes senão dum esforço original de pensamento, pelo menos animados pela preocupação de classificar leis para fins práticos. Essa empresa, por mais modesta que seja, é a primeira da parte de particulares numa atividade de reflexão jurídica. Ela constituiu a primeira etapa da doutrina” (p. 28). Sem dúvida, a inegável importância dos entendidos em direito já se tinha feito sentir na elaboração do impropriamente chamado “Código” de HAMURABI, que teria exercido indubitável influência sobre as leis assírias bem como sobre preceitos jurídicos do Velho Testamento.

O **Digesto** de JUSTINIANO foi também elaborado por juristas, que se serviram de muitos textos de jurisconsultos romanos, mesmo dos que não haviam recebido o direito oficial de responder a consultas — pois nesse último caso já se trataria de uma espécie de legislação.

No direito inglês, em que, apesar do predomínio hodierno da lei (**statute**), os precedentes judiciais conservam grande relevância, os **Reports**

(8) *Les Lois Assyriennes*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1960, p. 29.

— repositórios de jurisprudência —, obras particulares de juristas ou de instituições privadas de profissionais do direito, têm grande autoridade. Seu uso remonta ao *Year Book* de 1284, seguido, com pequenas soluções de continuidade, até os nossos dias. A partir de 1865, o *Council of Law Reporting* passou a ter seus *Reports* publicados pelo Governo, mas eles não adquiriram, com isso, caráter oficial.

São de natureza similar os *Restatements of the Law* — consolidação de casos e de legislação —, iniciados, em 1923, pelo Instituto Americano de Direito. Visam a facilitar o trabalho dos profissionais do foro e a incentivar o movimento pela uniformização do direito na Federação norte-americana. O valor do primeiro *Restatement* pode ser aferido pela estatística feita por um autor estadunidense: “De 1923 a 1950, a Consolidação foi citada num total de quase 18.000 vezes pelos Tribunais de Apelação, e essas citações continuam numa média de cerca de 1.200 por ano. Essas citações foram coletadas em volume intitulado *A Consolidação nos Tribunais*. Seus defensores sustentam que, em menos de 2% dos casos, houve discordância dos princípios da *Consolidação*”⁽⁹⁾.

Por outro lado, ninguém desconhece que se deve aos especialistas do direito, aos que escrevem tratados e pareceres, grande força motora nas mudanças jurídicas, seja na renovação da legislação, seja na jurisprudência dos tribunais. O desenvolvimento jurídico, através da difusão cultural do direito, por meio do empréstimo de partes de ordenamentos jurídicos mortos ou atuais, se realiza pela ação dos cultores do direito. Quando se trata de direito morto, o termo consagrado é o de “recepção”. Sem a atuação dos doutos, a Europa não teria conhecido a recepção do direito romano. O empréstimo de institutos ou até códigos vigentes de outros países é empreendido sobretudo por povos subdesenvolvidos que desejam acelerar, por via do direito, o seu avanço econômico e social. Quem os impele a isso é a sua *intelligentsia* jurídica. Lembrem-se a grande influência do direito constitucional norte-americano em toda a América Latina; a expansão, sob vários modelos, do controle de constitucionalidade da legislação, no sentido amplo, neste Continente, na Europa e outras partes do Mundo. A Grécia adotou o Código Comercial francês, como a Turquia kemalista, o Código Civil da Suíça.

As “respostas dos prudentes” já não seriam “doutrina”

Quando a doutrina é fonte formal de direito, por força de disposição legal expressa ou implícita, não se deve englobar nesse caso as “respostas dos prudentes” quando elas passaram a ter força vinculante para os juízes. Mas, para fim de clareza, a elas e a institutos similares faremos breves referências prévias.

Oficializado o direito de resposta de alguns juriconsultos por AUGUSTO, as *responso* somente teriam adquirido força vinculante com ADRIANO, pois se considera que aquele Imperador não teria exercido a função legislativa. Por um rescrito do Imperador ADRIANO, quando as respostas dos jurisperitos eram concordantes, vinculavam o juiz, dizendo-se que tinham “força de lei”. Somente quando havia divergência, o juiz podia

(9) E. ALLAN FARNSWORTH, *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*, Forense, Rio, S/d. (o original é de 1963), p. 108.

escolher entre as respostas. Os juriconsultos bafejados com o “direito de responder” agiriam como um órgão público, por uma espécie de delegação do Príncipe — *ius respondendi ex auctoritate principis* — para fixar o direito ou decidir a pendência em seus “pareceres”. O Príncipe, que podia constituir o direito, inclusive através de respostas ou rescritos, teria delegado esse poder a alguns jurisperitos. Posteriormente se disciplinou a invocação da autoridade dos juriconsultos em juízo, indicando aqueles cujas obras eram vinculantes para os julgadores: PAPIANO, PAULO, GAIO, ULPIANO e MODESTINO. Isso foi feito por uma constituição dos Imperadores VALENTINIANO III e TEODÓSIO II, do ano 428 d.C., conhecida como “lei das citações”. Prevalencia a opinião da maioria daqueles autores. Em caso de empate, a de PAPIANO era decisiva. Se não existisse opinião desse jurisperito, o juiz podia escolher a que lhe parecesse mais adequada. Foi essa, aliás, a época áurea dos mestres do direito, levando PETER LIVER a afirmar que “o direito romano do período clássico e pós-clássico é direito dos juristas” (*Juristenrecht*)⁽¹⁰⁾.

Pode-se considerar do mesmo gênero das **responsores** a decisão de litígio por uma resposta escrita do MUFTI, a mais alta autoridade espiritual islâmica, quando para isso fosse solicitado pelo juiz. O mesmo vale para as respostas vinculantes das comissões (*Spruchausschuesse*) de algumas faculdades de Direito alemãs (*Spruchfacultäten*), prática somente extinta no século passado. Uma lei penal, de 1532, do Imperador CARLOS obrigava os tribunais a consultar as faculdades de Direito. O ato de envio do processo a elas (*Aktenversendung*) era um direito das partes. O resolvido pela faculdade era de aplicação obrigatória. Conforme informação de um autor alemão, o Ato Federal de 1815 confirma essa prerrogativa das escolas de direito, que algumas faculdades jurídicas continuaram a exercer mesmo após a promulgação da Lei de Organização Judiciária de 1879⁽¹¹⁾.

A “doutrina” — fonte formal prevista pelo legislador

Quando é o próprio sistema jurídico que inclui expressamente o saber jurídico — geralmente sob a denominação de “doutrina” — entre as fontes do direito, cremos que não se justifica nenhuma dúvida. Nessa parte, a nossa tarefa está facilitada e apenas lembraremos alguns ordenamentos jurídicos que assim procedem. O próprio KELSEN concede isso, embora identifique fonte de direito com validade do direito, e, por conseguinte, afirme que “fonte do direito só pode ser o direito”. Todavia, esclarece ele: “Os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros” são mencionados como fontes do direito. Mas a distinção entre tais “fontes” e as fontes do direito positivo — continua KELSEN — “reside em que estas [as fontes do direito positivo] são juridicamente vinculantes e aquelas o não são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fontes de direito, isto é, as torne vinculantes”⁽¹²⁾. Quando

(10) PETER LIVER, artigo citado na nota n.º 1, p. 46.

(11) ALBRECHT WAGNER, *Der Richter*, Verlag C. F. Mueller, Karlsruhe, 1959, p. 56.

(12) *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., vol. II, p. 85. É a reiteração do que já havia escrito 16 anos antes, em sua *General Theory of Law and State* (Harvard Univ. Press, 1949, p. 132): “It is, however, possible for the legal order, by obliging the law-creating organs to respect or apply certain moral norms or political principles or opinions of experts, to transform these norms, principles, or opinions into legal norms and thus into true sources of law” (grifo nosso.)

KELSEN aplica o adjetivo “vinculante”, certamente não o faz com o mesmo rigor usado quando se diz que os pareceres dos juristas romanos, dotados com o “direito de resposta por autoridade do Príncipe”, eram obrigatórios para a solução do litígio. Esses pareceres eram casuísticos e não davam nenhuma margem de liberdade ao julgador. Diferente, entretanto, é a posição do juiz em face da própria lei. Como esta, por via de regra, estabelece a forma em que a norma individual deve ser fixada, e nem sempre regula a matéria dessa norma, até KELSEN reconhece que o juiz, ao aplicar a lei, em qualquer das duas hipóteses — mas sobretudo na primeira —, goza de certa liberdade, através da interpretação, ao decretar, na sentença, a norma individual. Daí o papel criador da função judicante. Diante da doutrina prevista como fonte do direito pela ordem jurídica, a situação do juiz não muda. O seu poder criador deverá ser ainda maior. Se há diferença nas duas situações, será puramente de grau.

A posição de KALINOWSKI é igual à de KELSEN. KALINOWSKI distingue as ciências normativas em três: 1) as que estudam normas; 2) as que criam normas; 3) as que conhecem o seu objeto através de normas. O direito estaria na primeira classe para todos os normativistas, pois a sua ciência é qualificada de normativa porque descreve e interpreta normas. A segunda categoria provém do positivismo comtiano, passando por WILHELM WUNDT, a EMILE DURKHEIM e seus seguidores. Toda essa corrente pretende basear a Moral na Sociologia, reduzindo a primeira a uma arte ou técnica derivada de leis causais. O terceiro tipo de ciência — aquela que conheceria seu objeto através de normas — está representado apenas pelo “egologismo” de CARLOS COSSIO. Essas considerações são necessárias para elucidar o pensamento de KALINOWSKI, que nega à “teoria” jurídica o predicado de fonte formal do direito. Mas reconhece que o seja quando o legislador assim dispuser, como vemos nestas palavras: “se a doutrina não é explicitamente reconhecida por dada legislação como uma fonte formal de direito no sentido explícito, somente tem o valor de um conselho dado ao juiz” (13). Deve-se concluir que, no caso de reconhecimento explícito do legislador, a Teoria Jurídica passará a ser ciência normativa no primeiro sentido (porque estuda normas) e no segundo sentido, isto é, o de ciência normadora (**normatrice**, em francês).

Passemos, pois, a dar exemplos de algumas ordens jurídicas que acolhem a doutrina como fonte de direito. O Código de Direito Canônico coloca “o parecer comum e constante dos doutores” — **communi constantique sententia doctorum** (Can. 20) — no último lugar, mesmo abaixo do costume, que vem previsto em outros cânones (25 a 30).

As Ordenações Portuguesas acolhiam a “doutrina”, dando preferência a ACCÚRSIO e BARTOLO. Vejam-se as **Ordenações Filipinas**, Livro III, Tit. 64, § 1º: “E se o caso, de que se trata em prática, não for determinado por lei de nossos Reinos, estilo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiais, ou pelos Sagrados Cânones, então mandamos que se guardem as Glosas de ACCÚRSIO, incorporadas nas ditas leis, quando pela comum opinião dos doutores não forem reprovadas; e quando, pelas ditas Glosas, o caso não for determinado, se guarde a opinião de BARTOLO, porque sua opinião comu-

(13) GEORGER KALINOWSKI, *Querelle delle Scienze Normative*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 110.

mente é mais conforme à razão, sem embargo que alguns doutores tivessem o contrário; salvo se a comum opinião dos doutores que depois dele escreveram for contrária". O autor da Lei da Boa Razão, de 1769, tinha opinião oposta em relação àqueles dois doutores. Critica-os por sua ignorância em história e filologia romanas. Em seguida, de acordo com a técnica legislativa de então, que embutia os considerandos no próprio texto normativo, conclui: "Mando que as glosas e opiniões dos sobreditos ACCÚRSIO e BARTOLO não possam ser alegadas em juízo, nem seguidas na prática dos julgadores" (§ 13).

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no seu art. 38, considera "a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito". Podemos afirmar que o ensinamento dos juristas também é admitido, sem usar a expressão, pela nossa Consolidação das Leis do Trabalho, ao se referir ao "direito comparado" (art. 8º), pois este só existe como elaboração doutrinária. Seguindo tais precedentes, o Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas encerra o seu elenco de fontes do direito com a "doutrina aceita, comum e constante dos jurisconsultos".

"Princípios gerais do direito". Também pensamos que a referência aos "princípios gerais do direito" como fonte formal do direito, contida em vários textos normativos, equivale, em última análise, à chamada "doutrina". Encontramo-la em muitas ordens jurídicas. Por exemplo, no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas); no art. 4º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil (art. 7º da Introdução de 1916); no Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (art. 6º). A Consolidação das Leis do Trabalho usa a fórmula "princípios e normas gerais do direito" (art. 8º). O Código Civil Geral da Áustria manda o juiz decidir segundo os "naturais princípios gerais do direito" (*natuerlichen Rechtsgrundsätzen*). O italiano de 1865 menciona os "principi generali di diritto", expressão substituída, no novo Código, pela fórmula: "principi generali del ordinamento giuridico dello Stato". Nunca houve unanimidade entre os juristas italianos sobre o significado das duas fórmulas, nem sobre o sentido e o alcance da alteração. PETER LIVER acha que "a divergência gira, principalmente, sobre a questão se são reconhecidas como princípios gerais só as normas fundamentais que podem ser deduzidas do direito positivo ou se podem ser entendidas como tais também as normas fundamentais existentes na base da ordenação positiva, mas que nela não acharam nenhuma concretização, tendo sua razão de validade na tradição, na convicção jurídica, na moral, na razão ou no direito natural" (14).

A expressão, por demais vaga, tem provocado as mais variadas interpretações. Os comentadores do Código de Direito Canônico (15) equiparam os princípios gerais do direito à *analogia juris*, distribuindo esses princípios em três classes: "1ª) os de direito positivo propriamente canônicos, contidos explicitamente no mesmo Código; 2ª) os do direito positivo universal ou comuns a todo direito, que se pressupõem admitidos também pelo direito canônico, se não se prova o contrário, e 3ª) os de direito natural". JOSÉ

(14) PETER LIVER, artigo citado na nota n.º 1, p. 31.

(15) Da edição espanhola de La Editorial Católica S.A., Madrid, 1949. Comentários ao Cónone 20.

DE OLIVEIRA ASCENSÃO também é de opinião que a **analogia juris** se poderia equiparar aos princípios gerais do direito. Mas, sendo jusnaturalista, conclui por igualá-los ao direito natural ⁽¹⁶⁾. Seria infundável tentar arrojar todas as acepções da expressão.

Podemos, em suma, resumir a três as principais interpretações: 1) como equivalente do direito natural; 2) como indicativa dos princípios que são de essência do direito dos povos civilizados ou lhe servem de base; 3) os princípios, expressos ou implícitos, que servem de fundamento a uma ordem jurídica positiva.

MARCELO CAETANO, que opta pela terceira conotação, comenta: "O princípio geral do direito é, em regra, produto de elaboração doutrinária (grifamos): trata-se de uma idéia superiormente informadora de todo o sistema jurídico ou de certa parte dele, de que decorrem, portanto, as regras e soluções consagradas na legislação" ⁽¹⁷⁾.

Não é diferente o nosso modo de pensar quando um texto legal consagra o "direito natural". Ou estaremos diante de uma expressão sem conteúdo ou de uma fórmula que entrega à discricção do juiz julgar segundo suas concepções de direito natural, que variam conforme as correntes jusnaturalistas. Caímos sempre na "doutrina". Assim, a Constituição francesa de 1848 dispõe em seu Preâmbulo, III: "Ela [a República Francesa] reconhece direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas". Não enumera, entretanto, esses direitos e deveres. Só a "doutrina", de modo sempre controverso, dadas as diversidades de orientações a respeito, poderá tentar esse árduo empreendimento.

Seja qual for o sentido por que se opte, temos de nos socorrer da "doutrina" para apontar os "princípios fundamentais do direito", pois que eles não se encontram disciplinados em normas positivas, legisladas ou costumeiras. É o teórico do direito que terá de deduzi-los ou descobri-los. Desse modo, a expressão seria eqüipolente à de "doutrina". Quando, pois, ao lado da "doutrina", um texto legal acrescenta "os princípios gerais do direito", concluímos ou que estes devem ter preferência entre os ensinamentos doutrinários ou que o legislador comete uma redundância.

A "doutrina" como fonte formal no silêncio do legislador

Essa é a nossa terceira e última tese. Já afirmamos que o saber jurídico é fonte material do direito mesmo quando o legislador proíbe que o juiz invoque a "opinião dos juristas", como faz o art. 6º do Código prussiano de 1794. Asseveramos que se trata de uma proibição vã, pois sempre o juiz pode julgar segundo a opinião desse ou daquele jurista, sem fazer menção a ninguém. Neste ponto, a noção de fonte material do direito reconhecida à "doutrina" é inseparável da de fonte formal como as duas faces de uma moeda, pelos seguintes motivos:

1) Nas sociedades mais complexas, os profissionais do direito são obrigados a possuir uma formação universitária, que lhes imbuí sobretudo a "doutrina" ou a chamada "Dogmática Jurídica". A tarefa primacial desta é descrever, classificar e interpretar o direito positivo. Quando os mestres

(16) O Direito — Introdução e Teoria Geral, Fund. Gulbenkian, Lisboa, 1978, pp. 403-4, e 407.

(17) Manual de Direito Administrativo, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 1957, p. 71.

do direito, em suas obras, já deram uma interpretação sobre determinado ponto jurídico, é natural que os juízes a adotem, especialmente os juízes mais jovens ou mais novos no seu ofício. Em vista disso, PARESCI considera muito especiosa a diferença de KELSEN entre interpretação judicial e interpretação científica. Quando o juiz **escolhe**, faz juízos valorativos que, sendo emocionais, estão além do domínio da “ciência” jurídica. Diversa, porém, é a situação do “cientista” do direito que, impedido, pela pureza metódica, de emitir juízos de valor, se limita a apresentar um catálogo de soluções possíveis em face da ambigüidade semântica da norma. E comenta adiante: “Substancialmente, porém, se se fecha um orifício, outro se abre: alarga-se de fato a brecha aberta com a ‘norma fundamental’ enquanto os elementos valorativos (morais, políticos, sociais), que se reconhecem que podem atuar sobre o juiz, são os mesmos que influem na base do sistema e, nessa nova versão, constituem uma heterointegração de fato do sistema normativo” (18).

Pode-se dizer, pois, que quase toda interpretação judicial se apóia ou tem por trás uma interpretação doutrinária. Ainda que em menor grau, o mesmo se passa com a interpretação autêntica. Mesmo quando o legislador cria uma norma, ou revoga outras, seja ele leigo ou não, sempre se socorre dos ensinamentos dos especialistas do saber jurídico.

Os práticos do direito, pelo seu treinamento especializado, aprendem uma linguagem técnica que nem sempre vem definida nos textos normativos, embora se encontrem muitos dispositivos legais que são meras definições mais ou menos completas. Disposições dessa espécie são normas auxiliares, ou, na terminologia de KELSEN, normas não autônomas. Um exemplo: nosso Código Civil dedica um capítulo à “especificação”, mas não a define. Aquele que se interesse em conhecer-lhe o significado terá de socorrer-se de um livro da chamada Dogmática Jurídica. E assim, com inúmeros termos que o legislador não define ou os define incompletamente. Por isso, afirmamos que a chamada Dogmática Jurídica funciona — para o leigo ou para os juristas práticos —, em relação ao direito, como o dicionário comum para uma língua.

2) Deve-se advertir que, no estudo do direito, como no das demais ciências da sociedade e da cultura, é muito difícil separar o sujeito do objeto do conhecimento. Um matemático e um naturalista podem entregar-se às suas investigações sem preocupar-se se elas terão algum efeito sobre sua posição de crente ou de descrente, de pobre ou de rico, em suma, sobre o rol de seus valores ou preferências. Ainda assim, devemos observar que se exagera o afastamento do cientista matemático-natural em face do resultado de suas investigações. A história está cheia de reações da sociedade contra achados das ciências causais, como as sofridas por GALILEU, DARWIN, FREUD e muitos outros.

Nas ciências sócio-culturais — **grosso modo** —, investiga-se um objeto de que fazemos parte ou que pode estar até interiorizado em nós mesmos. Queiramos ou não, as teses do cientista social repercutem sobre a sociedade e sobre ele próprio, sendo muito difícil fazer a separação entre a teoria e a prática nesse campo. Daí a assertiva de que o saber jurídico é de natureza

(18) ENRICO PARESCI, verbete “Fonti del Diritto (Filosofia)” in *Enciclopedia del Diritto*, direção de CONSTANTINO MORTATI e SALVATORE PUGLIATTI, Dott. A. Giuffrè, Varese, 1968.

prática ou uma técnica com a qual se procura dar certa aparência sistemática aos instrumentos de solução pacífica dos conflitos ou divergências humanas, instrumentos que, em última análise, constituiriam o fenômeno jurídico. Observando o conteúdo de grande parte das obras pertencentes ao domínio da "Dogmática Jurídica", ALF ROSS salienta que nem sempre ela se limita ao conhecimento do direito vigente, pois tenta influenciar o juiz. Ao nosso ver, tanto o direito legislado está cheio de conceitos da Dogmática — definições e fórmulas —, como a Dogmática está impregnada de princípios que pretendem ser reitores da vida jurídica. É o que também ensina ALF ROSS nestas palavras: "Apelando à consciência jurídica e a considerações práticas, os juristas procuraram fixar certas interpretações do direito na esperança de que essas interpretações influam futuras decisões jurídicas. Nesse ponto, por isso, tais interpretações não são mais asserções, mas diretivas sob forma de conselhos, exortações e recomendações dirigidas ao juiz para que resolva de certo modo o caso em questão, numa palavra, diretivas (...) Minha impressão é que, pelo menos nos países escandinavos, a maioria dos juristas considera o aspecto político da doutrina, as diretivas de **sententia ferenda** (que não devem ser confundidas com as diretivas de **lege ferenda**) como a parte mais importante de seu trabalho. Seu interesse principal é prático, e não teórico. Eles se consideram mais políticos (no sentido amplo) do que teóricos (...)". Tais afirmativas derivam de uma análise do "conteúdo típico dos trabalhos doutrinários", que levou ROSS a classificar esse conteúdo no seguinte esquema: "1) asserções descritivas referentes ao direito vigente, dotadas de maior ou menor grau de probabilidade; 2) diretivas não descritivas; e 3) asserções descritivas referentes a fatos históricos, econômicos e sociais, bem como a circunstâncias que operam como argumentos para o primeiro ou para o segundo caso" (19).

Como descrição do teor da maior parte das obras conhecidas de Dogmática Jurídica, acreditamos que todos concordarão com as observações de ROSS, inclusive o próprio KELSEN. Mas este replicaria que o objetivo da Teoria Pura do Direito é justamente o de pôr fim a esse sincretismo metodológico e implantar, na "Ciência" Jurídica, a pureza metódica, expurgando-a de todas as considerações extrajurídicas, e fazendo-a verdadeiramente livre de valorações (*wertfrei*). Quanto ao nosso tema, entretanto, devemos reafirmar que KELSEN, identificando o problema das fontes do direito com o da sua validade, diz que a fonte última do direito é a "norma fundamental" (*Grundnorm*). Qualquer que seja a natureza dessa norma — norma de caráter gnosiológico ou, como KELSEN veio a admitir em seus últimos trabalhos, norma fictícia produzida por um ato de volição fictício —, ela não é norma positiva ou **posta**, mas, sim, **pressuposta**. Ela é, pois, fruto de construção doutrinária, chame-se "teoria" ou "ciência" — pouco importa. Como ele sempre reitera que fonte de uma norma é outra norma de grau superior, acaba afirmando que "a norma básica é, pois, a fonte do direito" (20). Conseqüentemente, ele não pode negar que a "doutrina" ou o saber jurídico teórico é fonte formal do direito, mesmo quando a ordem jurídica silencia a esse respeito. Não foi por outra razão que se pôde afirmar que a Teoria Pura do Direito não passa de "uma gigantesca teoria das fontes" (21).

(19) ALF ROSS, *Direito e Giustizia*, Giulio Einaudi ed., Torino, 1965, pp. 45-8.

(20) *General Theory of Law and State*, p. 131; *T. Pura do Direito*, 2.º vol., p. 84.

(21) in PARESCI, verbete citado na nota n.º 18.

Conteúdo e alcance da competência para editar normas gerais de direito tributário

(art. 18, § 1.º, do texto constitucional)

GERALDO ATALIBA

Professor nas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade Católica de São Paulo

Duas correntes doutrinárias se formaram formulando propostas para interpretação do § 1º do art. 18 do texto constitucional.

A primeira — que chamaremos de corrente tricotômica — entende que nesse dispositivo se contêm três regras:

- a) a União editará normas gerais de direito tributário;
- b) a União editará regras sobre conflitos de competência em matéria tributária;
- c) a União editará normas que regulam limitações constitucionais ao poder de tributar.

A segunda corrente, a que chamaríamos dicotômica, vê neste texto constitucional a outorga de competência ao Congresso Nacional para que edite normas gerais de direito tributário, com os seguintes conteúdos:

- a) preceitos reguladores de conflitos de competência em matéria tributária; e
- b) normas que regulem limitações constitucionais ao poder de tributar.

Esta segunda corrente atribui um campo delimitado, preciso, circunscrito e reduzido às normas gerais, ao contrário da primeira, que quer ver nas normas gerais um verdadeiro superdireito, intermediando entre a Constituição e a lei ordinária.

Tese apresentada no III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em Belo Horizonte — MG, de 17 a 21 de maio de 1982, sob o patrocínio da Faculdade de Direito da UFMG, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e da Fundação Prof. J. do Valle.

Sem reproduzirmos toda discussão que a esse respeito se travou, optamos decididamente pela segunda corrente (a dicotômica).

As razões pelas quais optamos por esta corrente serão aqui sinteticamente expostas. Elas emergem, a nosso ver, naturalmente, de uma visão jurídica global da Constituição e sua concepção sistemática, que obriga a reconhecer a superioridade e prevalência dos princípios — especialmente o federal — sobre as simples regras.

Optamos pela corrente dicotômica, desenvolvendo raciocínios que CARVALHO PINTO cultivara em meditação que justificou estudo publicado em 1945 (RDA, vols. XII e XIII).

Na verdade, é no direito constitucional — na consideração de seus postulados fundamentais — que estão as razões que, a nosso ver, obrigam uma concepção estrita da faculdade do Congresso para editar tais normas gerais. É o sistema constitucional, assim nos parece, que conduz a verificar a absoluta excepcionalidade dessa competência, o que postula adoção de interpretação restritiva à faculdade prevista no § 1º do art. 18 e às leis complementares que, com base nela, se editem (v. nosso estudo sobre o tema in RDP, vol. 10, págs. 45 e segs.).

É uma interpretação literal a que conduz à tese predominante — a tricotômica. A interpretação sistemática aponta caminho que leva a solução oposta, por nós propugnada. Impõe-se considerar a oportuna ponderação de PAULO BARROS CARVALHO: o texto literal da norma jurídica é o ponto de partida dos trabalhos exegéticos, jamais ponto de chegada. Começa-se, necessariamente, a tarefa hermenêutica pelos textos escritos das normas. Mas não pode ficar singelamente nisso a tarefa científica.

A chamada “interpretação literal” é absolutamente inaceitável. Não é interpretação. É mero pressuposto de interpretação, como o sinala BARROS CARVALHO.

Além do mais, a Emenda Constitucional nº 1, de 69, é tão cheia de falhas, redundâncias, repetições e imperfeições técnicas que, em nenhuma hipótese, pode o intérprete valer-se do simples texto, para encontrar solução que desvende o significado, conteúdo e alcance de seus mandamentos.

Os exemplos que, a esse respeito, se podem invocar são os mais abundantes. As manifestas deficiências de redação desse texto o tornam, mais do que qualquer outro, imprestável para qualquer espécie de labor simplificado.

São princípios constitucionais fundamentáveis — que pairam acima dos demais princípios constitucionais — o da autonomia do Estado e o da autonomia dos Municípios (arts. 13 e 15). Como princípios, encerram exigências integrais, como diz AGUSTIN GORDILLO.

Não é difícil demonstrar tecnicamente o cunho de princípios desses preceitos. Não é difícil salientar os valores radicais e básicos que eles encerram.

KELSEN ensina que a importância do valor encerrado ou protegido num preceito se deduz pela sanção a que sua desatenção corresponde. Aí está o critério técnico para se determinar a escala de gravidade ou importância dos valores jurídicos e correspondentes normas que os consagram.

Tal critério está longe de poder ser reputado arcano, reservado aos iniciados. Pelo contrário, é quase intuitivo e acessível a qualquer pessoa e aplicável por qualquer um que seja capaz de despir-se de preconceitos. Até o homem da rua sabe que o homicídio é mais grave que o roubo, pela intensidade da sanção, muito mais drástica no primeiro caso.

Pois as sanções previstas pela Constituição, nos casos de desrespeito às autonomias estadual e municipal, são das mais radicais que o sistema prevê. Efetivamente, se o Presidente da República viola a autonomia dos Estados, comete crime de responsabilidade, cuja sanção é a perda do cargo; se o Congresso, a sua lei é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Se um Estado desrespeita a autonomia doutra, declara-se seu ato inválido; se o ato tiver efeitos materiais concretos, sofre intervenção federal.

A autonomia dos Municípios, de seu lado, é protegida contra as violações dos Estados por inúmeras formas, a principal das quais consiste na cominação de intervenção federal. Esta implica suspensão, para aquele Estado, do princípio federal (“autonomia recíproca entre União e Estados”, na sintética formulação do saudoso A. SAMPAIO DÓRIA). Tão grave é a violação da autonomia dos Municípios que se suspende a autonomia do Estado que a perpetra, com a intervenção de todos os demais Estados, no recalcitrante, com o fim de preservar ou restabelecer a supremacia do pacto federal e a intangibilidade dos princípios que ele consagra (v. RAUL MACHADO HORTA, OSWALDO TRIGUEIRO e ERNESTO LEME).

Como princípios fundamentais, suas exigências condicionam a própria compreensão de outros princípios e, com maior razão, de simples regras constitucionais.

Em outras palavras: não é possível interpretar outros princípios constitucionais — e menos ainda simples regras constitucionais — de modo a contrariar as diretrizes ou a orientação geral contida ou fixada nos princípios fundamentais.

Efetivamente, é redondamente equivocado, e, pois, rejeitável o resultado de qualquer labor exegético — desenvolvido a propósito assim de outros princípios ou regras constitucionais, como de preceitos legais — que conduza a negar ou anular as exigências dos princípios básicos como o são a república, a federação e a autonomia municipal.

Estados e Municípios são autônomos, e essa autonomia é política, expressando-se, portanto, em matéria legislativa, de modo precípuo. As pessoas jurídicas públicas — União, Estados e Municípios — são qualificadas por CIRNE LIMA como políticas, pelo fato de serem necessárias e constitucionais. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO atribui à sua competência legislativa originária o cunho político de sua capacidade.

Cada qual emana as leis próprias, extraindo a sua competência do próprio texto constitucional. Assim, é a mesma norma que serve de suporte e fonte para seus poderes. E essa norma, a Constituição, lhes atribui igual intensidade e qualidade de poderes (a única diferença está na quantidade). A mais conspícua das competências estatais, manifestação primária de poder, está na legislação em caráter inaugural. Esta, Estados e Municípios a têm, em igualdade de condições com a União.

Aceitar a corrente tricotômica importa estabelecer hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais, hierarquia esta incompatível com o texto constitucional, como irretorquivelmente o demonstrou SOUTO MAIOR BORGES, no seu **Lei Complementar Tributária**. A Constituição brasileira não adota nenhuma hierarquia das leis. Prevê, isto sim, uma divisão de competências por critério material.

A corrente tricotômica opta por uma solução que convém aos Estados unitários, como é o caso, por exemplo, da Espanha, da Itália, da França, que são países cuja elaboração doutrinária de direito tributário exerce maior influência sobre nós. Aliás, a inspiração próxima do Código Tributário Nacional está na LGT (Ley General Tributaria) espanhola, em cujo regime constitucional só havia — à época em que expedida — um poder legiferante: o Estado nacional; e também no RAO (Código Tributário Alemão), que foi editado para um sistema tributário típico de Estado unitário — a despeito de a Alemanha ser federal — por razões históricas.

E aí está a razão pela qual — com tanta facilidade e de modo acrítico e precipitado — aqui se julgou fácil adotar a corrente tricotômica. A avassaladora e sufocante influência da doutrina européia é a causa principal (ao lado do descuido do estudo do nosso direito constitucional) do predomínio dessa corrente, entre nós.

Seria uma incoerência inaceitável — em qualquer contexto jurídico normativo — admitir que a Constituição pudesse outorgar uma competência legislativa como essa, de modo tão amplo, tão lasso e tão confuso, como decorreria da simples “leitura” a que se pretende atribuir foros de interpretação da disposição do § 1º do art. 18.

Na verdade, num contexto sistemático rígido, como é o caso do nosso — em que se estabelecem competências privativas e diversos dispositivos tendentes a evitar conflitos entre as pessoas tributantes, a salvaguardar as respectivas autonomia e independência de cada pessoa —, a existência de uma disposição com o conteúdo que propõe a corrente tricotômica seria uma excrescência. Ela sozinha importaria destruição, negação do restante do sistema, o que o intérprete não pode deduzir, nem ter como correto.

Além do mais, pretender — como o faz a chamada corrente tricotômica — a existência de uma competência isolada atribuída à legislação complementar, no sentido de fixar normas gerais de direito tributário, implica necessariamente no esforço prévio de ser estabelecido o campo de incidência dessas normas. Quem afirmar que, no nosso sistema, é possível a existência de tais normas gerais, com conteúdo próprio e específico (além dos fixados no § 1º do art. 18), deve, antes, demonstrar qual a matéria típica

dessas normas. E deve, ao fazê-lo, concomitantemente respeitar as autonomias constitucionalmente asseguradas e a privatividade das competências privativas.

Isto porque normas gerais de direito tributário não são quaisquer normas de direito tributário; ao contrário, a dição do qualificativo “gerais” já demonstra que se trata de certas e especiais normas e, portanto, implica obrigatoriamente uma limitação, restrição do campo de atuação do legislador complementar. Efetivamente, normas gerais não são normas tributárias ordinárias. Estas são de competência do legislador ordinário de cada pessoa constitucional.

Ora, esse esforço tem sido desenvolvido pela doutrina brasileira, até presentemente, muito embora de maneira infrutífera e inconvincente. Tudo que ultrapasse o reduzido campo — constitucionalmente previsto — consistente na disciplina de conflitos e regulação de limitações invade a área do legislador ordinário.

Por isso, não foi possível encontrar sequer um mínimo de consenso no sentido do que se deve entender pela expressão “normas gerais de direito tributário”, por parte dos sustentadores da corrente tricotômica.

Esse questionamento já surgia durante os próprios trabalhos de elaboração do projeto que acabou resultando no Código Tributário Nacional. CARLOS ROCHA GUIMARÃES foi quem, à época, de modo mais claro, colocou o problema.

A comissão elaboradora, nos seus debates, ampla e profundamente questionou o alcance dessa expressão versada no texto constitucional, não tendo sido possível sequer, entre seus membros, chegar-se a alguma conclusão satisfatória sobre o que se deveria entender por “normas gerais de direito tributário”.

E a tal ponto chegou a inconsistência, nessa área, que, no texto aprovado, “o Código Tributário Nacional” acabou por incluir — como se fossem normas gerais de direito tributário — disposições atinentes à descrição da própria hipótese de incidência dos tributos, de modo exaustivo. (Isto é um rematado absurdo. Essa lei ou repete a Constituição e é inócua; ou amplia ou restringe o que no texto magno se contém e é, assim, inconstitucional. Em todas as hipóteses flagrantemente descabido, despropositado.)

Ora, regular essa matéria é, pode-se dizer, a fundamental tarefa reservada pela Constituição aos legisladores ordinários da União, dos Estados e dos Municípios. E reservada de modo **privativo** e exaustivo.

Efetivamente, na medida em que haja o texto constitucional atribuído competências privativas e exclusivas, em matéria tributária, à legislação ordinária dessas pessoas, é evidente e notório que a descrição dos vários tributos em particular constitui a tarefa fundamental e a mais importante que a essa legislação reservou o texto constitucional. Não cabe, pois, no nosso sistema, lei nenhuma que não a ordinária de cada pessoa política competente, cuidando de hipóteses de incidência tributária.

A despeito das respeitabilíssimas opiniões em contrário, pensamos que isso parece não se compadecer com o sistema constitucional brasileiro. Essa concepção se justificou quando da elaboração do projeto que se transformou na Emenda Constitucional nº 18, quando a paixão dos debates levou todas as atenções a centrarem-se no subsistema tributário, o que acarretou o olvido do contexto geral do sistema jurídico nacional.

Exame sereno da disciplina constitucional nessa matéria parece conduzir efetivamente a conclusão radicalmente diversa da prevalecente e já traduzida em farta legislação, jurisprudência e doutrina.

Entender possível haver normas gerais além dos casos expressamente previstos no § 1º do art. 18 é converter o Estado brasileiro — em matéria tributária — em Estado unitário, o que desmente todo o sentido do conjunto de normas, que forma o subsistema constitucional tributário, dentro do sistema constitucional.

Os preceitos da Constituição que tratam da matéria tributária — e da competência tributária principalmente — não têm outro significado senão estabelecer os critérios de atuação e de funcionamento das autonomias, em matéria tributária.

Portanto, são regras específicas, assecuratórias dos efeitos e da eficácia do princípio federal e do princípio da autonomia municipal, no que à matéria tributária concerne.

Apontam, pois, em sentido radicalmente oposto àquele expressado no Código Tributário Nacional e de modo geral aceito pela doutrina. (Note-se que essa doutrina é exatamente aquela que adota como um de seus pressupostos a autonomia do direito tributário. Esta tese tem sido justificção para que não se estudem os demais ramos do direito, inclusive o constitucional. De modo geral, quem afirma a autonomia do direito tributário — no Brasil entendida como autonomia diante dos outros ramos de direito — se permite só estudar a legislação tributária, nisso tentando fazer-se exímio. Escusa-se, assim, de estudar a Constituição e de examinar suas exigências. E, quando com elas esbarra, não sabe o que fazer. E termina por negá-las, como no caso das normas gerais.)

Aí está evidente um dos malefícios das falaciosas teorias autonomistas, que fazem praça da desconsideração pela unidade fundamental do direito e incindibilidade do sistema jurídico e terminam por negligenciar a supremacia da Constituição e o cunho sistemático da ordenação jurídica, contra as sábias e candentes advertências de ALFREDO BECKER.

Não surpreende, pois, que diante de um problema desse porte fiquem com a intenção do legislador e não saibam avaliar adequadamente uma exigência de princípio da Constituição e terminem por aceitar uma norma que ou repete a Constituição, ou a amplia ou a restringe, em matéria em que o texto magno é rigidíssimo e exaustivo!

Sistematicamente se compreende, de modo imediato, que a lei que cria tributos é necessariamente a lei ordinária da pessoa competente para cria-

ção do tributo; a lei é um instrumento da autonomia das pessoas constitucionais (cf. CIRNE LIMA e CELSO ANTÔNIO).

Ora, a se aceitar a tese da corrente tricotômica, estar-se-á entendendo que a Constituição, no § 1º do art. 18, nega o que havia afirmado como princípio, nos arts. 13 e 15.

Estar-se-á supondo abrigar o texto constitucional uma contradição desse porte!

Na verdade, a competência tributária, que se expressa primeira e elementarmente pela descrição das hipóteses de incidência dos tributos — pela criação dos tributos, portanto —, é uma expressão, uma forma de manifestação da autonomia assegurada, em termos tão categóricos, pelo texto constitucional.

Ora, como ensinava RUI BARBOSA, “o que a Constituição dá com a mão direita não retira com a esquerda”.

O § 1º do art. 18 é nitidamente, no contexto do nosso sistema, uma disposição excepcional. Vem abrir uma exceção ao princípio da absoluta, ampla e irrestrita capacidade legislativa das pessoas públicas.

Por ele, prevê o texto magno, em matéria tributária haverá algumas normas que não pertencem ao legislador ordinário federal, estadual e municipal.

Estas normas são, portanto, excepcionais dentro do sistema. A competência conferida ao Congresso Nacional para editar normas gerais de direito tributário, mediante lei complementar, é absolutamente excepcional, porque derogatória — nos limites e termos estritos da matéria do § 1º do art. 18 — dos princípios da autonomia estadual e municipal.

Ora é elementar e universalmente aceito que as exceções devem ser interpretadas estritamente. Daí o brocardo, já vetusto, segundo o qual **exceptiones sunt strictissimae interpretationis**.

A corrente tricotômica — ao contrário de propugnar uma interpretação estrita — atribui conteúdo e sentido ilimitados ao preceito objeto da nossa consideração agora. Pretende atribuir, dessarte, à lei complementar função que amesquinha e até mesmo anula a lei ordinária expressiva da competência constitucional das pessoas políticas.

É cediço, em hermenêutica, que, se duas interpretações são, em princípio, cabíveis, deve o intérprete optar pela que melhor, mais ampla e mais eficientemente, realize os princípios fundamentais do sistema. Deve prevalecer a interpretação que de modo mais decidido caminhe no rumo apontado pelos princípios, melhor lhes satisfaça suas exigências integrais e radicais (AGUSTIN GORDILLO).

No caso, as duas propostas das duas correntes seriam, em princípio e em tese, admissíveis como propostas aceitáveis, para uma primeira aproximação do tema.

Não cabe a menor dúvida de que o intérprete deve ficar com aquela proposta que atenda às instâncias dos princípios, rejeitando a que tem como resultado prático negá-los.

Efetivamente, é inequívoco que autonomia municipal e autonomia estadual são elementos básicos, basilares de todo o sistema constitucional, o que força a opção pela corrente dicotômica.

Parece, nesta altura, oportuno examinar criticamente a doutrina predominante e a postura das autoridades científicas que a conduziram a esta postura. Nisso, homenageamos os mestres que lideraram toda a formação científica especializada no País.

O anteprojeto de lei que se transformou no Código Tributário Nacional foi elaborado por RUBENS GOMES DE SOUSA e GILBERTO DE ULHOA CANTO, inquestionavelmente dois dos maiores e mais autorizados mestres do direito tributário brasileiro.

Por outro lado, contou com o abono e o apoio decidido de ALIOMAR BALEEIRO, outro mestre de porte incomparável. Essa tríade de juristas representa o melhor pensamento clássico do direito tributário brasileiro.

Vejamos, no trabalho concreto por eles desempenhado, de acordo com suas convicções, qual é o conteúdo que imaginaram para as normas de direito tributário. Ao verificá-lo, vamos ver que nem mesmo estes mestres autorizados são capazes de descobrir um conteúdo para essas normas, **compatível com as exigências expostas anteriormente** (e que não são nossas, dos intérpretes, mas da Constituição).

Não é aqui o momento de se fazer um exame pormenorizado do Código Tributário Nacional — o que alhures já fizemos — para essa demonstração.

Basta assinalar que os preceitos que se contêm no código, na sua esmagadora maioria, ou repetem a Constituição (e são inócuos) ou ampliam competências constitucionais, em prejuízo, portanto, de outras competências — e aí se fazem inconstitucionais —, ou restringem competências constitucionais, incidindo no mesmo vício.

(Com tal conteúdo, esse código só poderia ser compatível com um Estado unitário, dotado de Constituição não exaustiva da disciplina da competência tributária, como é a nossa.)

Isto, sinteticamente acenado, é a demonstração de que nem mesmo os mais autorizados cientistas foram capazes de descobrir um conteúdo para as normas gerais de direito tributário, que não aquele proposto pela corrente dicotômica (a qual se apóia no enunciado do § 1º do art. 18).

É evidente que não se está postulando a total invalidade do Código Tributário Nacional, tal como vigente.

Não! Nas disposições em que ele não seja manifestamente inconstitucional, é válido como lei federal, vinculante da União e regulador das relações jurídicas entre a União e seus contribuintes. Porém, jamais como

lei vinculante de Estados e Municípios, por revestir a qualidade de lei federal e não nacional (cf. nosso "Leis federais e leis nacionais", in **Estudos e Pareceres**, vol. III, págs. 15 e seguintes).

Porém, na medida em que é lei ordinária simplesmente federal, à falta de lei específica ordinária estadual ou municipal, o Código Tributário Nacional é invocável, por analogia, até por força de uma postulação sistemática, no sentido de que a lacuna eventual da lei estadual ou da lei municipal pode ser preenchida por lei de igual natureza, editada por uma pessoa de igual hierarquia, como é o caso da União.

Evidente que, no caso de lacuna de lei municipal, em qualquer matéria — desde que não se trate de criação e aumento de tributo —, a primeira e mais próxima analogia está em outra lei municipal.

A segunda analogia é a da lei estadual, e só em terceiro grau se recorre à lei federal. É que nosso sistema constitucional adota a orientação de articular os Municípios mais estreitamente com os Estados. Quanto às lacunas da lei estadual, o intérprete as deve preencher buscando a mais próxima analogia, que está evidentemente na legislação de outros Estados. Só à falta de qualquer apoio aí é lícito ir à lei federal, como bem ponderou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

Entretanto, por uma série de fatores, inclusive por causa do prestígio que o Código Tributário Nacional tem, em si mesmo — não prestígio jurídico, mas prestígio doutrinário —, os legisladores estaduais e municipais se têm omitido na edição de legislação a respeito de uma série de questões tributárias.

Então, acontece que falta — diante de lacuna de lei municipal —, muitas vezes, a primeira analogia; falta também disciplina estadual; resta, então, o próprio Código Tributário Nacional, que, no caso, embora seja simples lei federal, poderá ser invocado, para solução de casos concretos.

É nessa medida que cabe a invocação do Código Tributário Nacional, para regular relações em que se encontrem envolvidos Estados ou Municípios.

Repita-se: só em casos em que não haja manifestação expressa do legislador estadual e municipal, a respeito daquela matéria, cabe aplicar o CTN ou qualquer outra lei ordinária federal.

Em termos práticos e concretos, podemos afirmar que não há nada, em matéria tributária, que esteja fora do alcance do legislador ordinário estadual e municipal. Estes podem dispor sobre tudo, em matéria tributária.

O que eles dispõem prevalece por força da exclusividade da sua competência, na sua área de competência.

Deverá, entretanto, a lei ordinária estadual e municipal atender às balizas contidas nas normas gerais de direito tributário, sempre que a sua matéria seja a prevista expressamente no § 1º do art. 18 do texto constitucional.

Finalizando: todo o problema das normas gerais de direito tributário se resolve evidentemente num problema de conflito entre intenções implícitas do legislador constitucional e intenções explícitas da Constituição.

Na verdade, o que tem prevalecido, por absurdo que pareça, no nosso País é que a intenção pessoal de alguns assessores legislativos de grande porte, peso e influência — como é o caso de RUBENS GOMES DE SOUSA e ULHOA CANTO, de alguns legisladores de prestígio e influência, como é o caso de ALIOMAR BALEEIRO — tem prevalecido como diretriz para o intérprete, contra aquilo que é a intenção do texto constitucional, expressa de modo claro no sistema, tal como está ele redigido.

Portanto, a tarefa que se impõe, no presente momento, para se aperfeiçoar nossa doutrina e aplicação do direito é tão simples como propor que prevaleça a norma sobre a eventual subjetiva intenção do seu elaborador.

Pensamos ter demonstrado, ainda que sucintamente, a imperiosa necessidade de optar-se pela corrente doutrinária que só reconhece norma geral de direito tributário nas leis complementares que versam as matérias expressamente previstas no § 1º do art. 18 da Constituição.

CONTEÚDO DAS NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Conflito de competências

O grande problema que se põe inicialmente está em definir conflito, ou seja, precisar o campo material no qual se pode dar esse fenômeno, cuja presença ou possibilidade abre espaço à competência legislativa nacional.

Em que precisamente consistem os conflitos?

Na verdade, é forçoso reconhecer que — se teoricamente, há possibilidade de conflitos de competência na federação americana, argentina ou mexicana —, inequivocamente, a ampla e quase exaustiva disciplina das competências, contida na Constituição brasileira, não comporta, em rigor, nenhum conflito de competência tributária.

As competências são delineadas de modo exaustivo, atribuídas em caráter privativo, de tal forma que cada pessoa girará dentro da órbita própria, sem a menor possibilidade de surgimento de pontos de contato e, menos ainda, de interpenetração de órbitas.

AMÍLCAR FALCÃO, estudando o sistema da Constituição de 1946, já deixou tudo isto amplamente claro. Aqui, quem exceder sua faixa precisamente delimitada de competência estará praticando inconstitucionalidade por invasão de competência alheia.

Do que decorre que — a rigor — não há possibilidade de conflitos de competências legislativo-tributárias, no Brasil.

Como, entretanto, o texto supremo menciona a possibilidade de conflitos, é forçoso atribuir um conteúdo a esta expressão constitucional.

Existirá, certamente, algum conflito que não é rigorosamente “conflito de competência”, em termos puramente jurídicos. São desvios, excessos ou invasões mais ou menos previsíveis, pela dificuldade de estabelecimento, com precisão, dos lindes dos diversos campos de competência constitucionalmente distribuídos.

E este é o pressuposto da competência do Congresso, para editar as normas gerais de direito tributário.

Há um conceito de bitributação, no sentido pré-jurídico, assim como poder-se-á construir — e há diversas propostas doutrinárias — o conceito de bitributação no sentido jurídico.

AMÍLCAR FALCÃO foi quem mais avançou nessa indagação, estudando invasões de competência, para localizar a bitributação à luz de uma longa evolução doutrinária e mesmo legislativa, no Brasil. Esta expressão (bitributação) foi construída pelo próprio Supremo Tribunal Federal, já na vigência da Constituição de 1891.

Na verdade, se a Constituição Federal é exaustiva — no sentido de que exaure a disciplina das competências —, não cabe, a rigor, falar de conflito.

Portanto, em primeiro lugar, é forçoso entender que a chamada regra que dispõe sobre conflitos, necessariamente, só o que pode fazer é deduzir aquilo que já está implícito no texto constitucional.

Afirmar o contrário seria admitir que esta regra poderia ampliar competências constitucionais ou reduzi-las, o que é manifestamente inaceitável.

Daí a razão pela qual sustentamos que as normas gerais de direito tributário serão sempre e necessariamente não inovadoras, no sentido de que não podem alçar-se ao nível constitucional, para dispor sobre matéria constitucional, que é o típico da disciplina da competência.

Assim, parece lícito concluir que elas são declaratórias (as normas gerais sobre conflitos). Limitam-se a explicitar o que já está implícito na Constituição. E, na medida em que reduzam ou ampliem a Constituição, são inconstitucionais. Têm que ser **fiéis** ao nela preceituado.

Parece manifesto que “dispor sobre conflitos de competência” não significa **julgar** conflitos de competência. “Dispor sobre conflitos” não é **resolver** conflitos. É só fixar pautas para sua solução.

Bem nítido está — no contexto constitucional — que a função jurisdicional é reservada, em caráter de exclusividade, ao Poder Judiciário.

O § 1º do art. 18 da Constituição não atribuiu competência jurisdicional ao legislador complementar. Deferiu-lhe, isto sim, estabelecer pautas para solução de conflitos. Tais pautas, porém, não são inventadas, criadas pelo legislador complementar: elas já se contêm no texto constitucional; a esse legislador cabe deduzi-las e explicitá-las, com rigorosa fidelidade. E, se ele exceder nessa tarefa, incide em inconstitucionalidade e produz norma não obrigatória.

Isto parece nítido: dispor sobre conflitos não é resolvê-los.

Evidente que, depois de deflagrado um conflito de competência, tal como deve ser entendido no contexto constitucional, o Poder Judiciário aplica a Constituição e a lei complementar — que seja conforme à Constituição — para compor aquele determinado conflito.

Logo, o que, na lei complementar, se vai encontrar são os critérios para que o Poder Judiciário, julgando os conflitos, os componha.

A esse propósito a perplexidade e inconsistência da nossa doutrina (com a ressalva de alguns estudiosos do direito tributário que estimam os estudos de direito constitucional) são alarmantes, pelas repercussões deletérias sobre a legislação e a jurisprudência. Assim é que, diante de casos concretos, de dúvida sobre a tributabilidade de certos fatos pelo ICM ou pelo ISS, p. ex., vê-se a adoção de premissas implícitas alarmantemente agressivas dos mais mezinhos princípios constitucionais.

Examinando-se as apreciações administrativas e até mesmo judiciais, a respeito desta temática, de modo geral, vê-se, com referência a questões fundadas em direito posterior a 1965 (data da Emenda Constitucional nº 5), a repetição de frases como as seguintes: “Até a data x, era tributável tal matéria, por determinada entidade” ou “até a data y, não era tributável pelo Estado, e sim pelo Município”, ou vice-versa.

É chocantemente corriqueiro encontrarem-se afirmações da tributabilidade de fatos **com base** na lei complementar, e não na norma constitucional, como se fosse falsa, errada, ou negligenciável a premissa de que é a Constituição que fixa competências.

De modo geral, os aplicadores — ao invés de investigarem, em primeiro lugar, a natureza do fato posto na materialidade da hipótese de incidência, para identificarem o campo em que se inserem, como condição de determinação da entidade competente para tributá-los — tomam como ponto de partida a lei complementar. Ora, ao fazê-lo, implicitamente estão aceitando esta norma como matriz das competências. Estão fazendo *tabula rasa* da necessidade de verificação de sua constitucionalidade. Estão admitindo que tudo que se disponha em lei complementar é constitucional. Estão nivelando Constituição e lei complementar. Estão afirmando, por outras palavras, que a Constituição é flexível. Admitem que ou a lei complementar modifica a Constituição, ou que esta (Constituição) deu poderes ilimitados, irrestritos e incontestáveis ao legislador complementar. Via de consequência, estão afirmando a inexistência de controle de constitucionalidade destas normas. Com isso, negam o cunho inderrogável das competências, rejeitam seu caráter constitucional de exclusividade e atribuem ao Congresso (ao editar a lei complementar) natureza de órgão constituinte e não constituído.

Com a mais assombrosa naturalidade, se vêem reiterados pronunciamentos administrativos e mesmo judiciais supondo que a lei complementar põe ou tira, a seu talante, na esfera de competência das pessoas políticas, tais ou quais fatos.

É comum verificar-se — repetimos — a afirmação no sentido de que “tal matéria era tributada pelo Estado, até a data x e, a partir dessa data, passou a ser tributada pelo Município ou vice-versa”. Ora, o leitor desprevenido fica autorizado, em face desse tipo de asserto, a supor que, desde 1966 (data da vigência da Emenda Constitucional nº 18, à Constituição de 1946), houve inúmeras modificações de competências tributárias.

A premissa implícita desse raciocínio é a de que é a lei complementar que estabelece competências. Ou seja, na medida em que a lei complementar vai “mudando as competências”, estas deixam de ser de uma pessoa pública, para passarem a ser de outras. Ora, se são corretos os pressupostos anteriormente referidos, enquanto não se modificarem os preceitos constitucionais pertinentes, as competências são inalteráveis. O que era tributável por uma pessoa política persistirá sendo, sem possibilidades de modificação por lei nenhuma, nem mesmo complementar.

Ora, a premissa pressuposta pelos formuladores das frases que reproduzimos é rigorosa e frontalmente violadora de cânones já estabelecidos e que são universalmente aceitos. Se é a Constituição que fixa competências, é evidente que estas — enquanto a Constituição não se modifique — não podem ser modificadas; que modificadas não foram.

A incompatibilidade entre os cânones do sistema e as afirmações que criticamos parece-nos frontal, flagrante e invencível. Se, por acaso, o aplicador se depara com lei — complementar ou não — contrastante com o texto magno, só tem um caminho a seguir: aplicar a Lei Maior e desaplicar o preceito inferior.

Nenhuma lei complementar dá, nenhuma lei complementar subtrai competência de pessoa pública alguma. Na verdade, a função da lei complementar é explicitar o que está implícito na Constituição. Completar a Constituição não quer dizer modificá-la (PONTES DE MIRANDA, VICTOR NUNES, SOUTO BORGES, PAULO B. CARVALHO, AIRES F. BARRETO, CLEBER GIARDINO).

Se a matéria “competência tributária” é, por sua natureza, constitucional, não pode ser tratada por lei complementar, a não ser nos estritos limites da delicada e difícil função de explicitar o que está implícito na Carta Magna (CLEBER GIARDINO, AIRES F. BARRETO, SOUTO MAIOR BORGES), porque ou ela (lei complementar) é rigorosamente fiel à Constituição, ou amplia ou reduz esfera de atribuições constitucionalmente fixada (e é inconstitucional).

Quando — por evidente abuso ou equívoco — o legislador complementar se atribui (usurpa) a faculdade de dispor sobre matéria de competência, estipulando que o fato x será tributável por uma entidade (pessoa política) e não por outra, e, em o fazendo, altera lei complementar anterior, depara-se o intérprete com o seguinte inexorável dilema: ou a lei complementar nova é inconstitucional, ou o era a anterior. Só uma orientação pode ser compatível com os preceitos constitucionais (de 1966 até agora) que estabeleceram as competências e não consentem sua modificação por nenhuma norma infraconstitucional.

Assim, a lei complementar nova ou explícita corretamente o conteúdo dos preceitos constitucionais, obrigando o aplicador a reconhecer que a lei complementar revogada era inconstitucional, ou contravém à Constituição, levando à conclusão de que correta era a anterior. Este raciocínio mostra que a lei complementar não deve cuidar de matéria que por natureza exige disciplina constitucional. Quando o fizer, não disporá discricionariamente, mas sim estritamente presa aos preceitos constitucionais. VICTOR NUNES tem ensinamento no mesmo sentido (RDP 53/54) e mostra que o STF, a outro propósito, assim o entende, também; tal colocação é, aliás, irrecusável consequência de rigidez constitucional (v. *Teoria das Constituições Rígidas*, O. A. BANDEIRA DE MELLO, 2ª ed., pág. 72).

Logo, nesta matéria, é de ser rejeitada toda argumentação que se esgote na lei complementar, pelos motivos antes aduzidos e por este agora expresso. Mesmo em caso de aparente conflito de competência, em matéria tributária, o intérprete não está dispensado da necessária tarefa de desenvolver exaustivos esforços para desvendar o conteúdo, sentido e alcance dos mandamentos constitucionais, até como condição de exame da constitucionalidade de eventual lei complementar.

O fulcro de todo o problema está na expressão “definidos”, contida no inciso II do art. 24 do texto constitucional. Tem-se interpretado errônea e equivocadamente que cabe à lei complementar definir a área de competência dos Municípios. Que só após a edição dessa lei complementar “definidora” surgirá a competência tributária municipal, com a feição e as dimensões que na lei complementar se contiverem.

Ora, aceitar essa tese é negar a premissa de que a Constituição é rígida, além de outras, já pacificamente aceitas, no sentido de que a Constituição estabelece de modo exaustivo as competências pela definição do campo material a ser explorado pelas entidades políticas (União, Estados e Municípios).

Admitir-se — como, infelizmente, o faz a maioria dos escritores — ser a lei complementar que “define” a competência tributária dos Municípios é, além de negar todas as premissas já expostas, contrariar o princípio constitucional fundamental da autonomia dos Municípios (art. 15) e atribuir absoluta insignificância ao enfático preceito que a faz (a autonomia) expressar-se, “especialmente, pela decretação de seus tributos”, por parte dos Municípios.

SOUTO BORGES, após expor o que de melhor se cristalizou em nossa doutrina, sublinha: “A Constituição não cria o tributo, mas apenas outorga competência para a sua criação pela União, Estados-Membros e Municípios. Em princípio, a instituição do tributo é matéria sob reserva de lei ordinária da pessoa constitucional competente. Por isso mesmo, no direito brasileiro, da mesma forma que a Constituição não institui o tributo, não o poderá fazer a lei complementar. O instrumento constitucionalmente idôneo para tanto é a lei da pessoa jurídica de direito público interno; não a lei complementar” (*Lei Complementar Tributária*, São Paulo, pág. 185).

E acentua o cunho constitucional da demarcação de competências: “Ademais, a competência tributária, na sistemática do direito constitucional brasileiro, está balizada em marcos constitucionais. Já nasce com um desenho constitucional, resultante da extensão e limites que lhe são postos pela própria Constituição.”

Ao prosseguir, salienta a distinção entre a função (da lei ordinária) de estabelecer as hipóteses de incidência e a função da lei complementar de “definir” os serviços tributáveis (op. cit., pág. 187), demonstrando que a 2ª parte do inciso II do art. 24 não é norma excepcional, no sistema. Escreve: “Se não estabelece o art. 24, nº II, 2ª parte, da Constituição regra de direito excepcional, segue-se inelutavelmente que há de ser interpretado em sintonia com os princípios constitucionais. Ora, a autonomia municipal é um princípio basilar no ordenamento constitucional brasileiro. A sua eficácia não pode ser elidida pela aplicação da simples regra do art. 24, nº II, *in fine*, porque a autonomia municipal se constitui em direito público subjetivo dos Municípios, oponível à União e aos Estados” (op. cit., pág. 189).

Depois de mostrar que aos princípios constitucionais repugna entender que o campo de competência tributária dos Municípios seja delimitado pela lei complementar, deixa evidente que esses mesmos princípios apontam em sentido oposto, encarecem o contrário. Por isso, o notável mestre do Recife fulmina a equivocada e preconceituosa doutrina que pretende afirmar superioridade hierárquica da lei complementar sobre a lei ordinária (seja federal, estadual ou municipal), coerente com a posição de PONTES DE MIRANDA, NELSON SAMPAIO, PAULO B. CARVALHO, CLEBER GIARDINO, AIRES F. BARRETO, ROQUE CARRAZZA, CARLOS AIRES BRITO, VALMIR PONTES FILHO e outros escritores, que têm sublinhado estar a diferença entre a lei complementar e a ordinária na matéria, e não em níveis hierárquicos. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, salienta que, “a propósito dos conflitos de competência, a lei complementar tem a alta missão de afastar dúvidas ou interpretações discordantes” (*Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1/69, t. II, pág. 383, 2ª edição*). Este asserto bem demonstra o caráter declaratório desta lei, que não tem a virtude de modificar a Constituição.

E SOUTO BORGES adverte: “Só teria sentido falar-se em prevalência ou superioridade hierárquica da lei complementar, em tal caso, se ela pudesse limitar a própria competência tributária municipal, o que lhe é constitucionalmente vedado, pois são exclusivos os respectivos campos de legislação. Dito noutras palavras: o conteúdo da lei tributária municipal não é determinado em lei complementar, mas pela Constituição” (op. cit., pág. 190).

Todos concordam em que a lei complementar não altera a Constituição, nem pode reduzir o campo de competência das pessoas políticas. Deve explicitar o que na Carta Magna já está implícito. Deduzir explicitamente o que está contido implicitamente no conteúdo da norma constitucional.

Como espécie do gênero “norma geral de direito tributário” (art. 18, § 1º), a lei complementar prevista no inciso II do art. 24 não cria limitações ao poder de tributar dos Municípios: cinge-se a regular as limitações que

o próprio texto magno já estabeleceu; limita-se a dispor declaratoriamente sobre conflitos, explicitando (sem, obviamente, alterar) o texto supremo.

Por isso, após detida e escrupulosa colocação dessa disposição constitucional (inciso II do art. 24), SOUTO demonstra estar-se diante de disposição constitucional de eficácia contida (*op. cit.*, pág. 200), empregando as magistras categorias propostas por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Assim, agrega a sua exposição anterior: "Assim sendo, outro não poderá ser o seu campo de aplicabilidade senão o dos conflitos de competência tributária e limitações constitucionais ao poder de tributar. Nessas condições, só na área de atritos eventuais entre o imposto de serviços e impostos de competência alheia (ex.: imposto sobre produtos industrializados, imposto sobre operações financeiras, da União; imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias, dos Estados), ou seja, no âmbito material sujeito a conflitos de competência tributária, é que caberá a definição pela União dos serviços submetidos ao imposto municipal. É a chamada zona cinzenta, interpenetrável por tributos diversos e que já foi objeto de excelente estudo. Só nessa hipótese é constitucionalmente autorizada a edição de lei complementar, a qual terá por função "definir" ou regular uma limitação constitucional ao poder de tributar (vale o mesmo que dizer: "complementar" a Constituição)" (*op. cit.*, pág. 203).

Ora, é manifesto que, a pretexto de regular conflito, não pode a lei complementar suprimir competência municipal constitucionalmente estabelecida, ou alargar competência de outras pessoas constitucionais. Deve dispor sobre conflitos, com fidelidade à Constituição: a pretexto de evitá-los, não pode alterar as balizas constitucionais. "Define", explicitamente, o que já está definido implicitamente na Lei Maior. Revela, não cria. Reitera, não inova. Reafirma, não institui.

Tudo isso, como consequência inexorável do caráter rígido da Constituição.

Este raciocínio autoriza afirmar que o que a lei complementar contém são preceitos deduzidos e desdobrados de mandamentos constitucionais implícitos, disciplinando o comportamento dos destinatários (União, Estados e Municípios) de modo a evitar futuros conflitos.

Em consequência de todo o raciocínio anteriormente desenvolvido, as Normas Gerais de Direito Tributário não podem dispor sobre hipóteses de incidência dos tributos e sobre seus aspectos, nem sobre alíquota, nem sobre atos administrativos, procedimentos, penalidades e outras matérias de privativa legislação ordinária.

Em outras palavras, como, pelo nosso sistema, a criação (a instituição) dos tributos depende de atividade do legislador ordinário e como essa competência é exclusiva, não pode a norma geral de direito tributário descrever hipóteses de incidência, porque esta atividade — que traduz a instituição de tributo — é reservada, em caráter privativo, pela Constituição Federal, ao legislador ordinário (SOUTO MAIOR BORGES, PAULO BARROS CARVALHO, CLEBER GIARDINO, AIRES F. BARRETO, ROQUE CARAZZA).

Pela mesma razão, não pode dispor sobre a base imponível, porque isto não engendra conflitos de competência tributária; se eventualmente acontecer algum conflito devido à imaginiosidade do legislador ordinário, então o problema se equacionará em função de critérios constitucionais e será solucionado pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição.

Limitações constitucionais ao poder de tributar

Em rigor jurídico não se pode falar em limitações constitucionais ao poder de tributar, a não ser no sentido referido por FORSTHOFF, quando diz que “toda outorga de competência já traz consigo a fixação de seus limites”.

Na verdade, é uma impropriedade afirmar que a Constituição estabelece qualquer limitação, seja ao poder de tributar, seja a qualquer outro tipo de poder. Para que se pudesse falar em limitação constitucional, era preciso demonstrar que, lógica e cronologicamente, havia antes um poder ilimitado e depois surgiu a limitação, por obra da Constituição.

As competências das pessoas constitucionais, no nosso sistema, resultam do delineamento que a Constituição tenha estabelecido para essas competências.

Os poderes do Estado existem só com a Constituição e já surgem com os contornos por ela estabelecidos.

Aliás, se a outorga de competência é ao mesmo tempo uma fixação de limitações, isto já induz ver que não se pode pensar em limitação de uma competência anterior, porque a limitação é o perfil da competência e surge de uma regra, regra essa que logicamente é sempre editada no mesmo instante. A competência é uma porção, uma quantidade delimitada de poder. Já surge delimitada (CLEBER GIARDINO).

Não há uma cronologia que autorize supor que antes se edita a norma de competência e posteriormente se limita.

Mesmo quando, por emenda constitucional, sobrevém diminuição do campo de uma competência — do ponto de vista lógico, que se impõe ao exegeta —, o que houve foi uma redução da competência.

Entretanto, para não se esvaziar o texto constitucional — que não seria lícito ao intérprete afirmar que uma dição é vazia —, é forçoso entender limitação constitucional, como o propôs ALIOMAR BALEEIRO, com sua autoridade, no que foi acatado pela unanimidade da jurisprudência e da doutrina. Concebe o mestre como limitação constitucional de competência os preceitos constitucionais formulados de modo negativo ou proibitivo, os quais, sem dúvida nenhuma, completam os contornos das competências. Esta é a única forma de se entender e interpretar o conteúdo dessa disposição constitucional.

Esta formulação engendra uma contradição.

Recordemos que RUI BARBOSA, o sumo expositor do nosso direito público, já assinalava que as disposições proibitivas ou negativas não comportam regulamentação.

Ora, se é da própria vocação da lei complementar o regulamentar a Constituição, se é próprio desse tipo de lei complementar (em sentido improprio) a Constituição, fica aí assinalada a contradição.

Em rigor técnico, em razão disso, não poderia haver Normas Gerais de Direito Tributário no Brasil (principalmente porque o que a doutrina tem entendido como "limitações constitucionais ao poder de tributar" está nos arts. 19 e 20, que têm literalmente a formulação negativa de proibições: "é vedado").

Entretanto, como o constituinte, com sua autoridade soberana, dispôs contra a lógica, é forçoso ao intérprete entender o seguinte:

a) são Normas Gerais de Direito Tributário as explicitamente requeridas pelo texto, como é o caso do art. 19, item III, c, ou do art. 21, item IV;

b) as regras declaratórias "despiciendas" explicitatórias do texto constitucional, as quais evidentemente não podem crescer, ampliar ou restringir o que neles se contém; é o caso, por exemplo, da imunidade integrada, de que cuida o § 7º do art. 23 do texto constitucional, ou ainda o caso da redução de bases de cálculo, nos convênios interestaduais de ICM.

Outro exemplo é a disposição contida no Código Tributário Nacional sobre o princípio da legalidade. Essa disposição não inova, nada cria, não regula limitação alguma; simplesmente reproduz aquilo que já está implícito com todas as suas exigências, em toda sua dimensão, no texto constitucional.

Se esse dispositivo do Código Tributário Nacional ampliasse ou restringisse as exigências que já se contém no princípio constitucional da legalidade, essa medida seria inconstitucional.

Outros exemplos invocáveis são os arts. 6º, 7º e 8º do Código Tributário Nacional.

Se dispusessem de modo contrário, seriam inconstitucionais.

Se por outro não existissem, em nada se alteraria o nosso direito positivo; isto prova o quão inócuos são: existindo nada acrescentam; não existindo, nada perde a disciplina existente.

Se ampliarem ou restringirem a Constituição, são inválidos.

ALIOMAR BALEEIRO ensina que:

"A lei complementar não cria limitações que já não existam na Constituição, não restringe nem dilata o campo limitado. Completa e esclarece as disposições relativas à limitação, facilitando sua execução de acordo com os fins que inspiraram o legislador constituinte."

Por isso PAULO BARROS CARVALHO observou que:

"Não procedem as ensinanças dos que, indo contra todas as evidências jurídicas, renitem em que à lei complementar tributária compete o "regular o sistema constitucional tributário nacional". Assim não é porque, sobre o constituinte já se haver disso exaus-

tivamente ocupado, a disciplina tributária está confiada à iniciativa das pessoas políticas (União, Estados e Municípios). A lei complementar outra coisa não faz senão **dispor** sobre o sistema tributário nacional, seja desdobrando normas constitucionais de eficácia limitada, seja editando regras que espanquem os possíveis conflitos de competência entre as entidades tributantes” (**A Norma Padrão do ICM**, 1982, São Paulo, pág. 99).

COMPETÊNCIA DO CONGRESSO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL, COMERCIAL ETC. E PARA EDITAR NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO (*)

1. Do ponto de vista metodológico, a primeira observação que se impõe é no sentido de chamar a atenção do intérprete para a circunstância de que não é da mesma amplitude, intensidade e natureza a competência que o Congresso Nacional recebe para o exercício de suas competências legislativas em matéria de direito civil, comercial etc. e aquela que recebe para editar normas gerais (de direito financeiro, art. 8º, XVII, c; educação, desportos, art. 8º, XVII, q; direito tributário, art. 18, § 1º).

Na verdade, a competência para legislar sobre direito civil, por exemplo, é uma competência única, exclusiva, universal, abrangente e sem contraste. Não é matéria que admite concorrência legislativa.

A Constituição só conferiu esta competência à **União** (da mesma forma que a competência para legislar sobre direito comercial, processual, trabalhista etc.). Só a União tem competência para legislar sobre direito civil. Ninguém mais o tem. Toda matéria de direito civil é objeto de legislação pela União. Nenhuma outra entidade partilha com a União o exercício de competência legislativa relacionada com essa matéria.

Como consequência disto, toda e qualquer regra de direito civil emanada do Congresso Nacional — desde que não contrarie preceitos constitucionais — é absolutamente válida e imediatamente aplicável. Neste sentido, é lícito ao intérprete — diante de qualquer problema de direito civil — buscar solução na legislação civil editada pela União e imediatamente aplicar as regras próprias aos casos concretos.

O mesmo não ocorre, todavia, com relação a normas de direito tributário (ou administrativo). A Constituição criou três esferas de fontes de direito tributário: União, Estados e Municípios. Isto se passa pela seguinte circunstância: a Constituição exige que o trato da matéria tributária, a ser feito, em caráter inaugural — sempre e necessariamente — por lei, o possa ser por obra de três legisladores ordinários: o da União, o do Estado e do Município. Ao editarem leis tributárias, estão estes legisladores exercendo competências privativas e exclusivas, cujos parâmetros, limites e a

(*) NR.: Este capítulo, com conclusão específica, foi publicado na *Revista de Informação Legislativa* n. 72 (out./dez. 1981), pág. 45.

própria tônica estão no texto constitucional, em caráter inderrogável, dado que não só a Constituição é rígida, como o próprio sistema constitucional tributário tem a característica de rigidez.

O mesmo se passa com o direito administrativo, que, por isso, RUY CIRNE LIMA qualifica de “direito de aplicação exclusiva”. É que o direito administrativo (e todos seus sub-ramos, inclusive o tributário) é instrumental das pessoas políticas; é meio de afirmação e explicitação das pessoas políticas.

Pessoa política — ou pessoa jurídica pública de natureza política —, ensina CELSO ANTÔNIO, é a entidade titular de direitos e obrigações públicas por excelência, criada pela Constituição, ou por esta regida, dotada de Poder Legislativo, ou seja, de competência para editar regras inovadoras da ordem jurídica (leis). Daí a qualificação que RUY CIRNE LIMA lhes dá de pessoas constitucionais (no Brasil: União, Estados e Municípios). Estas pessoas necessariamente são plenamente competentes para criar **seu** direito administrativo (e **ipso facto**) tributário.

Assim surge o problema de se conciliar a privatividade, exclusividade, rigidez e inalterabilidade das competências tributárias dos legisladores ordinários com a competência que tem o Congresso Nacional para editar normas gerais de direito tributário. Impõe-se ao intérprete compatibilizar as competências tributárias privativas com a competência da União para editar as normas gerais.

Da circunstância de o legislador constituinte ter atribuído à lei ordinária a competência para, em caráter privativo e exclusivo, disciplinar matéria tributária no Estado, no Município e na União impõe-se a conclusão no sentido de que estas leis são imediatamente subordinadas à Constituição, nela encontrando seus únicos e exclusivos parâmetros e limites inderrogáveis.

Da circunstância de ao Congresso Nacional atribuir-se a faculdade de editar normas gerais, mediante leis complementares, como previsto no § 1º do art. 18 do texto constitucional — em confronto esta competência com as competências ordinárias dos legisladores federal, estadual e municipal —, se impõe a dupla necessidade, em primeiro lugar, de distinguir a lei nacional das leis federais, para que se possa ter condições de discernir a norma geral de direito tributário, veiculada por lei nacional, das leis ordinárias federais, editadas pelo Congresso Nacional, que se integram na ordem jurídica parcial, que se opõem às ordens jurídicas parciais periféricas, na concepção de KELSEN.

Uma segunda conclusão se impõe: é no sentido de que esta competência, para edição de normas gerais, é excepcional. Ela é excepcional no sentido de que vem abrir exceção à exclusividade da lei tributária federal, estadual e municipal.

Na verdade, aplicando-se ao direito tributário a afirmação de CIRNE LIMA no sentido de que “o direito administrativo é direito de aplicação exclusiva”, verifica-se que também o direito tributário o é.

A primeira vista, parece difícil a tarefa de compatibilizar legislações privativas (federal, estadual e municipal) com as normas gerais. Note-se que a Constituição não diz explicitamente que são normas gerais. Incumbe ao intérprete dizê-lo, procedendo à exegese do contexto sistemático da Constituição.

O direito tributário, como visto, é de aplicação exclusiva.

Quer dizer, diante da lei tributária ordinária aplicável a um caso concreto, o intérprete excluirá necessariamente — por força de exigência constitucional — a aplicação de toda e qualquer outra lei tributária (no sentido de lei tributária oriunda de legislador que não seja aquele constitucionalmente competente para disciplinar aquela matéria).

Isto salienta o caráter excepcional da norma geral de direito tributário.

Ora, se, dentro do sistema constitucional, a norma geral é uma exceção, o primeiro (lógica e cronologicamente) intérprete do texto constitucional, que é o próprio legislador complementar, haverá de — no momento em que se entregue à tarefa de elaboração das normas gerais — interpretar restritivamente o próprio preceito constitucional do § 1º do art. 18. Elaborará, portanto, poucas regras, e de modo parcimonioso, dada a excepcionalidade da competência para editar normas gerais (excepcionalidade em confronto com sua competência ampla e irrestrita para legislar sobre *direito civil, comercial etc.*).

Em segundo lugar, deverá a própria norma assim elaborada (ou seja: elaborada no exercício dessa competência para edição de normas gerais de direito tributário) ser interpretada também restritivamente, porque cuida de exceções, além de estar num campo excepcional.

Ao contrário do que muitos têm proposto, não se pode interpretar isoladamente o § 1º do art. 18 da Constituição, mas deve-se, pelo contrário, proceder a uma interpretação sistemática de todo o conjunto de princípios e normas constitucionais sobre a matéria, para então aportar-se a resultados seguros e correntes.

COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL E SOBRE NORMAS GERAIS

Equivocam-se gravemente os aplicadores administrativos ou judiciais que — diante de qualquer questão concreta de direito tributário — invocam e aplicam o Código Tributário Nacional sem antes se darem ao trabalho de verificar de sua invocabilidade no caso. Como se trata de direito excepcional, antes é preciso ver se se dá a hipótese excepcional que justifica tal invocação.

De modo geral, entende-se apressada e simplesmente que essa lei nacional é aplicável a qualquer questão. É pressuposto implícito dessa inteligência que o CTN é da mesma natureza que o Código Civil. Supõe erradamente quem assim reage que a competência do Congresso para editar essas

leis é de igual extensão e intensidade. Mais remotamente, essa suposição repousa na errônea concepção de que a União é pessoa "superior" a Estados e Municípios e, por isso, suas leis se superpõem às leis estaduais e municipais.

Esse modo de ver — além de revelar desconhecimento da Constituição — traduz uma cosmovisão do nosso direito positivo que lhe atribui qualidades formais e substanciais que o igualam ao dos Estados unitários, como França, Itália, Espanha etc. E a divulgação acrítica da excelente literatura jurídica desses países não contribui para solidificar todos esses equívocos.

Incidem em grave erro as partes quando postulam em juízo invocando o CTN "a torto e a direito". E juízes e tribunais, de modo alarmantemente simplista, "vão nessas águas", aplicando como direito comum o CTN, sem considerar seu cunho excepcional e extraordinário (em contraste com o direito civil, comercial etc., esses, sim, típico direito comum).

Na verdade, não são iguais as competências da União para legislar sobre direito privado e sobre normas gerais de direito tributário. Daí não se poder, com a mesma naturalidade, facilidade e freqüência, valer-se o aplicador das leis editadas no exercício dessas competências.

As radicais diferenças entre as competências do Congresso para legislar sobre direito civil, comercial, processual, penal etc. e sobre normas gerais de direito tributário precisam ser objeto de detida meditação, por suas excepcionais conseqüências práticas, traduzidas em inderrogáveis — porque constitucionais — exigências de aplicação.

Tais diferenças são de forma, de natureza, de extensão e de matéria. Podem ser sintetizadas no seguinte quadro:

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS DO CONGRESSO

	Direito Civil etc. (Art. 8º, XVII, "c")	Normas Gerais de Direito Tributário (art. 18, § 1º)
QUANTO A		
FORMA	lei ordinária	lei complementar
NATUREZA	ordinária	excepcional
EXTENSÃO	ampla	restrita
MATÉRIA	ilimitada	só conflitos e regulação de limitações cons- titucionais.

Examinemos cada critério de diferenciação.

Diferença de forma

Unicamente mediante um veículo especial, por seu regime, pode o Congresso expedir norma geral de direito tributário (NGDT). Além de seu projeto não poder sujeitar-se a prazos para discussão, não comporta aprovação *ficta* pelo Congresso. Por outro lado, o **quorum** de aprovação da lei complementar é especial e qualificado, o que essencialmente caracteriza seu regime jurídico.

A lei civil, pelo contrário, é veiculada por lei ordinária, dotada de regime de elaboração oposto.

Diferença de natureza

Falar da natureza de uma competência legislativa é falar de sua intrínseca qualificação jurídica. A natureza é algo que resulta de exigências sistemáticas sitas nos pressupostos da competência de quem produz o ato e não no ato em si. Nesse sentido, não depende da vontade do produtor do mesmo ato, mas de uma vontade superior, a que fixa a competência, lhe dá os contornos e estipula as exigências a que se há de submeter para reputar-se regularmente exercitada e, pois, ser eficaz (no sentido que à expressão dá ZANOBINI: apta a produzir seus efeitos próprios).

Na base desta verificação está a inarredável distinção — já que de competência legislativa se cuida — entre poder constituinte e poder constituído e, em conseqüência, entre as normas emanadas de cada qual.

Assim, o texto constitucional atribuiu à União competência para legislar sobre qualquer assunto que se reconheça recair no campo do direito civil, e legislar irrestritamente, amplamente, somente tendo por balizas os princípios e normas constitucionais que direta ou indiretamente incidam nesse campo.

Logo, a lei civil emanada do Congresso o é em caráter ordinário, comum, corrente, normal, amplo. Essa função é, por assim dizer, ordinária, além de exclusiva do Legislativo nacional.

Já no que respeita ao direito tributário, a Constituição previu três fontes normativas: Congresso, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais.

E cuidou de quatro normas jurídicas, que se não superpõem, com possibilidade de incidir na matéria: leis nacionais, leis federais, leis estaduais e leis municipais. O campo de cada qual foi rigorosamente separado, por matéria, de modo a evitar superposições e atritos.

Cada qual tem seu campo material próprio, de modo a não ser possível a invocabilidade concomitante de mais de uma norma. Assim, nos casos em que cabe aplicar a lei nacional, não se aplica nenhuma outra. Nos casos em que incide a lei municipal, ela o faz exclusivamente, com caráter

de privatividade. Quando invocável a lei federal, não o será a nacional. Quando a nacional, não a estadual e assim por diante.

Como a tributação é conatural à autonomia de Estados e Municípios e instrumental dessas autonomias, já estaria implícita a legislação plena própria de cada qual. O constituinte, porém, foi expresso, ao deixar sublinhado e enfatizado que as leis tributárias estaduais e municipais seriam únicas, exclusivas, nas suas esferas.

Dai o ficar evidente que a norma geral emanada da União é **uma** dentre inúmeras outras leis tributárias. Tem por limite o campo constitucional próprio das demais. Não rege, em caráter ordinário, **toda** a matéria, mas só aquilo que, por sua natureza, recaia no seu restrito campo.

Não lhe cabe dispor sobre a criação de tributos, nem, via de consequência, sobre a extinção dos mesmos. Seu campo é materialmente restrito, pelo texto constitucional, a dispor sobre conflitos de competência (onde eles sejam verificáveis) e regular limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 18, § 1º).

Destas considerações se vê a natureza excepcional (e, pois, restrita) dessa competência do Congresso, em flagrante oposição à ampla e irrestrita competência para legislar sobre direito civil (e outras matérias, como previsto no art. 8º, XVII, c).

Diferença quanto à extensão

Disso resulta que a extensão (amplitude) da legislação é forçosamente, também, diversa.

Salvo parâmetros constitucionais, a lei civil não conhece limites à sua aplicabilidade. Estende-se a todas as relações, todas as situações materialmente reconhecíveis como suas próprias. Já a norma geral de direito tributário tem por insuperáveis limites positivos os restritos à matéria que constitucionalmente foi reservada ao Congresso, nesse ponto (art. 18, § 1º), e negativamente o que seja da ampla competência dos Legislativos estadual e municipal.

É, pois, restrita a extensão da competência da União para emanar normas gerais, em contraste com aquela para editar a lei civil.

Diferença quanto à matéria

Impõe-se reconheça o intérprete que materialmente a norma geral é diferente da lei ordinária, sob pena de atribuir cunho caótico ao sistema constitucional. Ora, são diversas as matérias próprias da lei de normas gerais, relativamente à lei ordinária, ou o Congresso tem poder arbitrário, atua irrestritamente e, pois, não é obrigado a respeitar a autonomia de Estados e Municípios.

A posição do Município no Direito Constitucional federal brasileiro

RAUL MACHADO HORTA

Professor Catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Minas
Gerais

SUMÁRIO

1. *Duas constantes do Direito Constitucional federal*
2. *O desdobramento da concepção constitucional de 1891*
3. *Autonomia municipal, princípio constitucional da União*
4. *O conteúdo da autonomia municipal na Constituição Federal*
5. *A defesa judiciária da autonomia municipal*
6. *O Município no período constitucional pós-1964*
7. *Uniformidade e diversificação da organização local*
8. *O Município e a competência de auto-organização*
9. *Município e região*
10. *União Federal, Estados, Municípios e Regiões Metropolitanas*
11. *Redefinição da posição constitucional do Município*

1. Em quase um século de experiência constitucional republicana, a partir do texto clássico de 24 de fevereiro de 1891, o Município tornou-se uma presença constante no quadro de nossas instituições e converteu-se em grande tema de debates e estudos constitucionais. O tratamento dispensado a esse importante

— Conferência proferida no VIII Encontro Nacional de Procuradores Municipais, em 4 de janeiro de 1982.

nível de governo local tem comportado variações de concepções, ora mais restritas, ora mais amplas na edificação jurídico-constitucional do Município, sem prejuízo, todavia, de sua presença nos textos constitucionais federais. Identificando a presença crescente do Município nos documentos constitucionais, pela expansão normativa da matéria a ele consagrada nas Constituições federais e estaduais do período republicano, assinalo, de início, a exclusão do Município entre os entes que compõem a União Federal, a Federação ou a República Federativa. Essa exclusão é outra constante e revela a coerência de princípio da doutrina federal que as nossas Constituições sempre acataram. Esse comportamento do constituinte federal, que é incensurável no plano da estrutura jurídico-constitucional da forma de Estado, contrasta com a absorção ascendente do Município pela Constituição Federal, o qual se tornou objeto de numerosas normas constitucionais relativas à organização, ao funcionamento, à competência e até à criação de Municípios, indicando a expansão do enquadramento normativo do Município pela Constituição Federal, com a correspondente limitação da autonomia constitucional do Estado-Membro na sua função organizatória do Município, no exercício dos poderes reservados.

O contraste entre a ausência do Município no grupo dos entes públicos constitutivos da Federação e a progressiva dilatação das normas constitucionais federais relativas aos entes locais configuram duas tendências constantes na posição do Município no quadro do Direito Constitucional brasileiro. Essa exclusão, que tem a intensidade de regra definidora da concepção federal de Estado, realizou-se, originariamente, na Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891 (art. 1º) e prosseguiu, sem interrupções, nas Constituições Federais de 1934 (art. 1º), 1937 (art. 3º), 1946 (art. 1º e § 1º) e 1967 (art. 1º). A ausência do Município na composição da União Federal não constitui originalidade do Direito Constitucional brasileiro. Trata-se de regra geral nas Constituições dos Estados federais, o que confere singular eficácia a esse princípio universal da organização federativa. A Federação ou a União Federal sem a presença dos Municípios na sua composição está consagrada na Constituição Federal dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917 (art. 43); na Constituição Federal da Argentina, de 1º de maio de 1853; na Constituição Federal da Venezuela, de 23 de janeiro de 1961 (art. 9º); na Constituição Federal da Áustria, de 1º de outubro de 1920; na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949 (art. 20); no Ato Constitucional do Canadá, de 1867 (arts. 3º e 5º); na Constituição Federal da Índia, de 26 de janeiro de 1950 (1.1(2).(3)); na Constituição Federal da Suíça, de 29 de maio de 1874 (art. 2º); na Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974 (arts. 1º e 2º); na Constituição Federal da Austrália, de 1º de janeiro de 1901 (art. 106), e na Constituição Federal da União Soviética, de 7 de outubro de 1977 (art. 70). A Constituição norte-americana, de 17 de setembro de 1787, que assinalou a passagem da Confederação para "uma união mais perfeita", como se declara nas suas palavras introdutórias, preocupou-se com as relações entre os Estados e o Governo da União (art. IV), e nos 7 artigos de seu texto originário, quase bissecular, não se contém uma só referência aos Municípios ou ao governo local, tema estranho ao documento que se transformou, graças à interpretação judiciária da Suprema Corte e ao funcionamento das instituições, no modelo mais antigo de organização federal do mundo moderno.

2. O desdobramento lógico da concepção constitucional que desconhecia o Município no plano da União Federal ou da Federação — por ser a União, historicamente, como no caso brasileiro, a resultante da aglutinação de províncias que se tornaram Estados-Membros — deveria conduzir à exclusão do Município do domínio da Constituição Federal. Dentro dessa perspectiva, o Município seria “assunto doméstico das províncias”, retomando-se na República Federal a versão liberal do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834. Daí adveio a retraída posição da Constituição Federal de 1891, que, concebendo a Federação como o produto da união indissolúvel das antigas províncias, deferiu aos Estados a organização dos Municípios, tarefa apenas limitada pelo respeito “ao peculiar interesse”, que o famoso artigo 68 da Constituição de 1891 não definiu. Os Estados esgotaram na amplitude de sua autonomia a organização municipal, submetendo o governo local aos rigores do controle hierárquico, como é visível na permitida “anulação das deliberações, decisões ou quaisquer outros atos das Câmaras Municipais” por órgãos do Estado, prática que se generalizou no Direito Constitucional estadual da Primeira República (cf. FELISBELLO FREIRE — *As Constituições dos Estados e a Constituição Federal* — Rio de Janeiro — Imprensa Nacional — 1898, pág. 69).

Práticas desse estilo geraram “o confisco geral da municipalidade” pelo Estado, a que se referiu RUI BARBOSA, ao analisar a legislação ordinária do Estado do Ceará, em matéria de organização municipal (*Obras Completas de Rui Barbosa* — vol. XXV — 1898 — tomo II — A Imprensa, pág. 190). Reeditava-se a versão monárquica das Câmaras Municipais, corporações meramente administrativas, para cuidar do “governo econômico das cidades e vilas”, sem dispor de função legislativa própria e confinadas, as Câmaras, à edição de posturas sobre matérias de alcance reduzido, para cada caso, como detalhavam as minuciosas atribuições administrativas da Lei Imperial de 1º de outubro de 1828, também chamada de Regimento das Câmaras Municipais do Império. A organização vertical do Município, que é dominante no período republicano, admitiu abrandamentos, para autorizar na Constituição do Estado o princípio da auto-organização municipal, mediante a elaboração pelas Câmaras locais das *cartas próprias* ou *leis orgânicas*, como nos casos isolados das Constituições Estaduais do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, na Primeira República (cf. JOSÉ DE CASTRO NUNES — *Do Estado Federado* — Editores Leite Ribeiro e Maurillo — 1920, págs. 129-30). Com essas leis orgânicas locais criava-se verdadeira comunidade jurídica descentralizada, um ordenamento jurídico parcial, responsável pela expedição de normas dotadas de validade para esse ordenamento local.

3. A indiferença da Constituição Federal de 1891 pela organização municipal provinha da rejeição pela Constituinte de 81 das soluções que propuseram a fixação prévia das bases do regime municipal (cf. AGENOR DE ROURE — *A Constituinte Republicana* — vol. II — Imprensa Nacional — Rio de Janeiro — 1918, págs. 205 e 208). Preferiu-se o enunciado genérico do artigo 68:

“Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

A neutralidade dogmática do texto começou a ceder quando se passou a questionar na tribuna parlamentar, na doutrina publicística e no Supremo Tribunal Federal, se a autonomia municipal não seria um princípio constitucional da União, beneficiário dos instrumentos de defesa compatíveis com essa relevância. As dúvidas foram vencidas e, para aplacá-las definitivamente, a reforma constitucional de 1926 incluiu a autonomia municipal entre os princípios constitucionais da União (art. 6º, II, alínea f), cuja eficácia ficaria assegurada pelo mecanismo drástico da intervenção federal da União no Estado. Doravante, a autonomia municipal sem conteúdo e impregnada pelo critério jusnaturalístico do peculiar interesse, para nos valermos da análise kelseniana ao conceito apriorístico do "poder municipal" (cf. HANS Kelsen — *Teoria General del Estado* — Editorial Labor S.A. — 1934, pág. 246), passaria a dispor, pelo menos no plano normativo da Constituição, de poderoso instrumento material para coibir usurpações de sua competência.

A intervenção federal no Estado, para proteger a autonomia municipal, deslocava para o domínio dos órgãos da União a tarefa de interpretar a autonomia municipal, pelo preenchimento federal do campo indefinido da norma constitucional. A autonomia local passaria a comportar interpretação federal, e não mais, de forma exclusiva, a interpretação que lhe desse o Estado-Membro no exercício do poder de organização do Município, no plano autônomo da Constituição estadual e no desdobramento da legislação ordinária. A qualificação da autonomia municipal como princípio constitucional da União representava uma limitação à plenitude da autonomia do Estado-Membro e traduzia claro rompimento com a concepção ortodoxa do federalismo republicano de 1891. O processo não se interromperia. Ao contrário, o princípio limitador se expandiria para explicitar na Constituição Federal o conteúdo da autonomia municipal, inibindo a liberdade organizatória do Estado.

4. A Constituição Federal de 16 de julho de 1934 iniciou o processo emancipador do Município da tutela organizatória do Estado-Membro. É claro o sentido retificador da nova técnica constitucional, inspirada no propósito de criar as condições necessárias ao florescimento do municipalismo, e fundada na decisão de corrigir os abusos cometidos na organização plena do Município pelo Estado, no período da Primeira República, responsáveis pelo cancelamento da autonomia municipal, não obstante a afirmação desta garantia na Constituição Federal de 1891. O constituinte de 1933-1934 firmou a convicção de que não bastaria ao Município a autonomia política, vinculada a escolha eletiva dos representantes locais — Prefeitos e Vereadores —, mas se impunha acrescentar-lhe a autonomia financeira, as receitas próprias, de modo a alargar a substância da autonomia. A Constituição de 1934 não chegou a contemplar o Município, de forma destacada, no campo da discriminação de rendas, a qual se limitava a definir as grandes competências tributárias da União (art. 6º) e dos Estados (art. 8º). O Município ingressava indiretamente nessa grande discriminação, sob a forma oblíqua do reconhecimento de que a ele pertenceria metade do imposto sobre indústrias e profissões, incluído na competência tributária privativa dos Estados (art. 8º), tributo lançado pelo Estado, mas arrecadado por este e pelo Município, em partes iguais (art. 8º, § 2º). Reconhecia-se ao Município a eventual participação no imposto novo, dentro da competência concorrente da União e dos Estados (art. 10), quando se reservaria ao Município a quota de 20% da arrecadação (art. 10, VII, parágrafo único). A inovação substancial da

Constituição Federal de 1934 ⁽¹⁾ residiu na explicitação da autonomia municipal pela revelação de seu tríptico conteúdo — autonomia política, autonomia financeiro-tributária e autonomia administrativa — e na fixação das categorias da tributação municipal, em desdobramento específico da autonomia financeira. E a essa inovação de conteúdo de natureza material seguiu-se uma inovação formal, de larga significação, que vem sendo mantida nas Constituições Federais posteriores. Inseriu-se o Município, com o seu conteúdo autônomo e a matéria a ele atribuída, no campo larguíssimo do Título I da Constituição Federal, que trata *Da Organização Federal*, no setor do Capítulo I, que contém as *Disposições Preliminares*, enunciadoras das decisões constitucionais fundamentais relativas às formas de Estado e de Governo (art. 1º), à origem popular dos poderes (art. 2º), à designação dos órgãos da soberania nacional (art. 3º), com as regras de sua convivência harmônica e independente (art. 3º, §§ 1º e 2º), à enumeração dos poderes delegados à União (art. 5º), à discriminação da competência tributária da União e dos Estados (arts. 6º, 8º e 10), ao reconhecimento do poder de auto-organização dos Estados, dentro da cláusula dos poderes reservados (art. 7º, I, letras a até h, e incisos II, III e IV) e outras decisões fundamentais que definem a estrutura constitucional da Federação brasileira (arts. 12, 14, 15, 17, 19, 20 e 21). O conjunto das medidas inovadoras estendeu-se à colocação dos Municípios como destinatários de vedações (art. 17, I a X) e de proibições (art. 19, I a V), no mesmo nível e equiparados aos entes públicos que integram a União Federal (União — Estados — Distrito Federal).

Presumo que ainda não se refletiu adequadamente sobre a colocação do Município no campo material e formal da Constituição Federal. A técnica introduzida pela Constituição de 1934, que vem sendo iterativamente reproduzida nas Constituições ulteriores, encerra, de forma implícita, pelo menos, a inserção do Município no plano da Federação. A permanência do Município no Título *Da Organização Federal* contradiz o princípio da concepção federal de Estado, que analisamos no tópico inicial, segundo a qual o Município não é ente constitutivo da Federação, pois esta adveio, no caso brasileiro, como no de outras federações, da aglutinação ou associação de províncias ou de estados confederados. A consequência lógica do tratamento iniciado na Constituição de 1934 é o esvaziamento da substância conceitual do princípio, para dar-lhe nova configuração. A preservação do princípio parece recomendar a colocação do Município em título constitucional autônomo, separado da organização federal, dedicado à autonomia municipal e sua competência definidora.

A Constituição de 1934 manteve a autonomia municipal na categoria eminente dos princípios constitucionais da União (art. 12, V, c/c art. 7º, I, d),

(1) Constituição de 16 de julho de 1934

Art. 13. — Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente:

I — a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

II — a decretação dos seus impostos e taxas, e a arrecadação e aplicação das suas rendas;

III — a organização dos serviços de sua competência.

protegendo-a duplamente. De um lado, pelo uso do instrumento repressivo da intervenção federal no Estado (art. 12, V), e, do outro, pela imposição ao Estado-Membro da observância, em sua organização constitucional e elaboração legislativa, do princípio da autonomia municipal (art. 7º, I, d), que a Constituição demarcou, no seu conteúdo material (art. 13, I, II e III). A autonomia municipal, norma central da Constituição Federal, se sobrepunha à autonomia do Estado-Membro, seja pela deflagração coercitiva da intervenção federal, seja pelo controle normativo que limitava previamente a competência da constituinte estadual na tarefa de organizar o Município.

É sabido que a Constituição de 1937 conservou o título *federal* apenas no nominalismo da apresentação exterior (art. 3º). Constituição Federal no nome, mas Constituição unitária na realidade. É a Constituição *semântica*, a que se refere KARL LOEWENSTEIN⁽²⁾. Na vigência do Estado Novo, o Decreto-Lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939, dispoñdo sobre a administração dos Estados e dos Municípios, desconstitucionalizou a Federação e implantou a estrutura do Estado unitário com órgãos descentralizados nos Estados. Com a isenção da perspectiva histórica, resta-lhe pelo menos o mérito de ter antecipado, em norma constitucional federal que permaneceu ineficaz, a solução do agrupamento de Municípios da mesma região, para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns⁽³⁾.

A Constituição Federal de 1946 retirou o Município da situação de marasmo e de abandono em que o deixou o sistema centralizador e autocrático de 1937. Abriu-lhe novas perspectivas pela fixação autônoma da competência tributária (art. 29, I, II, III, IV e V). Introduziu o Município no processo de alimentação de novos recursos, além das rendas locais, pela participação nos percentuais da receita federal dos impostos especiais e da arrecadação do imposto de renda (art. 15, VI, §§ 2º e 4º). Essas formas embrionárias de participação de outras unidades de Governo no produto da receita federal desenvolveram-se sob a vigência da Constituição de 1946 para alcançar o estágio mais evoluído e sistemático dos Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, concebido pela Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965. Para assegurar a eficiência do processo de participação, impunha a Emenda nº 18 o mecanismo da entrega obrigatória, independentemente de ordem das autoridades superiores, sob pena de demissão das autoridades federais arrecadoras (Emenda nº 18, art. 20, parágrafo único), fazendo-se o depósito nos estabelecimentos oficiais de crédito (Emenda nº 18, art. 21, § 1º). A intervenção estadual no Município passou a constituir matéria da Constituição Federal, para definir os seus casos, limitando a iniciativa estadual (Const. de 1946, art. 23, I e II). O conteúdo da autonomia municipal não sofreu modificação, mantendo-se as formas de autonomia já consagradas na Constitui-

(2) *Teoría de la Constitución* — Ediciones Ariel — Barcelona — 1970, págs. 218/220.

(3) Constituição de 10 de novembro de 1937.

Art. 29 — Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.

Parágrafo único — Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma de sua administração.

ção de 1934 (Constituição Federal de 1946, art. 28, I e II, letras *a* e *b*) (4). A restrição ao princípio da eletividade do Prefeito, além da competência facultativa de nomeação dos Prefeitos das Capitais e dos Municípios das estâncias hidrominerais, que se criou na Constituição Federal de 1934, recebeu acréscimo novo, para autorizar a nomeação dos Prefeitos dos Municípios declarados bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País, nas condições estabelecidas pela Constituição Federal.

Alargava-se o campo material das limitações à autonomia. A princípio, limitação à autonomia do Estado-Membro, para preservação da autonomia municipal, que passava a ser tema da Constituição Federal. Em seguida, limitação da própria autonomia municipal, criando as exceções à autonomia eletiva e política do Município. As exceções não se generalizaram, e a autonomia municipal não sofreu novos abalos sob a Constituição Federal de 1946. Ao contrário, foi ela consideravelmente reforçada naquele período, como frisamos ao examinar os mecanismos da autonomia financeira e tributária. E esse reforçamento da autonomia ganhou instrumento novo de defesa, largamente empregado na contenção judiciária das ofensas ao princípio.

5. Mantendo a autonomia municipal entre os princípios constitucionais da União (art. 7º, VII, *e*), a Constituição de 1946 deu-lhe a defesa coercitiva da intervenção federal (art. 7º) e igualmente a defesa judiciária do Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Procurador-Geral da República, quando convocada a Suprema Corte para apreciar as representações fundadas na arguição de inconstitucionalidade do ato estadual lesivo da autonomia municipal (Const. de 1946, art. 8º, parágrafo único). A defesa judiciária da autonomia municipal proporcionou ao Supremo Tribunal o exercício de fecunda atividade protetora, sob a Constituição Federal de 1946, depurando o ordenamento estadual de regras constitucionais violadoras da concepção da Lei Fundamental do País, em matéria de autonomia municipal. No domínio da representação de inconstitucionalidade, vem-se desenvolvendo e aprimorando a técnica brasileira do controle da constitucionalidade das Constituições estaduais, que se iniciou sob a vigência da Constituição Federal de 1946. Ela é um marco imponente na história da jurisprudência constitucional brasileira.

A título ilustrativo dessa atividade judiciária de defesa da autonomia municipal pelo Supremo Tribunal Federal, nesse período inaugural, cito os casos das Representações n.ºs 295, 314 e 350. Na Representação n.º 295, o Supremo Tri-

(4) Art. 28 — A autonomia dos Municípios será assegurada:

I — pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II — pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, *a*) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; *b*) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º — Poderão ser nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos das Capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.

§ 2º — Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou postos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.

bunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 34 e 104 da Constituição do Ceará. No artigo 34, a Constituição autorizava suspender a execução das leis, posturas e atos da administração municipal. No artigo 104, a Constituição estadual conferia à Assembléia Legislativa competência para anular leis, resoluções e atos municipais, nos casos que indicava. Na Representação nº 314, o Supremo firmou a inconstitucionalidade do artigo 104 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que, a exemplo da Constituição do Ceará, admitia a anulação de deliberações e de atos das Câmaras Municipais pela Assembléia Legislativa. Na Representação nº 350, o alvo da declaração de inconstitucionalidade do Supremo incidiu no artigo 91 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Nele se previa o recurso, com efeito suspensivo, para o Tribunal de Contas ou a Assembléia Legislativa, de decisão da Câmara Municipal que impusesse a perda do cargo do Prefeito. Nos três casos, o fundamento comum da inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais assentou-se na defesa da autonomia municipal, incompatível com a tutela hierárquica de órgãos estaduais. Naquele período de reconstitucionalização do País, quando se deveria construir o novo edifício constitucional da República Federal, o Supremo Tribunal Federal destacou-se na função revisora das Constituições estaduais, de modo geral, para harmonizá-las com o modelo federal, e distinguiu-se, de modo particular, pela energia que colocou na função protetora da autonomia municipal. A representação de inconstitucionalidade, na via da ação direta de defesa da Constituição Federal e de seus princípios, foi o grande instrumento que permitiu ao Supremo o notável exercício de sua competência constitucional de tribunal da Federação.

6. A análise da posição do Município no período constitucional posterior a 1964 revela a atuação de tendências contraditórias. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 manteve muitas regras da concepção sedimentada na Constituição de 1946: a autonomia municipal, princípio constitucional da União (art. 10, VII, *f*); a auto-organização constitucional do Estado devendo respeitar a autonomia municipal (art. 13, I); a intervenção federal no Estado para assegurar a autonomia municipal (art. 10, VII, *f*) e sua preservação mediante a deflagração substitutiva da representação de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República, seu provimento pelo Supremo Tribunal Federal e o decreto do Presidente da República de suspensão do ato impugnado, se essa medida bastar (art. 11, § 1º, *c*, e § 2º); a explicitação do conteúdo da autonomia municipal (art. 16, I e II, *a* e *b*).

A Constituição de 1967 afastou-se da Constituição de 1946 em duas inovações que acrescentou à concepção do Município. A primeira, de natureza formal, criando a competência dos Municípios na Constituição Federal, em seu Capítulo II. A inovação foi puramente formal, pois não só deixou intocada a composição da Federação sem a presença do Município (art. 1º), como também não concebeu a introdução do Município na distribuição de competências dos níveis de governo. A Constituição permaneceu no meio do caminho, sem extrair as conseqüências materiais de sua inovação formal. A outra inovação desencadeou conseqüências mais profundas. A Constituição Federal de 1967 deu início ao movimento de alargamento da matéria de interesse municipal no plano originário da norma constitucional federal com reflexos negativos no campo da autonomia constitucional do Estado-Membro, que passa a sofrer nova ampu-

tação de competência. A Constituição Federal retira da Constituição e de leis estaduais, para entregar à lei complementar federal, a competência de estabelecer os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos Municípios (art. 14); dispõe que somente terão remuneração os Vereadores das Capitais e dos Municípios de população superior a cem mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar (art. 16, § 2º); estabelece o número máximo de Vereadores municipais (art. 16, § 5º); torna obrigatória, e não mais facultativa, como se admitia na Constituição Federal de 1946 (art. 28, § 1º), a nomeação dos Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual (art. 16, § 1º, *a*) e amplia aos Municípios declarados de interesse da segurança nacional (art. 16, § 1º, *b*) outro caso de nomeação obrigatória de Prefeitos, precedida de aprovação do Presidente da República, quando a Constituição de 1946 limitara essa obrigatoriedade aos Municípios declarados bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País (Const. Federal de 1946, art. 28, § 2º) sem a intromissão ostensiva do Presidente da República.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que certamente transpôs os limites da competência de segundo grau do poder constituinte de revisão, para imprimir ao texto revisto as concepções conjunturais de verdadeiro poder constituinte originário, aprofundou o movimento de dilatação da matéria municipal na Constituição Federal. Esse movimento de absorção foi igualmente intenso nas duas direções que ele adotou. A direção no rumo da federalização de temas municipais pela sua retirada da área das Constituições estaduais, ou dos poderes reservados, e sua conversão em temas da Constituição Federal e da legislação federal, conforme tendência consagrada no texto constitucional originário e já anotada. Intensificou-se o controle da autonomia municipal na Constituição Federal, prevendo-se os instrumentos adequados. Além das exigências do plano de aplicação, para concessão de auxílio federal ao Município (art. 13, § 5º), da nomeação obrigatória dos Prefeitos das Capitais, das estâncias hidrominerais e dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional (art. 15, II, § 1º, *a* e *b*), da remuneração dos Vereadores municipais, obediente a limites e critérios de lei complementar federal (art. 15, § 2º), que a Emenda nº 1 manteve, coube à Constituição revista alargar os casos de intervenção estadual no Município, através de ocorrências novas, como a da observância de *princípios indicados na Constituição do Estado*, e a da aplicação obrigatória de vinte por cento, pelo menos, da receita tributária municipal no ensino primário. A Emenda nº 1 transformou em tema da Constituição Federal a disciplina da fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios, designando os seus órgãos de controle externo (Câmara Municipal) e de controle interno (Executivo Municipal), e o órgão auxiliar da Câmara, Tribunal de Contas ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência (art. 16, § 1º), responsável pela emissão de parecer prévio sobre as contas anuais do Prefeito. Limitou a autonomia administrativa dos Municípios, proibindo a instituição de Tribunais Municipais de Contas, salvo nas exceções raríssimas dos Municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros (art. 16, § 3º).

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda nº 1 mantiveram o Município ao lado dos entes públicos da Federação — União, Estados, Distrito Federal —, para torná-lo destinatário das normas tributárias de vedação (Const. de 1967, arts. 20 e 21; Emenda nº 1, arts. 19 e 20, III). A Constituição originária e a Constituição revista, prosseguindo nesse processo de equiparação, localizaram os Municípios no centro da competência tributária nacional (Const. de 1967, art. 19; Emenda nº 1, art. 18), o que as Constituições anteriores não fizeram explicitamente, por refletirem, de certo modo, as reservas tradicionais da doutrina federalista, que sempre recusou consagrar a recepção do ente local no domínio da repartição federal de competências.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 introduziram na concepção constitucional do Município brasileiro o alargamento da matéria municipal no texto federal, com sacrifício da autonomia do Estado-Membro, e impuseram restrições mais numerosas ao princípio da autonomia municipal, as quais não só participam do alargamento material, com a conseqüente presença mais significativa do Município na Constituição Federal, como também assinalam e realizam limitações ao conteúdo da autonomia. O modelo constitucional contemporâneo consagrou soluções que tornam distantes as inspirações dos textos constitucionais de 1891, 1934 e 1946, na modelagem da concepção municipal que prevaleceu naqueles textos.

Atingimos o alto da montanha. É hora de pensar no regresso às origens. Estamos no momento propício para empreender a viagem de retorno, deixando de lado o que não é mais útil ao caminhante. Ele conhece os caminhos que o conduzirão com segurança a sua morada. Do alto da amadurecida experiência constitucional brasileira, vislumbrando o horizonte constitucional do passado e do presente, não é difícil apontar o que deve permanecer, o que deve ser aprimorado e o que deve ser abandonado em relação ao Município.

7. O alargamento da matéria do interesse do Município na Constituição Federal e o desenvolvimento que a organização municipal atingiu na Constituição e nas leis estaduais, dentro da normatividade dos poderes reservados, convergem na caracterização de uma tendência constante, no Império e na República, que TAVARES BASTOS, com a clarividência do homem público e do pensador, qualificou de “organização simétrica” dos Municípios, “o vício da uniformidade” (*A Província* — 2ª edição — Companhia Editora Nacional — 1937, págs. 141 e 145). Condenando com veemência essa concepção uniformizadora, dizia o grande liberal do Império:

“A uniformidade nos mata. Não! Não é de lei uniforme, por mais liberal que seja e mais providente, que depende ressuscitar o Município; depende isto de leis promulgadas em cada província, conforme as condições peculiares de cada Município. Leito de Procusto, a legislação simétrica é um sonho enganoso: efeito da paixão niveladora, ela só gera decepções” (obra citada, pág. 143).

TAVARES BASTOS antecipava a organização municipal nas Cartas locais, ficando a legislação provincial com a competência de fixar “certos princípios

gerais do regime municipal”, sem tolher as particularidades das células municipais, tão diversificadas na grandeza, na população, na economia e nas necessidades urbanas e rurais.

Ainda permanece isolada a concepção das Cartas Próprias Municipais, reduzida, no momento, ao modelo do Rio Grande do Sul, cuja Constituição positivista, de 14 de julho de 1891, já deferia ao Conselho Municipal a competência de elaborar a lei orgânica municipal, na qual seria “determinado o número dos membros do Conselho, estabelecido o processo para as eleições de caráter municipal e prescrito tudo o que for da competência do Município” (Constituição do Rio Grande do Sul, de 14 de julho de 1891, art. 64). A competência municipal para elaborar as leis orgânicas locais continua assegurada na vigente Constituição Estadual do Rio Grande, que amorteceu a competência local com o abrandamento da fixação prévia dos princípios na própria Constituição do Estado, *verbis*:

“Os Municípios do Rio Grande do Sul regem-se pelas Leis Orgânicas e demais leis que adotarem, respeitadas os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição” (Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 27 de janeiro de 1970, art. 143).

Sem possuir a consistência do sistema constitucional do Rio Grande, ensaios fragmentários de diversificação municipal vêm sendo autorizados nas Constituições estaduais, reveladores, pelo menos, da preocupação do constituinte estadual com esse fundamental aspecto da organização municipal. Alongaria demasiadamente esta exposição a referência a cada Constituição estadual e o confronto de suas soluções. Apenas com o propósito de localizar a questão e propor, no final, uma indicação a respeito, partirei do modelo mais próximo, que é o do Estado de Minas, para citar depois outras Constituições, em número ilustrativo, mas igualmente revelador da preocupação comum de superar a organização simétrica e o vício da uniformidade, que identificam a centralização normativa da organização municipal nas duas fontes dessa centralização: a Constituição do Estado e a legislação estadual, na solução clássica do federalismo brasileiro; a Constituição Federal e a legislação complementar federal, na versão unitarizante pós-1964.

A Constituição do Estado de Minas, de 14 de julho de 1947, autorizou o agrupamento regional de Municípios e sua personificação jurídica, *verbis*:

“Os Municípios da mesma região, pelo voto de dois terços dos membros componentes das respectivas Câmaras, poderão agrupar-se, constituindo-se em pessoa jurídica, para instalação, exploração e administração de serviços comuns” (art. 95).

A Constituição do Estado de Minas, de 13 de maio de 1967, procurou explorar, dentro do filão dos poderes reservados, a diversificação da organização local chegando a conceber as linhas gerais da administração regional e local, para prever a organização de Conselho Regional (art. 201, § 2º), eleito por Prefeitos e Vereadores; a criação de Conselho Distrital da Comunidade, em cada Distrito (art. 204, §§ 1º, 2º e 3º), cujas atribuições podem constituir objeto de lei municipal; a figura dos Subprefeitos Distritais, auxiliares do Prefeito

(art. 206). Inspirando-se na concepção norte-americana do Administrador Municipal – *Council Manager Form* (Cf. WILLIAM VERNON HOLLOWAY – *State and Local Government in the United States* – McGraw-Hill Book Company – 1951, pág. 345) –, a Constituição autoriza a delegação a engenheiro ou a técnico de administração de notória competência dos encargos de coordenação e supervisão geral dos serviços locais (art. 196, § 3º). A Constituição do Estado, na sua redação atual, em decorrência de adaptações à Emenda Constitucional Federal nº 1, transferiu a organização da Região Administrativa para a área do Poder Executivo (arts. 113/115), retirando-a do capítulo reservado ao Município, sem alterar-lhe a finalidade, e manteve o Administrador Municipal (art. 177, § 3º), os Subprefeitos Distritais (art. 181) e o Conselho Distrital da Comunidade (arts. 182, 183, 184). A Lei Complementar de Organização Municipal, de 28 de dezembro de 1972, desdobrando a matéria constitucional, conferiu apreciável desenvolvimento à competência do Conselho Distrital da Comunidade (art. 80, I, II, III, IV, V e VI); deferiu à lei municipal a definição das atribuições, impedimentos e responsabilidades dos Subprefeitos Distritais (art. 81); destacou o Administrador Municipal como decisão puramente local (arts. 82 e 83) e fixou a Administração Regional no Município da Capital do Estado, no de população superior a cem mil habitantes ou no de localização de expressiva área industrial, cabendo à lei municipal definir as áreas, os cargos e os recursos financeiros da zona local de administração regional (arts. 84 e 85) e ao Prefeito regulamentar o exercício das atribuições do Administrador Regional, de sua livre nomeação e demissão (art. 86).

A preocupação diversificadora da organização municipal, com maior ou menor profundidade, alcança outras Constituições estaduais, de modo geral, como assinalei. São ilustrativas dessa tendência a Constituição do Estado de Pernambuco, de 25 de março de 1970, que faculta aos Municípios a organização de consórcios intermunicipais, aprovados pelas respectivas Câmaras, para a realização de obras, serviços e atividades de interesse comum (art. 110); a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 23 de julho de 1975, que prevê, para solução global de problemas de uma região, o agrupamento de Municípios interessados, de modo a criar entidade intermunicipal, regida por acordo administrativo (art. 162 § 3º), e a Constituição do Estado do Ceará, de 25 de novembro de 1970, favorecendo convênios e acordos intermunicipais, para realização de obras, serviços e atividades de interesse comum (art. 12, parágrafo único).

As normas constitucionais revelam que é generalizada a percepção de que se deve acrescentar outros instrumentos à organização fundada no dualismo Município/Distrito. Sente-se a necessidade de preencher o espaço que está crescendo e que já transpôs os limites territoriais de cada Município, manifestamente insuficientes para atender a necessidades regionais e plurimunicipais. Recolhe-se da verificação que as normas constitucionais ainda não se transformaram em realidades, de forma a preencher esse espaço supramunicipal com a atuação de órgãos, serviços e mesmo novas unidades de governo local. Há um contraste profundo entre a simétrica organização municipal brasileira irreduzivelmente dual e a pluralidade organizatória da estrutura local norte-americana, por exemplo, que abrange, na sua diversificação, condados, cidades, municipalidades, distritos escolares, distritos especiais. Essas chamadas entidades de gover-

no local atingem a impressionante cifra de 155.067 unidades dentro da Federação norte-americana (cf. WILLIAM VERNON HOLLOWAY, obra citada, pág. 400).

8. O desenvolvimento das peculiaridades locais, que a Constituição Federal considera uma variável da organização municipal (art. 14, parágrafo único), recomenda que se confira ao Município brasileiro, no atual estágio de sua evolução, a competência de auto-organização no plano autônomo da legislação municipal. Sem dispensar a previsão de princípios e regras fundamentais na Constituição Federal, dentro dos antecedentes do federalismo republicano, caberia à Constituição de cada Estado fixar as normas gerais da organização municipal, de modo a não inibir a criatividade local em função das dimensões, natureza e necessidades do Município. É desejável que, ingressando no domínio político da auto-organização, possa a autonomia municipal encontrar novas inspirações para o modelo organizatório do Município, especialmente no domínio das formas diversificadas dessa organização. A auto-organização alargaria o conteúdo da autonomia do Município, acrescentando-se a nova legislação de auto-organização à tradicional administração autônoma dos serviços públicos. A construção do Município como ordenamento jurídico parcial se completaria nessa competência de auto-organização, responsável pelas normas desse ordenamento parcial, uma verdadeira comunidade jurídica infra-estatal, subordinada à Constituição do Estado, como a Constituição do Estado se acha subordinada à Constituição Federal, centro da comunidade jurídica total da Federação.

9. O crescimento da vida urbana e a expansão das necessidades coletivas, em áreas de grande aglomeração demográfica, conduziram ao afloramento de soluções constitucionais visando captar as imposições da realidade supramunicipal que vem desafiando a imaginação de juristas, de políticos, de economistas e de administradores.

As Constituições estaduais, em diferentes épocas, como se assinalou, passaram a exprimir o enunciado de formulações genéricas, oscilando entre as soluções contratuais dos agrupamentos, dos convênios e dos consórcios, até as estruturas mais complexas dos entes regionais e das entidades autárquicas, dotadas de personificação jurídica, para atender a serviços, obras e necessidades de configuração supramunicipal, que é a finalidade comum a todas essas formulações.

Quando se elaborou o Anteprojeto da Constituição do Governo Provisório, em 1933, no âmbito da chamada Comissão do Itamarati, cuidou-se de oferecer aos Estados uma proposta federal para os assuntos de interesse intermunicipal. Com esse propósito, o anteprojeto autorizava os Estados "a constituir em Região, com a autonomia, as rendas e as funções que a lei lhe atribuir, um grupo de Municípios contíguos unidos pelos mesmos interesses econômicos". O Prefeito da região seria eleito pelos Conselheiros Municipais, e o Conselho Regional se comporia dos Prefeitos Municipais da mesma região (LEVI CARNEIRO — *Organização dos Municípios e do Distrito Federal* — Rio de Janeiro — 1953, pág. 50). A Constituição de 1937 retomou a idéia, para conferir ao agrupamento regional personalidade jurídica limitada a seus fins (art. 29), mas a regra autorizativa, endereçada diretamente aos Municípios da mesma região, não passou do nominalismo da Constituição. No período da elaboração preliminar do Projeto de Constituição Federal de 1967, a Comissão de Juristas nomeada pelo Presidente

CASTELLO BRANCO, constituída pelos Srs. LEVI CARNEIRO, OROSIMBO NONATO, MIGUEL SEABRA FAGUNDES e TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, também aventou formulação própria para os problemas intermunicipais, admitindo, de um lado, *áreas regionais de desenvolvimento prioritário* e a *administração conjunta de alguns Municípios*, de outro, sempre visando à realização de obras ou serviços públicos, ou a outros objetivos de interesses comuns dos Municípios (Anteprojeto, arts. 246 e 247 — in *Correio da Manhã*, de 25 de agosto de 1966 — “Caderno da Constituição”).

10. A Constituição Federal de 1967 (art. 157, § 10), em regra mantida pela Emenda Constitucional nº 1 (art. 164), ao prever a criação de regiões metropolitanas, rompeu com os antecedentes constitucionais do agrupamento regional de Municípios, não obstante a congregação plurimunicipal que a Região Metropolitana pressupõe. Esse rompimento é visível, desde logo, na competência que se defere à União Federal, para, mediante lei complementar, estabelecer Regiões Metropolitanas. Daí o deslocamento da matéria. Nas soluções dos precedentes constitucionais, a figura da Região se integrava no campo constitucional da competência dos Estados e dos Municípios. A Constituição de 1967 preferiu localizar a Região Metropolitana no título constitucional dedicado à ordem econômica e social, impregnado de normas programáticas que dependem do desdobramento do legislador ordinário. A Região Metropolitana não resultou de comando auto-aplicável da Constituição. Ficou na dependência de lei posterior, a juízo da União. O texto constitucional é breve e lacônico. Não encerra quadro da competência constitucional da Região Metropolitana e nem conferiu, explicitamente, à União a competência para legislar sobre matérias do interesse das Regiões Metropolitanas. A competência da União não está consignada no quadro amplíssimo de sua competência legislativa exclusiva (art. 8º, XVII e alíneas), nem na particularização da legislação de normas gerais e de diretrizes e bases (art. 8º, XVII, alíneas *c, d, e, n, q, v*), a qual convive com a legislação estadual de caráter supletivo, como seria adequado às matérias do interesse das Regiões Metropolitanas. Na falta de norma expressa da competência enumerada, a União passou a exercer a competência implícita, para não apenas estabelecer as Regiões Metropolitanas, como se acha previsto na Constituição, mas, também, legislar sobre Regiões Metropolitanas. A Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973, que estabelece as Regiões Metropolitanas, deu início ao dinâmico processo legislativo da União. A lei federal organiza a Região Metropolitana, designando os seus dois órgãos — Conselho Deliberativo e Conselho Consultivo (art. 2º); estrutura a composição e a competência de cada órgão (art. 2º, parágrafos 1º e 2º; artigo 3º, I; art. 4º, I e II); define os serviços de interesse metropolitano (art. 5º, I, II, III, IV, V e VI) e indica as formas de unificação dos serviços comuns de interesse metropolitano (art. 3º, parágrafo único). A União não se deteve na organização das Regiões Metropolitanas. Criou, a seguir, a Comissão Nacional de Regiões Metropolitanas e Política Urbana (Decreto nº 74.156, de 6 de junho de 1974), para acompanhar a implantação do sistema de Regiões Metropolitanas e propor as diretrizes, a estratégia e os instrumentos da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, dando ao órgão uma estrutura integralmente federal (art. 2º, I, II, III, IV, V e VI). A Comissão Nacional de Regiões Metropolitanas transformou-se, mais tarde, no Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) — (Decreto nº 83.355, de 20 de abril de 1979), res-

ponsável pela política nacional de desenvolvimento urbano, inscrevendo-se nessa finalidade o exercício de amplas atribuições, como as de propor os programas anuais e plurianuais de investimentos urbanos, a programação do apoio financeiro federal ao desenvolvimento urbano e a definição dos recursos destinados a programas de desenvolvimento urbano, que serão despendidos diretamente pela União ou transferidos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, especialmente os recursos relativos a habitação, saneamento, áreas industriais, transporte urbano e administração metropolitana e municipal. A União Federal, assumindo o comando do desenvolvimento metropolitano, promoveu a criação do Fundo Nacional de Apoio ao Desenvolvimento Urbano — FNDU (Lei nº 6.256, de 22 de outubro de 1975), vinculado ao financiamento de serviços municipais e de equipamentos sociais urbanos no território do Município.

O interesse da União pelo desenvolvimento metropolitano conduziu a uma legislação direta sobre os sistemas metropolitanos e municipais dos transportes urbanos (Lei nº 6.261, de 14 de novembro de 1975), integrados no sistema nacional de transportes urbanos, e beneficiários dos recursos distribuídos pelo Fundo de Desenvolvimento dos Transportes Urbanos, legislação que, não obstante os benefícios financeiros, põe-se em conflito com a competência nacional da União, em matéria de transporte (Constituição Federal, art. 8º, XV, *d*), de tráfego e trânsito nas vias terrestres (art. 8º, XVII, *n*).

Os Estados não disputam com a União o comando das Regiões Metropolitanas. Submetem-se a esse comando, secundando a ação da União, que se apóia nos abundantes recursos financeiros destinados aos planos de desenvolvimento metropolitano. Se os Estados não legislam com a intensidade da União sobre matéria de interesse metropolitano e desenvolvimento urbano, participam da administração metropolitana, não só pela sua presença nos Conselhos da Região Metropolitana, como também pela implantação do órgão estadual de planejamento metropolitano. A ação conjugada da União e do Estado na Região Metropolitana acaba devassando e se sobrepondo ao próprio Município, tornando assuntos do peculiar interesse local em assuntos metropolitanos. A criação das Regiões Metropolitanas em lei ordinária, sem fundamento no quadro prévio da competência constitucional dessas novas entidades, transformou em terreno movediço o campo de atuação das Regiões Metropolitanas, pois o interesse metropolitano é a soma dos interesses municipais e todo assunto metropolitano constitui, originariamente, assunto de interesse municipal. A solução constitucional das Regiões Metropolitanas, em regra de conteúdo lacônico e deslocada de seu campo próprio, alimenta o dissídio entre interesse municipal autônomo, definido na regra superior da Constituição, e o interesse metropolitano, concebido na regra inferior da lei. Esse conflito conceitual entre interesse municipal e interesse metropolitano deve desaparecer. A Constituição é instrumento de estabilidade e de segurança e não deve converter-se em fonte de incertezas e de polêmicas.

11. Ao concluir esta exposição, permitam-me encarecer a importância que confiro à redefinição da posição do Município nos planos superiores da Constituição Federal e da Constituição do Estado.

A Constituição Federal deve ser expurgada da excessiva matéria municipal que se introduziu no seu texto, especialmente no período do constitucionalismo pós-1964, impregnado de tendência centralizadora. A função da Constituição Federal é a de definir os grandes princípios estruturadores do governo municipal: autonomia municipal e seu conteúdo, inclusive o princípio da auto-organização própria, mediante leis municipais de organização; a competência tributária dos Municípios; a intervenção federal no Estado para preservar o princípio da autonomia municipal; a representação de constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, para defesa judiciária da autonomia municipal, princípio constitucional da Federação; as exceções à autonomia municipal, em casos restritos, deixando à Constituição do Estado a faculdade, e não a obrigatoriedade, de adotar essas exceções.

Deverão ser devolvidas às Constituições estaduais as matérias que foram absorvidas pela versão centralizadora e autoritária da Constituição Federal: critérios para criação dos Municípios; remuneração de Vereadores municipais; fiscalização financeira municipal. Por outro lado, a Constituição do Estado abandonaria a função de texto regulamentador, de forma exaustiva, da organização municipal. A organização do Município passaria a constituir competência de auto-organização de nível local, através de leis municipais dessa natureza. A Constituição do Estado prescreveria os princípios gerais dessa organização, partindo das regras preexistentes da Constituição Federal, de modo a assegurar, no Município, a estrutura republicana, representativa e democrática da organização local, sem aprisioná-la na uniformidade de organização simétrica. O relacionamento entre a União, os Estados, os Municípios e as Regiões Metropolitanas seria objeto de normas da Constituição Federal, partindo das seguintes definições prévias: 1º) A Região Metropolitana seria localizada no capítulo constitucional dos Estados na Constituição Federal. 2º) A criação de Regiões Metropolitanas continuaria na competência da União. 3º) A Constituição Federal disporia sobre a competência, a organização e os recursos financeiros das Regiões Metropolitanas, proporcionando o ingresso das Regiões Metropolitanas nos Fundos de Participação. 4º) Os Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal, Municípios e Regiões Metropolitanas se estenderiam a todos os impostos federais, sem limitar-se, como no momento, aos impostos sobre produtos industrializados e de renda. 5º) A União receberia a competência para legislar sobre normas gerais de interesse das Regiões Metropolitanas, e os Estados, a de legislar, supletivamente, quando a matéria de interesse metropolitano constituísse objeto de normas gerais da União, e disporia da competência de legislação exclusiva e principal em tudo o que não estivesse contido na legislação de normas gerais da União.

A redefinição da posição constitucional — que se impõe pelas razões aqui resumidas — devolveria ao Município sua fisionomia própria, removendo de sua imagem as marcas deformadoras introduzidas pela centralização normativa atual, e nessa redefinição o preconizado exercício da autonomia local no campo institucional da auto-organização conduziria, certamente, ao reflexo do desenvolvimento das instituições municipais, tão necessário à consolidação e ao desenvolvimento do governo municipal, cujas raízes históricas se confundem com as origens da Nação brasileira.

A autonomia municipal e o zoneamento industrial

GASPARE SARACENO

Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Católica de Salvador — Bahia

1. O Estado federal — tipificado como forma composta que objetiva a identificação de uma unidade política — pressupõe a coexistência de uma esfera de **Poder Central** emergente, a que se dá o nome de **União**, e de esferas de **Poder Local** — determinantes desse **Poder Central**, nominadas de **Estados-Membros**. É evidente que se contém, no universo da Federação, a idéia de composição. É indubitoso, portanto, configurar-se um jogo de forças, estas articuladas a partir das extremidades e tendentes para o centro (a exemplo de um movimento centrípeto). Realidades que preexistem à concepção do Estado federal, que é consequência. É desiderato do Estado federal “formar uma união mais perfeita . . .”, conforme, aliás, se inscreveu no preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América. Tratava-se, lá, de dar nova forma de vida à confederação pré-constitucional, uma vez que os artigos (artigos da confederação) se mostravam instrumentos débeis a dar estabilidade aos laços políticos das colônias. Em que pese aos inconvenientes, para reger o futuro político das treze colônias, os artigos da confederação serviram de suporte para a consolidação do sentimento nacional. Afirma BERNARD SCHWARTZ (1):

“Los artículos de la Confederación, a pesar de todas sus deficiencias, dieron efectivamente una base legal al gobierno nacional de facto que había existido bajo el Congreso Continental. Su disposición encaminada a constituir una “perpetua Unión” y el funcionamiento, aunque inadecuado de esa Unión, acostumbraron a los norteamericanos a considerarse a si mismos como una nación. Aun siendo deficientes como eran, los artículos, tal como

Trabalho apresentado no 6.º Congresso de Desenvolvimento Industrial, realizado em Fortaleza — CE, de 21 a 23 de outubro de 1981.

(1) SCHWARTZ, Bernard. *Los Poderes de Gobierno*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, v. I, pp. 14-15.

lo describió Marshall, preservaron la idea de unión hasta que el buen sentido de la nación adoptó un sistema más eficiente. Cuando la Unión resultó defectuosa, la cuestión ya no fue cómo desembarazarse de ella, sino como hacerla más perfecta.”

O Estado federal é forma de convivência política entre a esfera de **Poder Central** emergente (a União) e os **Estados-Membros**, estes determinantes do **Poder Central**. Escreve ALBERTO BARRENA GARCIA (2):

“Es aquí precisamente donde radica la importancia actual del federalismo **moralmente** considerado: en cuanto que es una forma adaptable que permite respetar la diversidad asegurando la unidad, el federalismo permite realizar la unidad de la civilización. Sin un fondo científico comun y sin una misma concepción de la persona humana, la **convivencia** es imposible o peligrosa. Pero, al mismo tiempo, el federalismo respeta la diversidad de culturas.”

2. A distribuição das competências, no Estado federal, se funda na justaposição, como regra fulcral — em se tratando de competência estadual, ou seja, conferida pela Constituição aos Estados-Membros —, e esta haverá de prevalecer, excluída a da União, e vice-versa. Excepcionalmente, entretanto, há superposição quando se trate de competência no campo dos poderes concorrentes (art. 8º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil). A Constituição vigente adota técnica de distribuição das competências pela qual ficam conferidos à União os poderes expressos (art. 8º) — bem como os implícitos; aos Estados-Membros os que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados pelo texto constitucional (art. 13, § 1º). A previsão que se refere aos poderes concorrentes, entre a União e os Estados-Membros, está inserta no parágrafo único do art. 8º, em que “a competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q e v do item XVII, respeitada a lei federal”.

Aqui haverá superposição de normas, pois a lei federal excluirá a lei estadual idêntica.

3. Esclarece MANOEL RIBEIRO (3):

“Se o essencial na Federação são as relações entre os Estados-Membros, ela não será descaracterizada se se introduzir um novo elemento, no caso o Município. Pelo fato de, na sua superfície interna, haver sido o Estado-Membro unitário, não impedirá a existência do regime federativo que deixe de o ser. Representará, pelo contrário, um progresso porque a autonomia política que se conceder às entidades intra-estatais, para empregar a expressão de PONTES DE MIRANDA, significará mais democracia, maiores garantias, maior participação do povo nos assuntos do governo.”

(2) BARRENA GARCIA, Alberto. *El Federalismo en Suiza*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, v. I, p. XIV.

(3) RIBEIRO, Manoel. *O Município na Federação*. Salvador, Universidade Católica de Salvador, 1979, p. 51.

Informa MAYR GODOY (4) ter o Poder Municipal nascido

“ (...) em meio às destruições das guerras medievais, da peste e da fome e em oposição ao poder régio, ao feudalismo e ao bispo, com a idéia comunitária fundada na valorização do homem e limitada à aspiração de apenas cuidar dos negócios locais, em clima de paz, ainda que ao custo de contribuições permanentes, porém ajustadas em pecúnia. Daí por que sua origem não se encontra na **polis** nem na **urbs** — Cidade-Estado —, mas na **city** e no **bourg** — cidade fortificada. Dentro das muralhas ou do quarteirão, protegido pelo foral, o burguês pôde, a salvo das devastações da guerra e dos abusos do senhor feudal, do bispo e do rei, encontrar condições para desenvolver sua atividade econômica e social, pela associação voluntária, visando interesses comuns, presidido por um novo instituto — a Câmara Municipal!”

Observe-se, desde então, ser sua vocação natural a de encontrar condições para o desenvolvimento de atividades econômicas e sociais, visando a interesses comuns. O mesmo autor afirma que “o **Municipium** surgiu como forma de ordenar a vida urbana das terras conquistadas”.

4. EUGÊNIO FRANCO MONTORO (5), tratando do Município brasileiro, escreve:

“Foi com a Independência do País que se iniciou a fase verdadeiramente brasileira de nossa história municipal. Isto porque, até aquela época, as instituições de governo local existentes no País eram transplantes do modelo português. Foi com a Constituição de 1824 que o Município brasileiro passou a ter feições próprias e existência constitucional.”

Nesse sentido, o art. 167 da Constituição Política do Império estabeleceu:

“Em todas as cidades e vilas ora existentes, e nas mais que para o futuro se criarem, haverá Câmaras às quais compete o governo econômico e municipal das mesmas cidades e vilas.”

Já o art. 169, também da Constituição do Império, fixou:

“O exercício de suas funções municipais, formação das suas posturas policiais, aplicação de suas rendas, e todas as suas particularidades, e úteis atribuições, serão decretadas por uma lei regulamentar.”

A Constituição de 1891, no seu art. 68, veio consagrar, ainda que de maneira vaga, a autonomia municipal, ao dispor:

“Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

(4) GODOY, Mayr, *A Câmara Municipal*. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1978, p. 15.

(5) MONTORO, Eugênio Franco. *O Município na Constituição Brasileira*. São Paulo, Editora da Universidade Católica, p. 28.

Emendada a Constituição de 1891 — em 1926 —, alterada a redação do art. 6º, com a enumeração dos princípios constitucionais a que deveriam os Estados-Membros obedecer, sob pena de intervenção federal, inseriu-se ser imperativa a intervenção da União, nos Estados, para assegurar a autonomia municipal (art. 6º, II, f).

A Constituição de 1934 tornou menos fluida a autonomia dos Municípios, que já fora prevista na Constituição de 1891. EUGÊNIO FRANCO MONTORO (6) aponta oito características do regime instituído em 1934, e relativo à autonomia municipal:

“1. a eletividade de Prefeitos e Vereadores passou a ser obrigatória, podendo o Prefeito ser eleito pela Câmara. No Município da Capital e nas estâncias hidrominerais o Prefeito poderia ser de nomeação do Governo do Estado (art. 13, I e § 1º), sendo vedada a reeleição de Prefeitos para o período imediato (art. 7º, I, c);

2. o processo de intervenção dos Estados nos Municípios passou a ser previsto na Constituição. Somente poderia ocorrer para regularizar as finanças, observados, no que forem aplicáveis, os preceitos referentes à intervenção federal (art. 13, § 4º);

3. aos Estados era facultada a criação de órgãos de assistência técnica à administração municipal e fiscalização de suas finanças, pondo-se fim às discussões sobre se tal atividade era lícita aos Estados e se não conflitava com o sentido de “peculiar interesse” (art. 13, § 3º);

4. atribuiu-se ao Município competência para decretar e arrecadar tributos, além dos que lhe fossem transferidos pelos Estados (art. 13, § 2º). Esta foi a grande inovação trazida pela Carta Magna de 1934, pois procurou assegurar a independência financeira do Município, conferindo-lhe certos impostos e taxas. Este passou a ter competência tributária. Apesar de esta competência referir-se a tributos de menor importância, e que não resolveriam de vez o problema da pobreza dos Municípios, foi um primeiro e enorme passo no sentido de eliminar a dependência dos governos estaduais para a execução dos serviços de peculiar interesse do Município;

5. tornou expressa a conceituação da autonomia financeira, caracterizada pela liberdade na decretação de seus tributos, arrecadação e aplicação de suas rendas (art. 13, II). Além de atribuir ao Município impostos e taxas, assegurou a livre aplicação de seus recursos, que não poderiam mais ser vinculados a determinações do governo estadual;

6. tornou expressa a faculdade de o Município livremente organizar os serviços de sua competência, como decorrência necessária da autonomia municipal (art. 13, III);

(6) MONTORO, *op. cit.*, pp. 49-50.

7. manteve a cláusula do peculiar interesse como delimitadora da competência do Município (art. 13, **caput**);

8. previu, novamente, a intervenção federal nos Estados que não respeitassem o princípio da autonomia municipal (art. 7º).”

A Constituição de 1937, ainda que formalmente, manteve a autonomia municipal, nos termos do seu art. 26:

“Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente:

a) à escolha dos Vereadores pelo sufrágio direto dos municípios alistados eleitores na forma da lei;

b) à decretação dos impostos e taxas atribuídas à sua competência por esta Constituição, pelas Constituições e leis dos Estados;

c) à organização dos serviços públicos de caráter local.”

O Prefeito passou a ser de livre nomeação do Governador do Estado, segundo o disposto no art. 27.

A Carta de 1937 estabeleceu, no seu art. 46, ser a Câmara dos Deputados composta de representantes do povo, eleitos mediante sufrágio indireto. Para tanto, eram eleitores os Vereadores às Câmaras Municipais e, em cada Município, dez cidadãos eleitos por sufrágio direto no mesmo ato da eleição da Câmara Municipal (art. 47).

O art. 1º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, alterou a redação do art. 46, determinando a eleição dos membros da Câmara dos Deputados mediante sufrágio direto, ficando destituído de eficácia o mandamento contido no art. 47 que seria suprimido pelo art. 2º, também da Lei Constitucional nº 9.

Por oportuno, registre-se que, dentre os princípios constitucionais a serem observados pelos Estados-Membros, sob pena de intervenção federal, não houve menção à autonomia municipal (art. 9º).

A Constituição de 1946 restabeleceu a dignidade em relação à autonomia dos Municípios. No dizer de ATALIBA NOGUEIRA, referido por EUGENIO FRANCO MONTORO (7), os constituintes objetivaram “restabelecer as liberdades locais, indispensáveis ao progresso destas células do organismo nacional, não apenas as liberdades de ordem pública, mas também as de caráter administrativo, financeiro e econômico”.

Assim é que, dentre os princípios constitucionais a serem observados pelos Estados-Membros, sob pena de intervenção federal, voltou a ser introduzido aquele referente à autonomia municipal (art. 7º, VII, e). O art. 23

(7) MONTORO, *op. cit.*, p. 58.

fixou o princípio geral da não-intervenção dos Estados-Membros nos Municípios, ao estabelecer os casos em que esta se daria (8).

O art. 28, tratando da autonomia municipal, estabeleceu que esta seria assegurada:

“I — pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II — pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais.”

A enumeração dos tributos da competência dos Municípios constou do art. 29, independentemente de a Constituição conferir participação efetiva na arrecadação de tributos da União, conforme previsão contida nos §§ 2º e 4º do art. 15.

A Constituição de 1967 introduziu nova hipótese capaz de deflagrar a intervenção da União nos Estados-Membros, em caso de “deixar de entregar aos Municípios as cotas tributárias a eles destinadas” (art. 10, V, b), uma vez que manteve a possibilidade de intervenção para assegurar a autonomia municipal (art. 10, VII, f).

A criação de Municípios continuou a cargo de lei estadual (art. 15), cabendo, entretanto, à lei complementar estabelecer os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais para esse efeito (art. 14).

Ainda que se considere como detalhado o tratamento dado pela Constituição de 1967 aos Municípios, houve, em verdade, uma sensível redução na autonomia (política e administrativa). Certamente que se configurou uma situação centralizadora (competência em favor da União para fixar limitações ao poder de tributar dos Estados e Municípios — art. 19, § 1º; fixação, pelo Senado, de limites globais para o montante da dívida consolidada dos Estados e Municípios e do estabelecimento e alteração de limites e prazos, mínimo e máximo, taxas de juros e demais condições das obrigações emitidas pelos Estados e Municípios — art. 69, § 2º) que bem caracteriza a elephantíase do poder central.

Ex vi do disposto no art. 20, § 2º, a Constituição de 1967 conferiu à União competência para, mediante lei complementar, “atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional”, conceder isenções de impostos municipais.

(8) O art. 23 da Constituição de 1946 estabelecia:

“Os Estados não intervirão nos Municípios senão para lhes regularizar as finanças, quando:

I — se verificar impontualidade no serviço de empréstimo garantido pelo Estado;

II — deixarem de pagar, por dois anos consecutivos, a sua dívida fundada.”

EUGÊNIO FRANCO MONTORO ⁽⁹⁾, considerando o tratamento dado aos Municípios pela Constituição de 1967, escreve:

“Verifica-se, portanto, que é minucioso o tratamento dado pela Constituição de 1967 ao regime municipal. Todavia, isto pode trazer sérios prejuízos ao desenvolvimento dos Municípios. O tratamento constitucional, que se alargou com o objetivo de impedir uma interpretação restritiva da autonomia municipal, por parte dos governos estaduais, pode, atualmente, sufocar o próprio Município. Não é sem razão que, ao analisar a Constituição de 1967, é pessimista a observação de DIOGO LORDELLO DE MELLO, para quem a autonomia municipal e a Federação entraram em grave crise com o esquema centralizador da nova Constituição.”

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, reduzidas alterações introduziu no texto político primitivo em se tratando de matéria relacionada à autonomia municipal. Assim, acresceu-se mais um caso de intervenção dos Estados-Membros nos Municípios (art. 15, § 3º, d). O art. 16 tratou de fixar regras relativas à fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios. O § 2º do art. 15 introduziu regra pela qual “a remuneração dos Vereadores será fixada pelas respectivas Câmaras Municipais para a Legislatura seguinte, nos limites e segundo os critérios estabelecidos em lei complementar”. A Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, tratou de estabelecer critérios para a fixação da remuneração de Vereadores, tornando, por conseguinte, eficaz o dispositivo constitucional não bastante em si mesmo.

5. A evolução constitucional do regime municipal trazida ao exame bem evidencia a tradição da instituição — célula deflagradora e constitutiva dos valores que informam a nacionalidade. Não se trata de o Município ser realidade de somenos importância. Seus alicerces sociológicos lhe dão nível e postura constitucionais. Sua organização, ainda que articulada por lei, nasce da Constituição, que fixa os lineamentos básicos, assegurando, como consequência, a autonomia.

MANOEL RIBEIRO ⁽¹⁰⁾, examinando o assunto, ensina:

“O nosso Município, ao contrário do Município francês, que é organizado por lei ordinária, tem os seus poderes fundamentais tirados da Constituição federal. Diverge nisso, também, do Município americano, que não foi encarado pela Constituição dos Estados Unidos. Isso se deu, aliás, porque o problema que interessava aos constituintes de Filadélfia era unir os Estados numa Federação. Afirma ALEXIS DE TOCQUEVILLE que a liberdade comunal nos Estados Unidos se deduz do dogma da soberania popular; a todas as repúblicas americanas é reconhecida mais ou menos essa independência. Mais uma razão para que o constituinte americano não cuidasse do problema municipal. Nesse aspecto, pois, o Muni-

(9) MONTORO, *op. cit.*, p. 78.

(10) RIBEIRO, *op. cit.*, p. 58.

cípio brasileiro tem uma posição privilegiada: as suas prerrogativas vêm da Constituição Federal, como as da União e as do Estado-Membro. Tem uma característica de Estado, segundo a concepção de MICHOUUD e DE LAPRADELLE, porque os seus direitos se encontram protegidos contra todo e qualquer ataque por uma delimitação jurídica ou repartição de competência. Não são direitos delegados, mas originários, pois que saltam da Constituição Federal. Não significam concessão dos Estados-Membros ou da União.”

E prossegue o festejado Mestre:

“Ainda, seguindo a MICHOUUD e DE LAPRADELLE, o Município brasileiro tem características de Estado, porque tem direitos de poderes públicos oponíveis ao Estado de que depende, Estado não soberano, e oponíveis ao Estado federal, Estado soberano. A União ou o Estado-Membro não podem retirar-lhe qualquer parte das faculdades que lhe pertencem. Somente a Nação, em assembléia constituinte, ou o Congresso, pelo processo de emenda, poderiam afetar os direitos dos Municípios. Também poderiam fazê-lo em relação à própria União e aos Estados-Membros. A situação é, pois, de perfeita igualdade. Pela tese lembrada, o Município não diverge do Estado, não lhe é inferior.”

Emerge indubitável considerar-se que os Estados-Membros não são juizes das competências essenciais dos Municípios. Não se trata de outorga de competências conferida pelos Estados-Membros aos Municípios. É autonomia que tem sua gênese na Constituição, oponível aos Estados-Membros, inclusive, e imodificável por estes.

Está, iniludivelmente, na Constituição da República Federativa do Brasil a autonomia municipal, que dela nasce nos seguintes termos:

“A autonomia municipal será assegurada:

I — pela eleição direta do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País; (*)

II — pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e

b) organização dos serviços públicos locais.” (Art. 15, I e II.)

MANOEL RIBEIRO⁽¹¹⁾, discorrendo a respeito do conceito doutrinário de autonomia, assim se manifesta:

(*) NR: Redação do item I dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 1982.

(11) RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. Salvador, Editora Itapoã Ltda., 1984, v. I, pp. 123-24.

“O conceito doutrinário de autonomia não é destruído pela Constituição Federal, quando a confere aos Municípios. Uma associação pode ser, diz MAX WEBER:

a) **autônoma** ou **heterônoma**; b) **autocéfala** ou **heterocéfala**. **Autonomia** significa, ao contrário de **heteronomia**, que a ordem da associação não está outorgada — imposta — por alguém de fora da mesma e exterior a ela, senão por seus próprios membros e em virtude da sua qualidade (qualquer que seja a forma em que isso tenha lugar). **Autocefalia** significa que o dirigente da associação é nomeado segundo a ordem da associação, e não, como no caso da **heterocefalia**, por alguém externo a ela (qualquer que seja a forma de nomeação).”

E conclui:

“Como desejam os autores que negam a autonomia política do Município, na verdade, teria ele autocefalia, apenas capacidade de escolher os seus dirigentes. Na realidade, tem assuntos próprios, deferidos pela Constituição Federal. É ele que os deve manejar, sem interferência, controle ou fiscalização do Estado, se é que se dá à palavra “autonomia” significação correta. O sentido doutrinário da palavra concilia-se perfeitamente com os termos do art. 15 da Constituição Federal. O Município brasileiro é autônomo e autocéfalo.”

HELY LOPES MEIRELLES⁽¹²⁾, a respeito da autonomia do Município brasileiro, assim se pronuncia:

“O Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação. Essa integração é uma peculiaridade nossa, pois em nenhum outro Estado soberano se encontra o Município como peça do regime federativo, constitucionalmente reconhecida. Dessa posição singular do nosso Município é que resulta a sua autonomia **político-administrativa**, diversamente do que ocorre nas demais Federações, em que os Municípios são circunscrições territoriais meramente administrativas.”

A autonomia municipal, consignada no art. 15 da Constituição, é política e é administrativa. A política, que se contém no art. 15, I, revela-se pela eleição direta de Prefeito e Vice-Prefeito — como regra geral — e Vereadores. A administrativa, inserta no art. 15, II, decorre da administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente em relação às matérias contidas nas alíneas **a** e **b** do art. 15, II. A enunciação lançada não é exaustiva, daí por que não esgota os assuntos a serem exercitados pelos Municípios em razão de sua administração própria. Ao contrário, caracteriza-se por ser exemplificativa, servindo de parâmetro o **peculiar interesse**.

(12) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp. 780-1.

Ao exame aqui proposto, mantido o direcionamento que o assinalou, interessa cuidar da **autonomia administrativa**, que se manifesta pela administração própria, limitada ao peculiar interesse local.

6. A matéria pertinente à autonomia administrativa se funda, portanto, no peculiar interesse. Em relação ao peculiar interesse, escreve HELY LOPES MEIRELLES ⁽¹³⁾:

“Peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia municipal de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-Membro, como também não há interesse regional ou nacional que ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza “peculiar interesse”, inscrito como dogma constitucional, é a **predominância** do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.”

E sentença:

“Concluindo, podemos dizer que tudo quanto repercutir direta ou indiretamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-Membro e à União. O provimento de tais negócios cabe exclusivamente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de poderes estranhos, sem ofensa à autonomia local. Pode e deve o Município repelir tais interferências, partam elas de outro Município, do Estado-Membro ou da União, através de qualquer de seus órgãos ou Poderes.”

O disciplinar da malha urbana — o espaço que possibilita assentar as funções urbanas imprescindíveis (trabalho, habitação, lazer, dentre outras) — é ação pertinente ao predominante interesse da vida do Município, ainda que possa interessar — de uma maneira ou de outra — às demais esferas de competência de base territorial. Integra-se à gama de assuntos regulados em decorrência do exercício da administração própria do Município, uma vez que é manifesto o peculiar interesse local. Esse regram, tendente à ordenação do espaço urbano, é revelado pela edição de imposições urbanísticas, decorrentes do poder de polícia.

HELY LOPES MEIRELLES ⁽¹⁴⁾ expõe:

“As imposições urbanísticas são preceitos de ordem pública. Derivam do poder de polícia, que é inerente e indissociável da administração. Exteriorizam-se em limitações de uso da proprie-

(13) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 3.^a ed., 1977, pp. 114-15.

(14) MEIRELLES, cf. nota (13), *op. cit.*, p. 592.

dade ou de outros direitos individuais, sob a tríplice modalidade **positiva** (fazer), **negativa** (não fazer) ou **permissiva** (deixar fazer). Distinguem-se das limitações civis, comumente chamadas restrições de vizinhança, que visam à proteção da propriedade particular em si mesma, e à segurança, ao sossego e à saúde dos que a habitam (Código Civil, arts. 554 a 588). Ambas incidem sobre bens e atividades privadas, mas com finalidades diversas: **as restrições civis** amparam os vizinhos, reciprocamente considerados nas suas relações individuais; **as limitações urbanísticas** protegem a coletividade na sua generalidade.”

O art. 160 da Constituição da República Federativa do Brasil elege quais os princípios programáticos que devem informar a ordem econômica e social, objetivando a consecução do desenvolvimento nacional e da justiça social. Dentre os princípios ali contidos situam-se a **função social da propriedade** e a **liberdade de iniciativa**.

SPANTIGATI, referido por JOSÉ AFONSO DA SILVA⁽¹⁵⁾, comentando o art. 3º, segunda parte, da Constituição italiana de 1947, escreve que **a função social da propriedade** “ (...) constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público, que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística.”

E essa harmonia entre o interesse particular e o interesse coletivo é alcançada pelo Município no exercício do **poder de polícia**. Ensina MANOEL RIBEIRO⁽¹⁶⁾:

“Exerce também o Município o poder de polícia que lhe é inerente. É a maior regalia do poder público, explicada porque se exerce em benefício da coletividade. Importa em restrições à liberdade individual. No exercício do poder de polícia, o Município tem um sem-número de atividades: edificação, localização de indústrias, de estabelecimentos comerciais que lidam com matéria que pode oferecer perigo à segurança geral, tráfego de veículos, afixação de cartazes, mendicância etc.”

Quanto aos assuntos urbanísticos, HELY LOPES MEIRELLES⁽¹⁷⁾ esclarece:

“Compete à União elaborar o Plano Nacional de Urbanismo e editar as normas gerais de urbanismo; cabe aos Estados-Membros organizar o Plano Estadual de Urbanismo e estabelecer as normas

(15) SILVA, José Afonso da. *Disciplina Jurídico-Urbanística da Propriedade Urbana*. São Paulo, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Jun. 80, p. 117.

(16) RIBEIRO, cf. nota (3), op. cit., p. 129.

(17) MEIRELLES, cf. nota (13), op. cit., p. 598.

urbanísticas regionais, supletivas e complementares das federais; e, finalmente, compete aos Municípios elaborar e executar o Plano Diretor do Município e promover o ordenamento urbano.”

A Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo fixa como atribuições, dentre outras, a elaboração do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado e o estabelecimento de normas de edificação, de loteamento, de arruamento e de zoneamento urbano, bem como as limitações urbanísticas convenientes à ordenação do território (art. 3º, VIII e IX). No mesmo sentido, a exemplo de outras, a Lei Orgânica dos Municípios do Estado da Paraíba (art. 2º, VII e VIII), a do Estado do Piauí (art. 21, VIII, IX e XI), a do Estado do Rio Grande do Norte (art. 2º, VIII e IX), a do Estado do Rio de Janeiro (art. 35, V, VI e VII) e a do Estado da Bahia (art. 37, X e XI).

Segundo HELY LOPES MEIRELLES⁽¹⁸⁾, o Plano Diretor ou Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado “é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local.”

O Plano Diretor tem por objetivo a ordenação do espaço urbano. No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁽¹⁹⁾:

“O solo passa a ter qualificação urbana, quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a **edificabilidade** e a **viabilidade** (de viário), que não são, por natureza, qualidades do solo. Essa qualificação é função das normas urbanísticas que lhe fixam o **destino urbanístico**, a que fica vinculado o proprietário. Esse destino consiste primordialmente na ordenação do terreno e na sua predeterminação a uma das funções urbanísticas já mencionadas. Mas a figura do destino urbanístico dos terrenos não se resume nisso, pois, como assinalou GARCÍA DE ENTERRÍA, o destino é um instrumento de ordenação da propriedade que se planifica através de sua natureza vinculante. Isso significa que é a figura por meio da qual se constrói o direito de propriedade (...) o destino cria uma **utilidade legal**, que pode aproveitar ao proprietário e que se contrapõe à **utilidade natural** dos terrenos, identificada com sua natureza de rústico.”

Há, desenganadamente, “um instrumento que individualiza as distintas categorias do solo urbano”, conforme explica PEDRO ESCRIBANO COLLADO, referido por JOSÉ AFONSO DA SILVA⁽²⁰⁾.

O Plano Diretor, que se propõe a dar aproveitamento concreto à malha urbana, em adequação às vocações naturais de crescimento, estabelece normas que irão regular o desenvolvimento do espaço, nos seus múltiplos aspectos a serem considerados, com a fixação de diretrizes que compreendem, por exemplo, o **zoneamento**, o **sistema viário**, os **princípios de loteamento**, os **princípios de edificação e urbanismo**.

(18) MEIRELLES, cf. nota (13), op. cit., p. 611.

(19) SILVA, op. cit., p. 119.

(20) SILVA, op. cit., p. 119.

Com o zoneamento, o Município terá zonas afetadas: uma zona urbana, uma zona de interesse de expansão urbana, uma zona de interesse urbano, uma zona rural.

A zona urbana haverá de ser subdividida em zonas de uso predominante, conforme é o caso da zona industrial (ZI).

7. A delimitação de parte do espaço urbano, para ser afetada como zona de uso predominantemente industrial, impõe uma destinação urbanística vinculante, daí por que a edificabilidade, que é uma utilidade acrescida, decorre da destinação contida no respectivo Plano Diretor do Município.

A respeito do assunto, informa JOSÉ AFONSO DA SILVA⁽²¹⁾:

“A edificabilidade é algo que surge com a ordenação urbanística do solo. É algo novo, acrescido, criado pelos planos e normas urbanísticas, por mais elementares que sejam, como no caso brasileiro. Edificabilidade é qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário exercer a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela a faculdade não existe.”

Depois de explicar que “a figura jurídica do destino dos terrenos urbanos e o princípio da função social da propriedade condicionam e informam o entendimento da faculdade que se acha inscrita no art. 572 do Código Civil, faculdade que se habituou denominar **direito de construir**”, prossegue:

“ — Quando se fala em direito de construir, ou, no sentido mais estrito, direito de edificar em solo urbano, o texto do art. 572 do Código Civil terá que ser interpretado, hoje, tendo em vista as profundas transformações não só da realidade urbana, mas especialmente das normas constitucionais sobre o regime de propriedade. Sobretudo, não se pode dar à expressão **direito de construir** ou **direito de edificar** o sentido de um direito subjetivo que, *in abstracto*, caiba ao proprietário do terreno. O que o texto, em verdade, confere a este é uma simples faculdade, que, como qualquer faculdade, se define, na lição de PAUL ROUBIER, como “possibilidade legal de opção em vista da criação de uma situação jurídica”. Faculdades são, no dizer do mesmo autor, “prerrogativas condicionadas, em princípio, isto é, prerrogativas cujo exercício é subordinado a certas condições fixadas pelo direito objetivo”. E a faculdade de construir também o é, pois o dispositivo citado a confere, salvo o direito dos vizinhos e os **regulamentos administrativos**. Nestes entram todas as normas urbanísticas que, em disciplinando a ordenação do solo urbano, fixando-lhe o destino, condicionam dita faculdade.”

O Município, fixando limitações urbanísticas, pode compelir o particular a exercer seu direito decorrente do princípio da liberdade de iniciativa (art. 160, I, da Constituição), tão-somente, no âmbito da zona de uso predominantemente industrial, reservada pelo respectivo Plano Diretor. É limitação quanto ao “exercício de direitos individuais, e não aos direitos em

(21) SILVA, *op. cit.*, p. 120.

si mesmos. E, exatamente, por não atingirem a substância da propriedade, nem afetarem o direito individual em sua essência constitucional, é que as limitações urbanísticas podem ser expressas por lei ou regulamento, de qualquer das entidades estatais, desde que observem e respeitem as competências institucionais de cada uma delas" (HELY LOPES MEIRELLES) (22).

A liberdade de comércio e indústria, princípio que a Constituição consagra sob o nome de liberdade de iniciativa, deve submeter-se a outro princípio, também constitucional, que é o da função social da propriedade. Só assim estará atestando sua perfeita conciliação com o interesse coletivo. É da competência municipal — como tributo específico — a cobrança da taxa de localização e funcionamento que resulta do exercício regular do poder de polícia. Isso quer significar que, no exercício do poder de polícia, o Município é possuidor de inarredável competência quanto a indicar o local em que deverão ser instaladas as indústrias. A liberdade de comércio e de indústria, como qualquer outra liberdade, não pode ter exercício ilimitado. Impõe-se seu exercício nos quadros da lei.

Sobre esse espaço urbano de utilidade acrescida — que é o zoneamento industrial — escreve HELY LOPES MEIRELLES (23):

“As zonas industriais são as reservadas para as fábricas e atividades conexas, devendo situar-se distanciadas dos bairros residenciais pelos naturais inconvenientes que acarretam às moradias, com o ruído de suas máquinas, com as emanações de seus produtos, com o despejo de seus resíduos e demais conseqüências do trabalho fabril. Atualmente, as Prefeituras vêm instituindo os denominados “distritos industriais” fora do perímetro da cidade, mas erigidos em **área urbana**, para nela concentrar as indústrias locais, segundo as conveniências da comunidade e os interesses do desenvolvimento econômico e social do Município. É a solução indicada para aliviar a cidade dos incômodos da indústria.”

O distrito industrial é entendido como um complemento espacial da estrutura urbana pela dotação do equipamento de infra-estrutura necessário à atração de unidades fabris e ao ordenamento da localização industrial, com profundos reflexos sobre o desenvolvimento harmônico de suas funções produtivas e sociais.

Objetiva basicamente facilitar a localização física de indústrias, mediante uma oferta elástica de terrenos equipados a custos econômicos, minimizando para o empresário investimentos imobiliários e assegurando facilidades para a mais ampla expansão industrial, provocando relevantes efeitos sobre a economia regional e as comunidades dela participantes.

Disciplinando a ocupação e uso dos terrenos, o sistema de distritos industriais proporciona crescentes economias externas, impede a especulação imobiliária, ordena e racionaliza a expansão urbana, reduz a poluição ambiental e permite se projetem com segurança as demandas do parque manufatureiro para que sejam satisfeitas em tempo hábil.

(22) MEIRELLES, cf. nota (13), *op. cit.*, p. 595.

(23) MEIRELLES, cf. nota (13), *op. cit.*, p. 636.

Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência

A. CARLOS FONSECA
Assessor de Ministro do Tribunal
Federal de Recursos.
(Do Curso de Mestrado da UnB)

SUMÁRIO

I — TÉCNICA JURÍDICA

1. *Introdução*
2. *Lei: conteúdo e linguagem*
3. *Aplicação da lei*
4. *Interpretação e construção*

II — JURISPRUDÊNCIA

1. *Introdução*
2. *Jurisprudência criadora*
 - a) *No direito comum*
 - b) *No direito constitucional*
 - c) *No direito sumulado*

III — CONCLUSÕES

I — TÉCNICA JURÍDICA

1. *Introdução*

Toda atividade lógica desenvolvida pelo homem realiza-se impregnada de uma técnica. Há, de alguma forma, uma técnica a presidir o fazer algo. É uma “mão invisível” a instruir toda ação humana. Há uma técnica nas guerras, nas orações de Cícero; na construção das pirâmides do Egito e na construção dos arranha-céus do século XX. Uma técnica rudimentar ou sofisticada não é menos que uma técnica.

Ter um método é necessário, ou conveniente ao menos, para realizar qualquer atividade dirigida a um fim determinado, mesmo quando não seja científico esse fim; e na ciência com maior razão, a ponto tal que o método deve

Orientação: Professor Doutor JOSAPHAT MARINHO.

ser considerado como inseparável dela. Se o método significa rumo ou direção que se há de seguir para a consecução de um objetivo ou um fim, sua necessidade é de evidência intuitiva, a menos que se não saiba aonde se vá (1).

Convencionalmente, temos uma acepção de técnica como procedimento ou modo de realizar algo com sujeição a uma experiência, desenvolvida com a ajuda da ciência ou da arte. Envolve um conhecimento artístico e, ao mesmo tempo, representa uma forma de utilização prática e objetiva da ciência, segundo delineamento da Teoria dos Atos Cognitivos de ARISTÓTELES (2).

Tratamos de uma técnica que extrapola do campo empírico, rudimentar; de uma técnica que caminha ao lado da ciência, na mira de um organismo estético, particularmente de um organismo jurídico.

Uma técnica que enseja ao jurista uma conscientização da relação homem/fenômeno jurídico; forma uma atitude, jungida ao talento operativo do técnico, necessária à percepção dos fenômenos que interessam à ciência jurídica e útil à análise política e à interpretação das espécies propostas (diagnóstico jurídico).

Antes, pois, de um processo, é a técnica uma necessidade para lograr eficácia no estudo, na investigação e na construção. A técnica é, portanto, formativa, e o grau de sua eficácia depende da adequação ao objeto investigado. Deve ser condizente com o campo de atuação, para garantir a realização dos fins almejados pela ciência considerada.

Há uma técnica jurídica e uma prática jurídica. Através daquela a ciência floresce, vivifica; por meio desta, criam-se os hábitos, oriundos da observação. A prática assume uma visão meramente profissional; está, em relação à técnica, em categoria inferior, embora se tenha que admitir serem uma e outra dois instantes de uma única realidade (3).

Essa distinção se impõe para melhor apreensão do que seja técnica jurídica.

A técnica jurídica, sob certo aspecto, cuida da forma, modo de elaboração e clareza da lei. Também pela técnica jurídica é transformado o princípio

(1) BIELSA, Rafael. *Metodología Jurídica*. Santa Fé, Argentina, 1961, p. 1.

(2) Observa o Prof. SÍLVIO DE MACEDO que a técnica, segundo a Teoria dos Atos Cognitivos de ARISTÓTELES, não representa somente uma forma de conhecimento artístico; a *Tekne* ou *Ars* significa a ciência sob utilização prática, através de meios apropriados e legítimos. Há uma técnica jurídica ao lado de uma arte jurídica, como há uma técnica médica ao lado de uma arte médica. Não só uma arte de pintores, músicos, arquitetos, ou arte literária. Há também uma arte que penetra sutilmente com "pés de lã" no edifício científico. A arte, além de deslumbramento, serve, segundo ARISTÓTELES, de causa instrumental do próprio trabalho do cientista e do filósofo ("Fundamentos de uma Epistemologia" — Tese de Doutorado em Ciências Econômicas, apresentada à Faculdade de Ciências Econômicas da Paraíba — pp. 3-4).

(3) MACEDO, Sílvio. *Introdução à Ciência do Direito*, p. 169, Forense, 1.ª edição. S. Paulo, 1970.

abstrato em princípio concreto; significa traduzir o princípio fornecido pela ciência jurídica numa regra eficaz.

A existência de uma ciência supõe a existência de uma técnica. A ciência do direito consiste na investigação metódica do fenômeno jurídico e a sistemática do conhecimento resultante. O direito nasce dos fatos (*jus oritur ex facto*), e pela investigação e interpretação destes constroem-se princípios, criam-se conceitos que devem atender aos fatos sociais, ou não são úteis à sociedade para a qual o direito é dirigido. A técnica jurídica, de sua vez, aplica esses conceitos e princípios, estabelece meios e processos pelos quais se cria, se interpreta e se aplica o direito. São meios que garantem a realização dos fins almejados pela política jurídica; e, ao mesmo tempo, constitui uma arte que assegura a estética do ordenamento jurídico.

Há uma técnica formal e uma técnica fundamental ou material.

A técnica formal consiste na arte de bem redigir as leis. A má redação de um texto tem o inconveniente de criar dúvidas sobre a aplicação e a interpretação da lei. Mas, se compromete a visão da lei, não influi em sua natureza. Uma lei mal redigida não é menos uma lei. A técnica fundamental tem importância maior. Estabelece em que condições nasce a regra jurídica. Se essas condições não são preenchidas, o ato formal denominado lei representará verdadeira regra de direito. Nesta hipótese, a lei nasce mas não será viável, e o poder político terá feito norma inútil (4).

A técnica jurídica interessa tanto ao legislador quanto ao juiz; deve ser observada tanto na formulação quanto na interpretação e aplicação das leis.

Consiste, portanto, a técnica jurídica no adequado manejo dos meios que permitem alcançar os fins que persegue a ciência do direito. Ditos fins obtêm-se mediante a formulação e a aplicação das normas; segue-se daí que há uma técnica de formulação e outra de aplicação: a primeira refere-se à elaboração e redação das normas; a segunda, à aplicação destas aos casos particulares (5).

Através da técnica, transforma-se o "optativo político" — segundo acentua o Prof. JOSAPHAT MARINHO, repetindo DABIN — "no imperativo jurídico" (6).

A lei será tanto mais válida quanto mais se adequar às aspirações da sociedade; a sua destinação mesma encerra a dignidade e a retidão da atividade que a cria, aplica e a interpreta.

O processo de criação, interpretação e aplicação da lei realiza-se através de atos; são atos tão sérios quanto dignificantes. Por isso, o uso da boa técnica jurídica, além de uma necessidade, espelha, ou pelo menos deve espelhar, a projeção de uma atitude decente.

(4) RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*, cap. VI, p. 308. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955.

(5) QUINTANA, Segundo V. Linares. "Técnica de la Formulación de las Constituciones". *Rev. de Inf. Legislativa*, Brasília, s. 17, n. 66 — abr./jun. 1980, p. 5.

(6) Resumo de aula da disciplina Técnica Jurídica do Curso de Mestrado, UnB.

Pela técnica, o raciocínio jurídico ganha em solidez o que perde em variedade (7). Ela exerce uma função subsidiária à intuição do fenômeno jurídico e ao desenvolvimento do raciocínio crítico, num plano de verdadeira simbiose com a ciência.

2. *Lei: conteúdo e linguagem*

Vimos atrás o conceito, a importância e a validade da técnica, precisamente da técnica aplicada à ciência do direito; uma abordagem da técnica jurídica nos seus aspectos formal e material.

A noção de técnica fundamental ou material conduz à idéia de que o legislador, no exercício da sua função, deve ter uma sensibilidade para ver o mundo através da sociedade. É uma necessidade que se impõe ao legislador.

Ver o mundo com os olhos da sociedade significa tomar uma consciência do homem em suas múltiplas relações com o mundo. Neste plano de idéias, o legislador contempla as práticas sociais; percebe e interpreta os sentimentos e as tendências predominantes, para daí elaborar as leis como expressão da realidade social. Tal é um desafio e, ao mesmo tempo, uma necessidade: um desafio à medida que exige do legislador capacidade, fina intuição e habilidade política; uma necessidade porque a lei hoje obriga antes pelo seu conteúdo, do que pela sua origem, e, sendo de reconhecida utilidade, obedecer-lhe é mais que um dever.

Quanto mais a lei atender às aspirações sociais, tanto mais ela será cumprida e respeitada, legítima e eficaz. Nesta ordem, o direito tende a firmar-se como uma espécie de experiência cultural, isto é, uma realidade que resulta da natureza social e histórica do homem (8).

Ao projetar a realidade social, a lei alcança a sua virtude e o legislador realiza uma obra útil, a merecer acalorada adesão da consciência social. Mas, ao revés, "se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos fatos, é um acidente feliz encontrar-se com eles; se entende seguir a lógica pura da sua razão, o milagre pode compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais; e, se quer estar rigorosamente de acordo consigo mesmo, como não o cessará de o estar com a realidade?" (9).

Compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais é tarefa imprescindível à elaboração de uma lei coerente com os fatos. Dado que o direito é uma ordem de convivência humana, a coerência das leis com os fatos há de ser observada em qualquer regime. As leis ou "coutumes d'un peuple esclave sont une partie de sa servitude: celles d'un peuple libre sont une partie de sa liberté" (10). Tal evidência é reconhecida porque a lei é um instrumento de

(7) PERROT, Roger. *Da Influência da Técnica sobre o Fim das Instituições*.

(8) REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, pp. 111-112, Ed. Saraiva S.A., S. Paulo, 1968.

(9) CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, p. 17.

(10) MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Loix* — Éditions Garnier Frères — 6, Rue des Saints-Pères, Paris (Tomo I, Liv. XIX, cap. XXVII, p. 334).

solução dos problemas sociais, por isso deve ajustar-se às peculiaridades da sociedade, atendendo às suas estruturas.

O direito, portanto, como fato, revela as várias formas de relações vitais entre os indivíduos e entre estes e o Estado. As leis serão apenas uma forma de expressão, e no seu conteúdo radica a realidade substancial da vida (11).

Dentro desta visão, escreveu MONTESQUIEU, examinando as relações que as leis devem revelar, acentuando que elas (as leis) “doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la Constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l’objet du législateur, avec l’ordre des choses sur lesquelles elles sont établies” (12). Todas essas miras — na linguagem de MONTESQUIEU — devem ser consideradas.

A lei, no seu objeto, encerra uma expressão axiológica, vale dizer, a norma jurídica enquanto apreende a conduta humana representa uma interpretação normativa e uma valoração dos fatos dessa conduta.

Merece acentuar, contudo, que a lei nunca é expressão da totalidade do pensamento coletivo. Antes, é fruto de pensamentos e interesses dominantes. Daí a afirmação evidente de que o direito é uma expressão de uma determinada concepção do mundo; interesses predominantes de um sistema sócio-econômico (13).

Na totalidade social, o Estado e as associações políticas são uma relação de dominação de homens sobre homens. Em todos os setores da vida, há uma dominação de classes sobre classes, de grupos sobre grupos. São forças que interagem no campo social, representadas pelos imperativos econômicos, sociais, políticos, físicos, religiosos, morais e espirituais. O direito, nesse quadro da vida, tende a ser o grau de valência de todas as forças interferentes; ou a medida da dominação, quando esta não impõe a medida do direito.

Sendo o Estado a expressão de um poder legítimo, ou como tal considerado, ora favorece às classes dominantes, ora faz concessões às classes dominadas. E dentro desse processo de dominação, cumpre registrar a existência de dois fenômenos de pós-guerra, que não escapam da investigação: a concentração da política e a acumulação do capital. São dados que ora facilitam, ora dificultam a concretização das aspirações sociais (14).

(11) SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco, *Estudos de Direito Público*, p. 16, 2.ª edição — M.J., Brasília, 1977.

(12) MONTESQUIEU, ob. cit. (Tomo I, liv. primeiro, cap. III, pp. 10-11).

(13) DÍAZ, Elias. *Sociología y Filosofía del Derecho*, p. 12, 2.ª edição, Tauros Ediciones S/A. — Madrid, 1980.

(14) Cf. TRISTÃO DE ATHAYDE, em artigo publicado no jornal *Opinião*, edição de 1º-5-81, p. 11.

Nessa linha de consideração, é de ver que as leis sempre traduzem algo de parcialidade. “A generalidade do texto” — ressaltava CRUET — “desaparece se se tem o cuidado de ler o relatório, e é permitido afirmar que todas as leis, senão pelo seu fim, ao menos pela sua ocasião, são leis de circunstâncias”.

A lei “Bill Aberdeen”, de agosto de 1845, foi aprovada pelo Parlamento inglês sob a invocação de ideais humanísticos, qual seja, a liberdade dos escravos, em síntese. A referida lei “visava especialmente ao Brasil e declarava ser legal o aprisionamento de qualquer navio negreiro, determinando também que os infratores seriam julgados por tribunais ingleses” (15); representava as pressões dos ingleses, que, por motivos religiosos, de solidariedade humana ou filantrópicos, perseguiam radicalmente a importação de escravos africanos para o Brasil. Mas, subjacentes aos influxos altaneiros que inspiraram Lord Aberdeen, autor da lei já mencionada, estavam os interesses dos grupos econômicos ingleses, que pretendiam, com a abolição da escravidão, escassear a força de trabalho nas plantações de cana-de-açúcar, para desvanecer a concorrência do Brasil Colônia no setor. A lei “Bill Aberdeen”, como registra a História, traduz uma categoria de interesses.

A lei não é somente a expressão dos interesses; é fórmula de satisfação de necessidades sociais vigentes. As leis sociais ou trabalhistas são concessões de grupos a outros grupos, tendentes a assegurar, de um lado, os interesses de uns e, do lado de lá, as necessidades dos outros. São faces de uma mesma realidade, onde o direito atua como “a técnica da paz”, na lição de ULPIANO. Esse fenômeno está bem caracterizado na afirmação de JEAN CRUET: “A crença na onipotência da lei aumenta a intensidade das lutas políticas. Uns imaginam que a lei tudo pode tirar-lhes, outros que tudo pode dar-lhes: o receio daqueles faz a esperança destes”. E conclui indagando: “mas não serão quiméricos uns e outros?” (16).

A lei deve ser a expressão da realidade, como já dissemos. O seu conteúdo, porém, pode encerrar uma ação corretiva da realidade. Nesta hipótese, a lei estará comprometida com um fim de controle social, pois que tende a imprimir

(15) Ver SOUTO MAIOR BORGES em *História do Brasil*, pp. 327-341, 6.ª edição. Cia. Editora Nacional, S. Paulo — 1968. BORGES ressaltava que com a abolição da escravatura nos domínios da Inglaterra, a Jamaica perdeu a força de trabalho dos escravos, com manifesta repercussão na economia açucareira, e afirma: “A concorrência entre as duas colônias produtoras de açúcar, Jamaica (pertencente a Inglaterra) e o Brasil (colônia de Portugal), era renhida. A produção brasileira, contudo, tinha a seu favor o fato de serem aqui as terras muito mais baratas. Extinguindo-se a exploração do braço escravo na Jamaica, seria fatal o aumento da produção brasileira e o oferecimento do açúcar, nos mercados internacionais, a preço com o qual os produtores e comerciantes ingleses jamais poderiam concorrer. Em face dessa situação, os grandes grupos financeiros ingleses passaram a trabalhar ativamente pela abolição da escravatura nas regiões que lhes faziam concorrência. Assim a causa dos “santos” transformou-se em questão política e econômica de grande importância para os financistas ingleses, interessados em salvar a ameaça da economia de suas colônias” (p. 329).

(16) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 21.

uma direção à comunidade a que se destina. É, ao lado da regulação, uma outra função do direito; o direcionamento da sociedade (17).

Foram educativas as leis do ideal abolicionista. Este nasceu dos próprios escravos com a formação dos quilombos e floresceu na ideologia da Conjuração Mineira (1780) e na dos revolucionários de 1817. Como frutos do abolicionismo cada vez mais crescente, surgiram as Leis Eusébio de Queirós (1850), do Ventre Livre (1871), a dos Sexagenários (1885) e, finalmente, a Lei Áurea (13 de maio de 1888), esta que aboliu a escravidão no Brasil e foi causa de fortalecimento do ideal republicano, em detrimento da Coroa. Todas as leis supra-referidas foram marcadas por um conteúdo de função educativa ou corretiva. Todas elas, embora de grande alcance social, representaram, para a época, uma antilogia com a realidade então vigente, porque contrariavam os interesses dos grupos dominantes.

Essa função corretiva da lei não é bem delineada em *Teoria Pura do Direito*, mas o seu autor, KELSEN, não a nega. Não se trata, porém, de uma função nova do direito, porque sempre existiu. Nova pode ser a percepção dessa função pelo investigador, no trato do fenômeno jurídico. KARL LARENZ ressaltou essa função da lei. "Perante o indivíduo" — diz ele — "o direito surge com a pretensão de ser respeitado, observado por ele. Propõe-lhe uma diretiva para o seu comportamento para com os outros". Afirmando adiante: "O direito tem eficácia por ser considerado como determinante pela grande maioria dos homens, por estes reconhecerem praticamente a sua pretensão de vigência, na medida em que alinham o seu agir pelo direito, mesmo sem serem coagidos a tal em cada caso" (18).

A lei contém uma hipótese, um comando e uma sanção. A hipótese é a descrição de um fato, considerado pela norma, abrangendo imputações e seus efeitos, qualificação de pessoas e outros aspectos. Ocorrida a hipótese ou a previsão legal, diz-se que a lei incidiu. A incidência, pois, é a subsunção à hipótese legal. Com a incidência, irradia o comando no sentido de tornar obrigatório o mandamento legal, estabelecendo um vínculo ou imputação.

"Cada norma jurídica" — leciona KELSEN — "reflete a natureza do direito, considerado na sua totalidade. Se o direito é uma ordenação (sistema de normas) coativa, cada norma jurídica prescreve e regula o exercício da coação. Sua essência se traduz em uma proposição na qual se enlaça um ato coativo, como consequência jurídica, a um determinado pressuposto de fato ou condição" (19).

A sanção vem a lume no caso de desobediência da lei. Esta, aliás, caracteriza-se pela sanção, entendida lei como categoria do direito positivo.

(17) Cf. NORBERTO BOBBIO. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Luglio-Settembre, 1973 — pp. 448-449.

(18) LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 208, 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian — Lisboa, 1969.

(19) KELSEN, *Teoria General del Estado*, trad. L. LEGAZ Y LACAMBRA. Ed. Nacional, México, p. 62. Indicação de GERALDO ATALIBA, em *Hipótese de Incidência Tributária*, 2.^a ed., p. 36.

A hipótese pode ser a descrição de uma conduta ilícita (ilícito absoluto). Neste caso, mandamento pode confundir-se com a sanção.

Os elementos hipótese, comando e sanção representam um modelo de estrutura normal da lei. Nem sempre esses elementos estão reunidos numa só proposição jurídica, o que impõe uma abordagem sistemática no trato da aplicação das normas jurídicas.

Um conteúdo em si mesmo, estrutural, mecânico, intrínseco; ou um conteúdo como expressão de uma realidade. Por qualquer ângulo de estudo, o conteúdo da lei é uma "proposição jurídica" (20).

Um princípio é só uma proposição jurídica enquanto princípio. Transmutado em regra de conduta, isto é, reduzido a lei, esse princípio não é só proposição jurídica, o é dotado de comando, de um "plus" (algo mais) que vincula, que obriga, irradia conseqüências nas relações humanas — é norma jurídica.

Toda propositura jurídica é expressa em palavras. Toda lei é manifestação do pensamento jurídico, que se traduz em linguagem. Agora, portanto, estamos a cuidar de uma técnica jurídica formal.

A linguagem é um instrumento importante, porque a configuração das palavras define a ordem jurídica. A técnica jurídica através da linguagem tenta representar os interesses gerais ou predominantes. É lamentável que se tenha de registrar, por vezes, a absonância da linguagem da lei com a realidade em que ela se insere.

A boa redação é uma das características de uma boa lei, porque "o bom código" — leciona GENY — "deve, antes de tudo, conter as qualidades exigidas

(20) Para KELSEN, "Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica — nacional ou internacional — dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Essas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos", segundo *Teoria Pura do Direito*, 4.ª edição, em português, p. III — Arménio Amado Editor, Coimbra, 1976. KARL LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*, p. 215, 2.ª edição em português — Coimbra, 1969) emprega a expressão "proposição jurídica" no sentido de "norma jurídica" e distingue aquela de "proposição enunciativa simples". Para nós, "proposição enunciativa simples" é um enunciado sem importância para o direito. Se um enunciado lógico interessa ao direito, está-se diante de uma "proposição jurídica". Esta, quando transformada em lei, produz uma norma jurídica. Uma "proposição jurídica" é uma categoria do direito como teoria — função da ciência jurídica; uma "norma jurídica" é uma categoria do direito como poder — função da autoridade jurídica. Nesta linha de raciocínio, pode-se dizer proposição jurídica normativa, para significar norma jurídica, ou dizer que a lei é uma proposição dotada de autoridade jurídica. Assim, empregamos a expressão "proposição jurídica" como enunciado de interesse para ciência jurídica, desinvestido, porém, de autoridade normativa. Isto é uma explicação que nos cumpre fazer.

de toda obra literária, que se dirige à inteligência e à vontade, antes que à imaginação e ao sentimento: unidade, ordem, precisão, clareza” (21).

Com a linguagem, fixam-se idéias, transmitem-se pensamentos; idéias e pensamentos que traduzem relações humanas, que revelam uma ordem de vida continuamente observada pelos homens. Uma linguagem defeituosa tende a deturpar a imagem planejada pelo legislador. Investigando esse fenômeno, CARLOS MAXIMILIANO assinala: “Quando alguém pretende despertar em outrem idéia semelhante à que irrompeu no seu próprio cérebro, por meio dos nervos motores, engendra um produto físico, o qual, por sua vez, impressiona os órgãos sensitivos do outro indivíduo, em cuja alma faz brotar a imagem planejada. O mais importante desses produtos físicos é a linguagem, falada ou consistente em escrita, gestos, figuras, sinais” (22).

A importância da linguagem está em que a comunicação completa-se desde que a imagem criada por um se reproduz com impressionar o intelecto do outro (23).

O ideal é que, através do texto legal, todos apreendam a mesma idéia: “Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées” (24). É sabido que a unidade da comunicação é prejudicada pelos fatores psicológicos que envolvem o intérprete. Mesmo com uma redação escoreita, o texto pode despertar diferentes idéias, em razão do grau de cultura daquele que vai interpretar a lei. Aqui merece sobrelevar as leis fiscais (incluindo as portarias, instruções normativas etc.) e as leis trabalhistas, por exemplo, cuja interpretação, por vezes e por imperativo funcional, está a cargo de homens de empresa: técnicos, contabilistas, administradores etc. O que há de se esperar, portanto, com uma lei dessa natureza com redação defeituosa?

A linguagem deverá estar ao alcance de todos; sem construções empoladas e sem sutilezas para melhor entendimento, sempre que possível, do homem comum: “Les lois ne doivent point être subtiles; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille” (25).

Pela boa redação, a lei impõe a sua autoridade porque é melhor entendida, melhor observada. Por isso vale acentuar a advertência de RUI BARBOSA: “(...) que a lei não seja imprecisa, obscura, manca, disforme, solecista. Porque se não tem vernaculidade, clareza, concisão, energia, não se entende, não se

(21) GENY, *Livro do Centenário do Código Civil Francês*. Indicação de José de Queiroz Campos, in *A Arte de Elaborar a Lei*, p. 32, 2.ª edição — Ed. Verbete Ltda. — Rio, 1972.

(22) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 107, 9.ª edição. Forense — Rio, 1979.

(23) DANZ, Erich — *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912, pp. 8-9, § 4º — Indicação de CARLOS MAXIMILIANO, loc. cit.

(24) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, Éditions Garnier Frères, Rue des Saints-Pères, Paris. (Tomo II, Liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

(25) MONTESQUIEU, ob. cit., (Tomo II, liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

impõe, não impera: falta às regras da sua inteligência, do seu decoro, de sua majestade” (Parecer sobre Projeto do Código Civil, pág. 2, Imprensa Nacional — Rio de Janeiro, 1902).

Uma lei ou regulamento defeituoso pode trazer sensíveis prejuízos tanto para a Fazenda pública quanto para os contribuintes. Basta analisar as discussões desenvolvidas no bojo dos processos judiciais, que se multiplicam nos tribunais. São processos de grande monta e até envolvendo discussões de menos importância. Processos que, por muitas vezes, dão origem a outros com variadas implicações, tudo por causa de um instrumento de dicção imperfeita.

A linguagem da lei deve ser clara, obediente às regras gramaticais, sem expressões vagas ou ornamentais sem efeito prático efetivo: “Lorsque, dans une loi, l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut point revenir à des expressions vagues” (26).

A clareza é elemento indispensável na linguagem. A redação deve ser clara, de maneira que se vejam com certa facilidade as intenções e finalidades que inspiram e orientam o conteúdo da lei, ensejando apenas uma possibilidade mínima de erro ou equívoco por parte do intérprete, em particular do cidadão em geral (27).

A manifestação do pensamento de maneira clara, com construção e palavras compreensíveis e transparentes, é tarefa difícil. Requer, antes de tudo, um razoável domínio do vernáculo, que é privilégio de poucos. “Para obter-se a clareza, devem-se evitar:

- a) as anfibologias;
- b) o purismo e o preciosismo;
- c) o emprego dos barbarismos léxicos e sintáticos;
- d) o abuso de arcaísmos e neologismos;
- e) o mau uso de intercaladas e explicativas;
- f) as frases muito longas, quando podem ser divididas em parágrafos;
- g) o exagero da ordem inversa;
- h) o mau emprego da pontuação;
- i) a adjetivação desnecessária;
- j) a repetição de palavras, principalmente das conjunções” (28).

O famoso Código de Napoleão tem sido apontado como um exemplo de clareza e a “Lei das Doze Tábuas”, como exemplo de precisão (29).

(26) MONTESQUIEU. Ob. cit. (Tomo II, liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

(27) QUINTANA, Segundo V. Linares. Loc. cit., pp. 24-25.

(28) CAMPOS, José de Queiroz. *A Arte de Elaborar a Lei*, p. 19, 2ª edição. Ed. Verbete Ltda. — Rio, 1972.

(29) BIELSA: “El código de Napoleón, cuya claridad e concisión ha sido siempre elogiada, da realce en esto a lo jurídico, y es menos técnico que el del Código alemán redactado casi un siglo después” (ob. cit., p. 551).

MONTESQUIEU, “Les Lois des Douze Tables sont un modèle de précision: les enfants apprennent par coeur”. Ob. cit. (Tomo II, Liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

A precisão consiste no emprego das palavras apropriadas, assegurando a unidade do texto. Com o emprego de uma terminologia própria, apreendem-se as qualidades ou atributos dos objetos de percepção, através de um processo que KARL LARENZ designa de “abstração isolante” (30).

A linguagem contém termos comuns e técnicos. Os termos técnicos devem ser usados com muito cuidado, sobretudo quando se trata de termos próprios de profissões do campo das ciências exatas. Quando usados, devem vir acompanhados das explicações necessárias, embora o seu emprego só deva ocorrer quando houver necessidade.

As palavras ambíguas favorecem os sofismas; devem evitar-se as mesmas palavras com acepções diferentes. O mau uso dos sinônimos e dos adjetivos dificulta a compreensão da lei. Não é à toa o que afirmou BENTHAM: “As palavras da lei devem sopesar-se como diamantes” (31).

À clareza e à precisão junta-se a concisão. São os três elementos que dão segurança à expressão da lei: uma construção engenhosa, dotada de técnica e arte ou elegância.

Concisão, segundo QUINTANA, “es lo difícil arte de decir las cosas con los términos justos y adecuados, sin una palabra de más pero tampoco de menos” (32).

Na problemática da linguagem, um dado relevante são os conceitos. Os conceitos são representações que a linguagem vincula a determinadas palavras e composições de palavras, para caracterização dos diversos elementos da previsão legal. Devem ser uma síntese criadora da abstração; o seu conteúdo, uma expressão literal harmônica e sistemática, com terminologia adequada.

Dada a limitação da previsão humana, a lei deve evitar as definições e bem assim os conceitos. Empregá-los, contudo, quando absolutamente necessários.

Na verdade, a boa linguagem requer uma dosagem razoável de talento, um domínio do vernáculo — como se disse. Tal não é fácil, por isso que AURELINO LEAL, repetindo GENY, afirmou: “As leis formam uma espécie de literatura de elaboração difícil” (33).

Tudo isso representa um desafio ao legislador.

3. *Aplicação da lei*

Fazer boas leis, com linguagem precisa ou apropriada, representa um desafio à medida que exige do legislador uma habilidade no expressar as idéias e, como se disse, um domínio do vernáculo.

(30) Ver *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 506 e ss.

(31) CAMPOS, José de Queiroz. Ob. cit., p. 32.

(32) QUINTANA, Segundo V. Linares. Loc. cit., p. 25.

(33) CAMPOS, José de Queiroz. Ob. cit., p. 33.

Já foi visto que a lei encerra, no seu conteúdo, as aspirações sociais. Um conteúdo que expressa as necessidades e os interesses dominantes.

A idealização dos fenômenos sociais é estruturada e manifestada adequadamente, através de uma linguagem própria, por um processo técnico — a técnica jurídica.

Nesse trabalho, o técnico opera “ao nível da comunidade humana, abrangendo-a concretamente, em todas as dimensões” (34), para reproduzir a estrutura social.

Na elaboração da lei, parte-se do concreto para a abstração. Discorreu-se sobre isso, demonstrando-se a estrutura do conteúdo legal.

Está-se, numa etapa posterior, diante de uma operação inversa, que se realiza da lei, como objeto de abstração, para o concreto: é a aplicação da lei. Antes, apreendeu-se a realidade, traduzindo-a através da linguagem, formando uma “proposição jurídica normativa” (35). Trata-se de traduzir a lei em realidade.

“A aplicação do direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule” (36) no dizer de HERKENHOFF. Se elaborar a lei já não é tarefa fácil, também não o é a aplicação dela. Atesta-o FERRARA, ao afirmar que “esta atividade não é simples, já que o fato se apresenta envolvido entre circunstâncias e detalhes nem sempre juridicamente importantes ou nem todos de igual valor, e deverá ser isolado nos seus elementos juridicamente sensíveis; e, além disso, a todo caso singular não é aplicável uma só disposição, mas um conjunto de disposições combinadas e reagindo sobre outras” (37).

É uma atividade subsuntiva que, para chegar a ela, há de experimentar-se um processo de “problematização” (38). É uma operação complexa a exigir um raciocínio crítico do aplicador.

Se a aplicação significa submeter o fato concreto à lei, segue-se que o aplicador deverá conhecer com profundidade o fato e, igualmente, conhecer a lei ou o conjunto de leis incidíveis sobre aquele.

No processo já referido, o primeiro passo é pesquisar sobre a natureza da espécie proposta, perquirindo os fatos, observando a realidade, enfim, delimi-

(34) LYRA, Roberto. *Visão Social do Direito*, p. 18. Editora Rio — abril, 1976.

(35) Ver nota 20.

(36) HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*, p. 9. Forense — Rio, 1979.

(37) FERRARA, Francisco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, p. 185, 3.ª edição. Arménio Amado Editor. Coimbra, 1978.

(38) Trata-se de adaptação de uma técnica de ensino, baseada em psicologia da aprendizagem, aqui empregada na tarefa de interpretação e aplicação das leis. A técnica, na área do ensino, está desenvolvida em *Estratégias de Ensino-Aprendizagem*, de JUAN DÍAZ BORDENAVE & ADAIR MARTINS PEREIRA, 2.ª edição, Editora Vozes Ltda., 1978.

tando o problema em todos os seus pormenores. Equivale ao chamado “diagnóstico dos fatos”, a que alude VICENTE RÁO (39).

Fixada a compreensão do problema, isto é, apurados todos os elementos de fato da situação examinada, dentro de uma visão global, parte-se dessa compreensão para fixar-lhe os pontos-chave.

Vencida essa fase, cuida-se da teorização. Aqui, aparecem as diversas teorias, os diversos princípios e conceitos, ensejando uma visão dialética, submetendo o problema a diferentes abordagens jurídicas. Desta apreensão ampla e profunda da estrutura do problema e de suas conseqüências nascem as várias hipóteses de solução, que são as variadas maneiras de qualificar os fatos, isto é, de defini-los perante o direito. Corresponde ao “diagnóstico jurídico”, a que VICENTE RÁO faz referência (40).

Dentre as várias hipóteses de solução encontradas, o investigador escolhe uma, que lhe pareça mais adequada, segundo o ditame da sua consciência, e a aplica à realidade, à espécie ou hipótese examinada, dando vida ao direito.

Dá-se, desta forma, a aplicação da lei. É o ato final — como ressalta VICENTE RÁO — a praticar-se no ciclo da hermenêutica e interpretação do direito.

Toda aplicação da lei, portanto, pressupõe a sua interpretação.

4. *Interpretação e construção*

Como se disse, há todo um *iter* a percorrer-se que culmina com a aplicação do direito, etapa final do processo de hermenêutica e interpretação.

A lei é feita para ser aplicada. Mas, ao se voltar para a tarefa de aplicação, observa-se uma impossibilidade de abrangência total da lei, posto que é feita para o futuro. E a previsão humana sempre é limitada, diante da complexidade da vida.

O conteúdo da lei encerra aspectos explícitos e implícitos, o que inspira a necessidade de delimitar-lhe o alcance. Outras vezes, a semântica registra uma oscilação da linguagem, provocando imprecisão e contradição nos contornos do conteúdo lingüístico da norma. Soma-se a tudo isso a obscuridade, lacuna ou omissão que, por vezes, a lei pode conter, como defeitos genéticos.

Essa constatação justifica a observação de HOMERO FREIRE, citado por HERKENHOFF, no sentido de que “A lei revela o direito; mas nem sempre o faz bem; padece da imperfectibilidade humana” (41). Daí a necessidade da interpretação e construção, que constituem um processo de reelaboração da norma, visando à sua aplicação consciente.

(39) RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 444. Vol. 1, Tomo III, 2.^a edição. Editora Resenha Universitária — S. Paulo, 1977.

(40) RÁO, Vicente. Ob. cit., *ibidem*.

(41) HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*, p. 68. Forense — Rio, 1979.

A lei, sendo um extrato de interesses, também é um odre de sentimentos. Sentimentos que, interpretados hoje, precisam ser reinterpretados amanhã, visto que são matizados no curso do tempo. Uma lei que era clara ontem pode não o ser hoje ou amanhã, quer diante dos novos fatos da vida, quer diante dos textos legais supervenientes. Segue-se, pois, que nenhuma lei dispensa o trabalho do intérprete, por mais clara ela possa aparentar.

O brocardo "in claris cessat interpretatio", de construção prática, já não ecoa nas idéias atuais. WURZEL, citado por CARLOS MAXIMILIANO, assinala que ULPIANO assentou que não deve ser desprezada a interpretação, ainda que claríssimo o edito do pretor: "Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus" (42).

Mesmo que, diante de um texto legal, conclua-se que esse texto é de tal forma claro que não comporta interpretação, tal juízo já repousa numa interpretação.

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade de lei (CPC, art. 126). Para o julgador, a interpretação é uma obrigação e uma necessidade. Uma obrigação, à medida que dizer o direito é seu dever; uma necessidade, porque a interpretação é inerente ao seu dever. No direito romano, o julgador podia deixar de sentenciar quando, diante de uma espécie submetida ao seu julgamento, declarava o caso "non liquet". Mas isso ocorria em face de uma circunstância de fato e não de direito, pois o pretor sempre interpretava e criava, aplicando o direito segundo o ditame da sua consciência.

"Interpretar" — para CARLOS MAXIMILIANO — "é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulos, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma tudo o que na mesma se contém" (43).

Noutras palavras, é apreender, compreender a vontade ou o sentido atual da norma, fixando-lhe o campo de incidência; ou, para KELSEN, "uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (44).

Interpreta-se a lei em relação ao tempo e ao espaço; interpreta-se-lhe a letra e o silêncio.

Interpretação e construção são atividades paralelas. Enquanto a interpretação atém-se ao texto, a construção vai além dele. A lei pressiona e sofre pressão do ordenamento jurídico em que está inserida, ensejando um complexo de ações e reações. Dessa interação colhe-se, através da construção, uma nova norma que jaz no ordenamento jurídico, antes não visível a olho nu.

(42) MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e Aplicação do Direito*, p. 33, 9ª edição. Forense — Rio, 1979.

(43) MAXIMILIANO. *Ibidem*, p. 9.

(44) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 463, 4ª edição. Armênio Amado Editor — Coimbra, 1976.

Pela construção, a lei não vale por si só; a sua força é uma resultante lógica provocada pelo impacto sofrido; o seu verdadeiro comando emerge do cotejo de todas as normas ínsitas na ordem jurídica. É uma síntese criativa.

A função da interpretação, bem assim da construção, é o ato interpretativo como resultado do convencimento jurídico.

É a interpretação ato de vontade ou de conhecimento? Eis uma indagação que tem suscitado polêmica. BIELSA, ao discorrer sobre o método de dedução, afirma que “saber deducir es proceso de inteligencia e no de voluntad” (45). O resultado da dedução é fruto da inteligência, do conhecimento — é verdade. Mas, entre três pontos dados, pode-se traçar mais de uma curva; igualmente, do processo de interpretação pode resultar mais de uma hipótese de solução, caso em que o órgão julgador tem que aderir a uma delas e, assim, ele também está vivendo um ato de vontade, de escolha. Observa KELSEN que, “na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (46). Não uma vontade psicológica, no sentido parcial, mas uma operação em função de um convencimento. Incidentalmente ou por necessidade, o juiz ilude a lei. Ao contrário, ilude-a o advogado, um pouco, por ofício, fazendo combinações hábeis, cláusulas engenhosas, que revelam cautelas ou ardis (47).

A interpretação dá-se de forma extensiva e restritiva. Em princípio, as regras de caráter social e de anistia são interpretadas extensivamente; as leis excepcionais, fiscais e punitivas o são restritivamente.

As *verba legis* podem conter excessos, dizendo mais do que lógica ou teologicamente o legislador quis dizer; outras vezes, a lei é demasiado restrita, dizendo menos do que devia, ocultando relações logicamente por ela queridas (48).

A interpretação extensiva, bem assim a restritiva, visa, portanto, ao equilíbrio da norma. O aplicador imputa à lei um sentido amplo, quando ela, no seu conjunto, o comporta e reclama; atribui-lhe um sentido estreito para podar-lhe o excesso, que está em desacordo consigo mesmo, no seu todo.

Entende LARENZ por interpretação extensiva “aquela que vai além do sentido literal, e por restritiva a que fica aquém dele” (49). No entanto, acrescente-se que o produto da interpretação extensiva, ou restritiva, deve estar concatenado com o sentido lógico que a lei encerra, no seu conjunto; pode ir além dela, mas sempre em consonância com o sistema geral.

(45) BIELSA. Ob. cit., p. 33.

(46) KELSEN. Ob. cit., p. 470.

(47) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 160.

(48) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1, p. 135, 4.ª edição. Editora Jalovi Ltda. — S. Paulo, 1978.

(49) LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 399.

Não deve confundir-se interpretação extensiva com interpretação analógica. Na primeira, há uma hipótese prevista, e o aplicador cuida de dilatar-lhe o sentido; na segunda, não. Nesta, está-se diante de uma hipótese não tratada pela lei, mas que guarda semelhança com outra hipótese prevista na lei.

A analogia resulta do princípio "Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio": "onde se depara razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida" (50).

O fundamento da analogia não reside na vontade do legislador, demora no plano da igualdade jurídica, vale dizer, a analogia busca uma justiça em linha reta, que colhe de idêntico modo todas as espécies semelhantes. Neste sentido, todas as situações de igual natureza são ou devem ser igualmente regradas.

A aplicação da analogia impescinde de uma hipótese contemplada no texto legal, que guarda semelhança com a espécie tratada — não prevista na lei. Uma semelhança em termos de fundamental relação de identidade. As duas hipóteses, embora guardem diversidade em pontos acidentais ou irrelevantes, devem identificar-se na essência e nos efeitos, conservando a mesma razão de decidir, sendo de ver, ademais, que ambas as hipóteses devem estar situadas no mesmo campo do direito, a fim de obter-se uma analogia perfeita (51).

A interpretação comporta uma teoria subjetivista, concernente à investigação da vontade histórico-psicológica do legislador, ou dos interesses que o motivaram — segundo a observação de KARL LARENZ —, que se contrapõe à teoria objetiva. Esta se ocupa da investigação do sentido inerente à lei, projetando a sua imagem, enquanto aquela projeta a vontade do legislador. Nenhuma subsiste sem a outra; ao contrário, ambas se completam, apreendendo cada uma parte da verdade (52).

A idéia de que a interpretação busca a vontade do legislador já não é bem aceita. Na verdade o direito evolui e no curso do tempo a lei afasta-se do seu sentido primitivo. É como no dizer de CRUET: "Isolada das condições em que foi formulada, a lei começa, por assim dizer, a viver uma vida independente da vontade própria do legislador. Torna-se pouco a pouco, segundo a expressão pitoresca do Sr. GENY, como que uma espécie de odre vazio que cada um enche a seu gosto" (53). A vontade que o legislador quis imprimir ao texto legal perde-se nas percepções de quantos interpretam a norma correspondente. Conta-se que, ao ouvir o primeiro comentário das suas leis, exclamou Napoleão que o seu código estava perdido.

Busca-se, também, nas letras da proposição da norma o seu sentido. É a interpretação literal ou gramatical.

(50) MAXIMILIANO. Ob. cit., p. 209.

(51) MAXIMILIANO. Ibidem, p. 212.

(52) LARENZ. Ibidem, pp. 360-361.

(53) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 59.

Pela interpretação literal, também chamada filológica, procura-se vencer a obscuridade das palavras pelas expressões sinônimas. No exame das palavras, cumpre registrar que o legislador faz uso de palavras comuns e ora emprega palavras de sentido técnico-jurídico, ou de sentido técnico de maneira geral, que toma emprestado da literatura corrente das ciências exatas.

Em face da circunstância presente, é necessário perquirir o sentido comum e o sentido técnico que as palavras podem conter.

A interpretação, pelo método literal, não mais desperta muita importância. Tem sido olvidado em favor dos outros métodos de interpretação. Apegar-se unicamente ao método literal é um risco que somente os intérpretes menos avisados correm.

A propósito da interpretação literal, transcrevo abaixo a passagem de um nosso trabalho intitulado *Das Contribuições Previdenciárias*, onde analisamos, entre outros aspectos, a prescrição das contribuições mencionadas:

“Exame do § 9º, art. 2º, da Lei nº 6.830/80

Visando a agilizar o processo de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, em 24 de dezembro de 1980 transato, entrou em vigência a Lei nº 6.830, de 22 de setembro daquele mesmo ano.

Dispõe o § 9º, art. 2º, do referido diploma que:

“O prazo para cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.”

Quero frisar, de logo, que o aludido dispositivo não constava do projeto de lei encaminhado ao Congresso pelo Poder Executivo.

O termo “continua”, do verbo continuar — ao meu ver empregado inadequadamente — não supõe a continuidade de uma situação jurídica imediatamente anterior, preexistente, como sugere.

O sentido há de ser apreendido, teleologicamente, em favor da restauração ou restabelecimento do prazo prescricional trintenário, previsto no art. 144 da LOPS.

Não abrange, contudo, o prazo para constituição do crédito previdenciário, ligado à figura da decadência, por isso que o legislador se restringiu ao trato do “prazo para cobrança das contribuições previdenciárias” (RDT).”

Pois bem. Se entendemos que o prazo prescricional acima mencionado era de cinco anos até a vigência do dispositivo supratranscrito, não podemos ater-nos ao exame unicamente da expressão literal do mesmo dispositivo, sem ferir a coerência do raciocínio que naquele trabalho desenvolvemos.

A interpretação teleológica leva em consideração a intenção do legislador à época da edição da lei. Busca o espírito da norma, a sua finalidade e a vontade nela manifestada. Noutras palavras, perscruta a *ratio legis*.

Pode a interpretação desdobrar-se, ainda, em sistemática e histórica. Na interpretação sistemática, a lei é posta em confronto com o direito vigente, tendo em conta a unidade que deve presidir a ordem jurídica. Pela interpretação histórica, volta-se ao passado da lei, à sua gênese, aos seus precedentes: discussão da elaboração e exposição de motivos; acompanha-se o processo evolutivo da lei.

A interpretação, segundo o órgão de onde emana, pode ser autêntica ou doutrinal. A interpretação autêntica dá-se pelo próprio órgão que editou a lei interpretada.

A rigor, não existe lei interpretativa. A lei a que se atribui esse caráter é uma nova lei, igual a qualquer outra, cuja aplicação tem lugar a partir da sua vigência, vale dizer, a lei interpretativa não retroage à data da lei interpretada. Por isso, entendemos que, se se considerar interpretativa a regra do § 9º, art. 2º, da Lei nº 6.830/80, há pouco referida, tem-se que ainda assim ela não alcança os fatos imponíveis que lhe antecederam.

No Brasil, um caso típico de lei interpretativa foi a Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1834.

O Ato Adicional de 1834 recebeu exacerbados ataques, tanto é assim que o seu relator final, ao levar a cabo a sua tarefa, disse: "Entrego-vos o código da anarquia". Foi uma lei em luta com a realidade política de então. Para atender às conveniências políticas, o Parlamento brasileiro aprovou a chamada "Lei de Interpretação do Ato Adicional". Através dela podaram-se — no dizer de AFONSO ARINOS — "todos os excessos do radicalismo liberal" (54). Como é de ver, uma lei rotulada de "interpretativa" modificou significativamente a ordem política, transmutando o "jogo". E com ela governou-se por algum tempo.

Quando a interpretação é dada pela doutrina, chama-se doutrinal, obviamente. A interpretação autêntica vigora pela autoridade; a doutrinal, como fruto da reflexão livre, pelo convencimento (55).

KELSEN não faz distinção entre interpretação autêntica e doutrinal. Para ele, "existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado" (56).

A fixação de regras de interpretação compete à doutrina e à jurisprudência (57). Não obstante, leis há com a finalidade de prescrever regras de inter-

(54) FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *O Pensamento Constitucional Brasileiro* (Conferência), p. 41. Câmara dos Deputados — Brasília-78.

(55) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., pp. 87 ss.

(56) KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 471.

(57) RAO, Vicente. Ob. cit., p. 449.

pretação: Código Civil Brasileiro, arts. 1.483 e 1.666; Código Civil Português, arts. 1º, 11, 12 e 13; Código Civil da Rússia, art. 5º; LICCB, art. 5º; CLT, art. 8º; CTN, art. 107. Regras de interpretação sempre houve, desde os brocardos jurídicos de JUSTINIANO (58).

KELSEN ainda aponta, como aspecto da atividade interpretativa, a consideração da norma como fonte vinculante de poder (59). Nesse sentido, avalia-se a lei, em face do órgão de onde ela emana. Sim, porque a validade da norma depende da competência do poder que a edita.

No governo do Gen. Costa e Silva, foi editado o Decreto-Lei nº 322/67, no “interesse” da segurança nacional (CF de 67, art. 58, I), com o intuito de estabelecer “limitações ao reajustamento dos aluguéis”. O col. STF julgou inconstitucional o art. 5º do referido decreto-lei, que regulava purgação de mora nas locações ali especificadas. A Suprema Corte reconheceu a incompetência do Presidente da República para regular a matéria, nos termos da ementa do seguinte teor (60):

“Decreto-Lei no regime da Constituição de 1967.

1. A apreciação dos casos de “urgência” ou de “interesse público relevante”, a que se refere o art. 58 da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou do valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso.

2. Mas o conceito de “segurança nacional” não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. “Segurança nacional” envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do País, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto.

3. Repugna à Constituição que, nesse conceito de “segurança nacional”, seja incluído assunto miúdo de direito privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários.

4. O DL nº 322, de 7-4-67, afasta-se da Constituição quando, sob color de “segurança nacional”, regula matéria estranha ao conceito desta.

(58) FRANÇA, R. Limongi. *Brocardos Jurídicos*, pp. 57, 67 e 73 — 3.ª edição. Revista dos Tribunais — São Paulo.

(59) KELSEN, Hans. *Ob. cit.*, pp. 20-28.

(60) RE 62.731/67, RTJ 45/559, T. Pleno, Rel. Min. Aliomar Baleeiro.

5. As situações jurídicas definitivamente constituídas e acabadas não podem ser destruídas pela lei posterior, que, todavia, goza de eficácia imediata quanto aos efeitos futuros que se vierem a produzir.”

Interpretar e construir exigem do jurista um poder de concepção e abstração; uma profunda reflexão e golpe de vista para descobrir verdades novas ⁽⁶¹⁾.

Dizer a extensão da lei, a sua medida e a sua aplicação, em face das circunstâncias provadas, e apoiado numa realidade jurídica, é ato de bom senso jurídico, competência e raciocínio.

Os métodos de interpretação não são absolutos, mas todos são úteis, no sentido de auxiliar na operação de pensar (pensar), provar e convencer.

Na busca de idéias dominantes ínsitas no sistema jurídico, isenta de contradições; no esforço de análise e síntese, visando-se a transformar o “texto morto em norma diretiva”, segundo expressão de CARLOS MAXIMILIANO, ⁽⁶²⁾ todos os fatores pesam: históricos, lingüísticos, sociológicos, filosóficos, lógicos e teleológicos.

Essa multiplicidade de fatores a considerar explica-se ante a complexidade do conteúdo da lei, visto que o direito “não é puro fato, nem pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente, segundo uma ordem de valores”, na consideração da teoria tridimensional do direito ⁽⁶³⁾.

Vale lembrar que os fatores mencionados estão inseridos uns na tendência formalista, outros na tendência realista ⁽⁶⁴⁾. Essas tendências filosóficas representam o pano de fundo dos processos de interpretação.

As considerações filosóficas e sociológicas projetam verdades que permitem ao jurista perceber que o direito, como organismo vivo e evolutivo, precisa estar de acordo consigo próprio, conforme observação de CRUET ⁽⁶⁵⁾.

Todo teórico do direito é um filósofo, na sua consciência e atitude perceptiva diante da vida ⁽⁶⁶⁾.

E o ato de interpretação, assim como o de construção, envolve um profundo conhecimento (experiências) e uma atitude jurídica ao lado de uma atitude científica.

(61) FERRARA, Francisco. Ob. cit., pp. 181-184.

(62) MAXIMILIANO. Ob. cit., pp. 40-41.

(63) REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 58. 3.^a edição. Editora Saraiva, 1980.

(64) WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, pp. 46-56. Editora Síntese Ltda. — Porto Alegre, 1979.

(65) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 63.

(66) Após as conclusões finais, ver quadro anexo, onde são projetadas as diversas tendências filosóficas, que informam a atividade interpretativa.

II – JURISPRUDÊNCIA

1. Introdução

Somente uma longa experiência jurídica, ao lado de uma sensibilidade do social e do filosófico, pode garantir um bom trabalho de aplicação da lei, obedecendo a uma técnica apropriada, operando um processo de interpretação e construção. Neste processo, o aplicador apreende o sentido da lei, valendo-se da linguagem dela, e perscruta-lhe o conteúdo, verificando o direito. Tal é a noção projetada no discurso até agora desenvolvido.

A construção, como visto, é ato criativo de direito. Na concepção kelseniana, porém, não há distinção entre atos de aplicação e de criação. Para Kelsen, a aplicação do direito existe “na produção de normas gerais por via legislativa e consuetudinária”, “nas resoluções das autoridades administrativas”, nos “atos jurídico-negociais”. E acrescenta adiante que o processo judicial é um processo de “produção jurídica”, através do qual é criada a norma individual, uma sanção concreta, deduzida de uma norma geral ⁽⁶⁷⁾.

Dessa produção jurídica através da particularização da norma geral pela sentença, referida por KELSEN, resulta a jurisprudência.

A jurisprudência não surge meramente por consequência da prestação jurisdicional, oferecida pelo Estado-juiz. A lei, dadas as suas falhas e imprevisão, precisa ser trabalhada, lapidada, recriada. Daí a jurisprudência exercer, também — no dizer de BIELSA —, uma função “providencial y salvadora de la ley misma, cuyas fallas, lagunas o fisuras de un sistema, sólo la jurisprudencia puede salvar, supliendo así, en su esfera, la improvisión o falibilidad legislativa” ⁽⁶⁸⁾.

Diante da imperfeição da lei, surge a necessária construção jurisprudencial para revelar o direito. Necessidade porque “o órgão legislativo não preenche nunca, e não pode preencher na integridade perfeita da sua definição teórica, da sua concepção racional, a função de criar as regras do direito, e esta função deve ser, entretanto, preenchida, o juiz intervém como uma espécie de ‘legislador suplente’ e intervém por assim dizer à força, porque lhe é impossível não intervir” ⁽⁶⁹⁾. Do princípio da não-negação da justiça decorre, de modo irrecusável e necessário, o exercício jurisdicional (Código Civil, art. 75; Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 4º e 5º; Código de Processo Civil, arts. 126 e 127).

Etimologicamente, jurisprudência significa *jus, juris* (direito) + prudência (perícia, moderação). De um modo geral, podemos conceituar jurisprudência como um conjunto de decisões dadas pelos tribunais a casos particulares, de modo uniforme e constante. Constante, pelo menos em relação a determinada época, posto que a jurisprudência evolui.

(67) KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 325-333.

(68) BIELSA, Rafael. *La Abogacia*, pp. 326-327, 2.ª edição. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé — Buenos Aires, 1945.

(69) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 86.

Os pretores romanos, numa fase mais antiga, declaravam a cada ano como seria administrada a justiça, no ano seguinte. Tanto completavam e corrigiam os editos anteriores, como criavam outros direitos de ação, não previstos no direito vigente, através de novos editos (*jus edicendi*). A magistratura romana tanto decidia em espécie, quanto estipulava para o futuro, chegando a haver um direito pretoriano (ou honorário) ao lado do *jus civile*. Era uma justiça, em certo sentido, menos formalista. Após a fase dos editos, os pretores decidiam orientados pelos escritos dos jurisconsultos, passando a jurisprudência da elaboração de normas (editos) para fonte de exegese, mantendo de qualquer forma a sua autoridade ⁽⁷⁰⁾.

A jurisprudência tem uma qualidade, que também é inerente aos usos e costumes, já que é fundada nos precedentes (costumes judiciários). Dessa forma, a jurisprudência deve “manifestar o seu cuidado” — como assinala CRUET — “de não ultrapassar os costumes e os usos, de não comprometer por um salto brusco a estabilidade, a segurança dos interesses privados” ⁽⁷¹⁾.

Pela construção (*construction*) o juiz americano exerce um poder de pretor romano, completando o texto da lei e vivificando-lhe o espírito. É a jurisprudência que imprime o *judicial control*, asseverando a essência republicana, instaurando a confiança — na afirmação de PATRICK HENRY: “A mais pura glória dessa terra é que as leis contrárias à Constituição podem ser anuladas em seus efeitos pelas sentenças dos tribunais” ⁽⁷²⁾, que revelam o *judge-made-law*.

A lei tende a criar o direito, que o juiz recria dando-lhe alma. Pretender criar todo o direito através das leis é uma ilusão do legislador, como é uma ilusão do juiz querer tirar das leis todo o direito.

A doutrina da separação dos poderes, professada por MONTESQUIEU, trouxe um tolhimento à função criadora do juiz. Hoje, a concepção estreita dessa doutrina tem-se abrandado, com uma crescente liberdade de criação dos juizes. Na França, o art. 1.135 do Código Civil tem sido aplicado sem timidez; assim tem ocorrido na Alemanha, em relação aos §§ 138, 142 e 157 do BGB. Tais dispositivos emprestam aos juizes o poder de dizer o direito, na insuficiência da lei, socorrendo-se da equidade, dos costumes, visando aos fins sociais ⁽⁷³⁾.

A jurisprudência tem sido considerada, pela maioria dos juristas, como fonte secundária de direito, malgrado CLÓVIS BEVILAQUA a tenha omitido na classificação das fontes, em sua *Teoria Geral do Direito Civil* ⁽⁷⁴⁾.

(70) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., pp. 176-177.

(71) CRUET. Ob. cit., p. 82.

(72) Cf. PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do “Habeas Corpus”*, pp. 203-204. José Konfino Editor, 2.^a edição — Rio, 1951. — CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 641-642. Revista Forense — Rio, 1943.

(73) SILVA, Clóvis do Couto e. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português), pp. 44-53. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. Revista dos Tribunais — São Paulo, 1980.

(74) VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 262, 2.^a edição. Editora Forense — São Paulo, 1978.

As decisões administrativas formam também uma espécie de jurisprudência, de que é exemplo o contencioso administrativo da França. No Brasil, há os Conselhos de Contribuintes, o Tribunal Marítimo, os Tribunais de Contas (principalmente o da União), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as orientações normativas e formulações do DASP (na área de legislação de pessoal do Serviço Público) e há, também, os pareceres da Consultoria-Geral da República. As decisões e orientações desses órgãos, por vezes, encerram interesses e conveniências políticas, econômicas, financeiras ou partidárias. Além disso, não são conclusivas (com raras exceções), por isso que não têm a força e a relevância da jurisprudência dos Tribunais.

A jurisprudência, pelas sucessivas interpretações, opera numa contínua valorização da norma, fazendo-a respeitada enquanto conquista confiança e respeito para si própria, por parte de todos que seguem a sua orientação. A dimensão da esfera criadora da jurisprudência determina-se não só pela falta de clareza ou de previsão da norma, mas também por compatibilizá-la com a ordem fundamental de direitos, delimitada pela Constituição (75).

Há, no dizer de MARCEL NAST, (76) uma tríplice função da jurisprudência: aplicar a lei, ajustá-la às idéias contemporâneas e preencher as lacunas (criar, construir).

A função da jurisprudência, portanto, é, nas palavras do Prof. JOSAPHAT MARINHO, "ajustar as normas e harmonizar inclinações, para imprimir-lhes a feição de sistema, no âmbito positivo" (77).

Essa função, exercem-na os juízes de primeira instância e os órgãos judicantes colegiados (os tribunais). O Judiciário, porém, só a exerce com firmeza na plenitude do poder de julgar.

2. *Jurisprudência criadora*

A plenitude do poder de julgar, inerente ao Judiciário, assegura, inafastavelmente, a função criadora da jurisprudência.

A idéia estreita da separação dos poderes já não mais prevalece. Já não existe mais o monopólio da função legiferante. O Poder Executivo, de uma forma ou de outra, vem compartilhando dessa função, como um fenômeno de pós-guerra, a exemplo da França (CF, artigos 19, 37 e 38), Portugal (Constituição, art. 203), República Federal da Alemanha (Lei Fundamental, art. 113), Brasil (CF, art. 55), sem excluir outros países.

Também o Poder Judiciário exerce uma função normativa (Constituição Brasileira, art. 119, I, I, §§ 1º e 3º, a, e art. 142, § 1º).

(75) BIELSA, Rafael. *La Abogacia*, pp. 324-329, 2.ª edição, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé — Buenos Aires, 1945.

(76) NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 645-646.

(77) MARINHO, Josaphat. *Notícia do Direito Brasileiro — 1977* ("Perspectiva do Controle de Constitucionalidade"), p. 32. UnB — Brasília, 1977.

A competência do STF não somente para declarar a inconstitucionalidade, mas para interpretação de lei em tese, ato normativo federal ou estadual, vale *erga omnes*, com força de lei. Tal atribuição é exercida pelo Poder Judiciário não por delegação mas por competência própria.

Por outro lado, as construções jurisprudenciais, elaboradas à luz dos princípios de direito positivo, subsistem mesmo na superveniência de leis que não estejam em consonância com os princípios de direito, adotados pela Lei Fundamental. Ademais, a lei não prejudicará a coisa julgada (Constituição Brasileira, art. 153, § 3º).

O Poder Legislativo cria direito, como pode fazê-lo o Poder Executivo — é verdade; não é menos verdade, porém, que também o faça o Poder Judiciário, através da jurisprudência.

A jurisprudência dos tribunais superiores, nascida dos costumes judiciais pelas decisões repetidas e uniformes dos casos concretos, não tem força vinculante, porque os juizes inferiores não estão obrigados a respeitá-la (78). Não obstante, tem a jurisprudência revelado uma força no sentido de orientar os julgados dos juizes de instâncias inferiores. Esse fato não ocorre somente quanto aos juizes; os advogados e consultores preferem, na maioria das vezes, as palavras dos tribunais às letras da lei, de modo que “dentre os freqüentadores dos pretórios são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de officio, quando pleiteiam a reforma do mesmo. Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente; prefere ladeá-lo, procurar convencer de que se não aplica à hipótese em apreço, versa sobre caso diferente (79).

Já foi dito que o legislador não cria todo o direito. Em Roma, como na Inglaterra e nas sociedades muçulmanas até, é patente a participação da jurisprudência na elaboração do direito (80).

Essa função criadora da jurisprudência, não a nega a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, para quem “é possível que a ordem jurídica confira ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante ou o acusador público alegam, não rejeitar a demanda ou não absolver o acusado, mas, no caso de ter por injusta ou não equitativa, quer dizer, como não satisfatória, a ausência de uma tal norma geral, dar provimento à demanda ou condenar o acusado. Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual, cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material.

(78) RTJ 73/919: “Longe estão as Súmulas, sejam desta Corte, sejam dos Tribunais, de se equipararem às leis, com o sentido de sua obrigatoriedade” — Min. Thompson Flores, in RE 78.867-GB (STF, pleno).

(79) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 53.

(80) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 53.

“Costuma dizer-se” — continua Kelsen — “que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como ‘justa’, que o legislador positivo deixou de estabelecer” (81).

Projetamos a idéia de Kelsen, mas não ficamos no seu formalismo.

Sem dúvida não há atribuir ao Judiciário uma função normativa, no grau como a possui o Legislativo; aliás, nem se deve ante a função mesma de julgar, precípua do Judiciário.

O que não se pode contestar é o caráter criativo da jurisprudência. Neste plano de idéia, é mister concluir que ambas, jurisprudência e lei, partilham de uma mesma natureza: a criação do direito.

Trilhando a mesma senda, vale acentuar, com Karl Larenz, que “a função da sentença judicial não é, por conseguinte, só declarativa, mas também construtiva. É um ato de produção do direito, tal como a lei, só que situado no escalão da individualização ou concretização da norma geral. (...) O trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior, e criação de direito, isto é, ‘produção’ da norma inferior. Esta dupla natureza partilha-a a sentença judicial com a lei, o decreto, o ato administrativo e o negócio jurídico” (82).

Miguel Reale descreve os contornos de criação da jurisprudência em tom artístico, quando imagina a atividade interpretativa com a contemplação do pôr-do-sol. “A emoção que este fenômeno nos pode proporcionar,” — diz o Prof. Reale — “suscitando um sentimento estético, não resulta da compreensão de um sentido que lhe seja inerente como elemento constitutivo; nasce, pura e simplesmente, da recepção de um dado objetivo que se converte, no plano da consciência, em motivo de beleza e de encantamento. Somos nós que compomos axiologicamente a imagem recebida e, se ela se converte, por exemplo, numa página literária ou num quadro, surge incontinenti uma diversa forma de objetividade, correspondente a uma ‘objetivação de sentido’. (...) O ‘intérprete’, ao contrário, não tem diante de si algo indefinidamente ‘objetivável’, mas sim algo que só pode ser recriado ou representado dentro dos limites daquilo que se tornou objetivo por ato de outrem. Assim sendo, por mais que o intérprete possa desempenhar uma função criadora no ato de interpretar, como efetivamente se dá, a sua ‘criação’ jamais pode ir além do ‘desenho intencional’ ou do horizonte daquilo que lhe cabe compreender e expressar, sem que isto importe em considerá-lo sempre jungido à presumida intenção originária do autor da forma objetivada” (83).

(81) Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 336.

(82) Larenz, Karl. Ob. cit., p. 94.

(83) Reale, Miguel. *O Direito como Experiência* (Introdução à Epistemologia Jurídica), pp. 242-243. Ed. Saraiva. S. A. — São Paulo, 1968.

À idéia projetada por MIGUEL REALE deve acrescentar-se que o “desenho intencional”, ou “estrutura objetiva”, a que ele se refere, não se circunscreve ao conjunto das leis que compõem a ordem jurídica, mas aos contornos estabelecidos pela Constituição e pelos suplementos gerais que a ciência do direito oferece.

Por vezes, os fenômenos sociais precisam ser interpretados e reinterpretados, como dissemos. E assim o intérprete e aplicador, mirando a sociedade através das leis, vai além destas, para atender a uma realidade, porque o quadro pintado pelo legislador já não pode ser mantido, ou não mais retrata a beleza e o encantamento do “pôr-do-sol”, segundo uma imposição lógica e racional da consciência.

O grau de criação da jurisprudência depende de cada sistema de direito; das tradições de um povo e do seu regime político. O Judiciário da França não possui, talvez, a mesma projeção que possui o Judiciário dos Estados Unidos.

Finalmente, há de observar-se que é no estado de direito que a jurisprudência oferece maior segurança e pode exercer uma função tanto mais construtiva quanto mais criadora.

a) No direito comum

Essa função construtiva e criadora da jurisprudência projeta-se diante das imperfeições das diversas categorias de normas, que estão no plano inferior à constituição — esta que dá o contorno da ordem jurídica.

Deve haver uma lógica interna num corpo de direito. Quando nesse corpo há princípios contraditórios em luta, faz-se necessária a conciliação, quando possível. Na impossibilidade, elimina-se um em favor do outro (84).

A incoerência e omissão das leis produzem, em grande parte, a liberdade do juiz.

No direito comum, a criação jurisprudencial obedecerá à natureza de cada ramo: direito penal, direito processual penal, direito civil, direito tributário, direito do trabalho, direito processual civil etc.

Costuma-se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a função construtiva da extensão do *habeas corpus* aos casos de proteção de direitos pessoais, além de instrumento de garantia do direito individual de ir e vir, numa época quando não havia o instituto do mandado de segurança.

Ainda no campo do direito penal, vale registrar a posição jurisprudencial quanto ao registro de filho de outrem como próprio. Atendendo à sublimidade do gesto, tem a jurisprudência atribuído ao falso registro a figura de “adoção simulada”, fazendo desaparecer, por ausência de dolo específico, a figura do crime de falsidade ideológica.

(84) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 62.

Assim, têm entendido os tribunais que

“O registro de filho de outro como próprio caracteriza, em tese, o delito do art. 299, e não o do art. 242, do Código Penal. Mas, para que se configure aquela infração, é indispensável o dolo específico, que se consubstancia no fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” (85).

Como dá conta ALIOMAR BALEEIRO, a jurisprudência brasileira antecipou-se, muitas vezes, em matéria de direito tributário, fixando princípios e conceitos, como os de “base de cálculo”, “fato gerador”, repetição de indébito independentemente da prova do erro etc. (86).

Exemplos outros de jurisprudência criadora vamos encontrar no direito do trabalho, através dos prejulgados e súmulas do eg. Tribunal Superior do Trabalho. A propósito, vale ressaltar a estabilidade provisória da empregada gestante, que vem sendo reconhecida através de decisões normativas.

Pelo art. 391 da CLT, ficou assegurado o emprego à mulher grávida. Mas, ao contrário do que se estabeleceu para o dirigente sindical (CLT, art. 543, § 3º), o legislador não fixou prazo.

Diante da circunstância, o TST concedeu uma estabilidade provisória de sessenta dias após o parto e ao retornar ao trabalho. Essa decisão normativa foi mantida pelo STF, no julgamento do RE nº 83.860-SP, onde ficou assentado que a gravidez da mulher cria um regime especial de estabilidade, tipicamente transitória, não tendo o legislador ordinário indicado o termo de extinção dessa estabilidade; que “não há, em sã consciência, quem possa se opor à idéia de dar estabilidade à mulher após o parto, assegurando-lhe não só o retorno, como também a permanência no emprego”; que, sendo facultado à mulher retornar ao emprego, é necessário dar-se conteúdo a esse direito; finalmente, que a raiz da estabilidade provisória está no art. 165, XI, da Constituição, e art. 391 da CLT, não padecendo de eiva de inconstitucionalidade a construção jurídica elaborada pela Justiça do Trabalho (87).

A jurisprudência vem mantendo a Súmula nº 512, do STF, com ocasional divergência, no sentido de não caber condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

Questionou-se a caducidade dessa súmula, com a superveniência do Código de Processo Civil de 1973. Aduziu o Prof. HELY LOPES MEIRELLES que o art. 20 do CPC reafirmou o princípio da sucumbência, “em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, admite a condenação do vencido em honorários”. E

(85) Ac. da Terceira Câmara Criminal do TASP, in *Rev. de Inf. Legislativa*, a. 14, nº 53 (jan./mar. 1977), p. 227.

(86) BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 379, 8.ª ed., Forense, 1976.

(87) Ac. de março de 1977, T. Pleno, no RE nº 83.860-SP, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 84/165.

acrescentou não ver razão em restringir a referida regra, invocando-se a especialidade do rito do mandado de segurança (88).

O eg. Tribunal Federal de Recursos mesmo, através da sua antiga 1ª Turma, chegou a entender que, “reconhecido que o mandado de segurança é uma causa, é cabível a condenação do vencido em honorários, pelo princípio da sucumbência. Sendo racionalmente necessária (cogente) a regra do art. 20 do Cód. de Proc. Civil, deve acatá-la o juiz, mesmo quando não pedida sua aplicação, pelo princípio do mero sucumbimento, pois não importa saber se se trata de uma penalidade ao vencido ou uma desoneração do vencedor de tal despesa, ante a limpidez da ordem consubstanciada no verbo *condenar*, conjugado na forma imperativa – *condenará* (89).

A verdade é que hoje ninguém se anima a atacar a Súmula nº 512, a que o STF vem emprestando vigor. Sobre o tema, o Min. Aliomar Baleeiro, equiparando o mandado de segurança à ação popular, na sua natureza, assentou que “A ação popular constitui juridicamente um direito do cidadão, e, moralmente, um dever do membro da comunidade. O interesse social é incentivá-la, e não estorvá-la com ameaça de condenação vultosa, porque os negócios públicos, em geral, excedem as dimensões dos privados”. E adiantou: “O caso é semelhante ao do mandado de segurança, que, sendo defesa de direito individual, não comporta honorários pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (90).

A tese é plausível, embora vislumbremos que a razão num e noutro instituto não se dá com a mesma intensidade.

No vasto campo do direito público, tem o eg. Tribunal Federal de Recursos criações notáveis.

O art. 24 do Código de Propriedade Industrial em vigor (Lei nº 5.772/71) fixa em 15 anos o prazo de duração do privilégio de invenção, *contado da data do depósito do pedido*. Esse dispositivo veio alterar, nessa parte, a legislação anterior (DL nº 7.903/45, art. 39; DL nº 264/67, art. 25; DL nº 1.005/69, art. 29), que mandava contar o prazo de 15 anos, a contar *da data da expedição da patente*. O art. 117 do CPI manda aplicar o referido art. 24 aos casos pendentes.

A aplicação do art. 24 aos casos pendentes, à época da vigência da lei, isto é, aos depósitos relativos aos pedidos anteriores à Lei nº 5.772/71, acarretou uma redução do tempo de vida do privilégio. Enfrentando o tema, o Plenário do eg. Tribunal Federal de Recursos, a par da legislação anterior, firmou jurisprudência no sentido de que: “Considera-se como termo inicial dos prazos do art. 24 da Lei nº 5.772, de 21-12-71 (Cód. Prop. Industrial), para os

(88) MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, pp. 51-52, 5ª ed. atualizada, RT — S. Paulo, 1978.

(89) Ac. da AMS nº 81.566-RJ, Rel. Min. Washington Bolívar de Brito. Antiga 1ª Turma. Julgamento: 5-6-78.

(90) Ac. no RE nº 78.831-SP. Primeira Turma. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. RTJ nº 73/913.

depósitos anteriores a essa lei, a data da sua vigência”, (91) de acordo com a tese inicialmente defendida pelo Min. Paulo Távora.

Outra criação foi a que resultou na Súmula 46. Interpretando o art. 7º da Lei nº 4.357/64, o Tribunal, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mandou contar a correção monetária, nos casos de devolução de depósito efetuado em garantia de instância, ou em casos de repetição de indébito tributário, a partir da data do depósito ou do pagamento indevido (92).

De igual modo ocorreu com a aplicação de correção monetária sobre as prestações previdenciárias em atraso, mandada contar pela jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 71 (93).

Também os juros compensatórios em desapropriação são outra criação da jurisprudência brasileira, firmada pelo Supremo Tribunal e reafirmada pelo Tribunal Federal de Recursos (94).

Vale registrar, também, a jurisprudência consubstanciada na Súmula número 78, do TFR, na interpretação do art. 219, §§ 1º e 4º, do CPC. Segundo o enunciado dessa súmula, “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição da prescrição” (95).

Segundo o art. 850, § 2º, do Código de Processo Penal, “não cabe o *habeas corpus* contra prisão administrativa, atual ou eminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal”. Não obstante os termos desta regra, o eg. Tribunal Federal de Recursos tem conhecido de pedidos de *habeas corpus* fora das exceções ali previstas. E apreciando, concedeu a ordem em alguns casos, em face de incompetência da autoridade coatora para decretar a prisão administrativa (96).

Igualmente, vale notar a tendência do eg. Tribunal Federal de Recursos de dividir a pensão previdenciária entre a esposa e a companheira que conviveu *more uxorio*, por longos anos, com o *de cujus* e dele dependia economicamente (EAC nº 35.059-SP, Primeira Seção, Rel. Min. Aldir G. Passarinho, in *DJ*, de 17-2-81). Aliás, a Súmula nº 380 do col. STF representa uma pro-

(91) Ac. da Uniformização de Jurisprudência na AMS nº 77.774-RJ. T. Pleno. *DJ*, de 23-4-80 (Súmula nº 10).

(92) Súmula nº 46, da eg. Segunda Seção. *DJ*, de 14-10-80.

(93) Súmula nº 71, da eg. Primeira Seção. *DJ*, de 6-3-81.

(94) Súmula nº 164, do col. STF. Não mais prevalece a Súmula nº 345 daquela Corte (*RTJ* nº 59/74). Ver também Súmula nº 74, Segunda Seção do eg. TFR, *DJ*, de 19-3-81.

(95) Súmula nº 78, do TFR (Plenário). *DJ*, de 7-4-81, p. 2.970.

(96) RHC nº 6.492-AM. Rel. Min. Armando Rolemberg, antiga 3.ª Turma. *DJ*, 18-6 de 1980.

teção da concubina, pela comprovação da existência de sociedade de fato. Aí o concubinato surte efeitos patrimoniais fundados no direito das obrigações.

Sobreleva notar, ainda em tema de desapropriação, que a jurisprudência tem pesado no sentido de que a chamada área *non aedificandi* compreendida na margem das rodovias federais não é indenizável (EAC nº 57.391-SP, Segunda Seção do TFR, Rel. Min. José Dantas, in *DJ*, 20-4-81). Aliás, esse é o entendimento pacífico da justiça paulista; contudo, não se tem uma jurisprudência definitiva e substancial do col. STF. A lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.706/79, art. 4º, III) tornou obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado, ao longo das rodovias federais. Essa norma implica uma restrição do direito de propriedade, protegido pela Constituição, daí a relevância da questão. O eg. TFR já entendeu que a restrição é tolerável, por se tratar de reservas "a modo de simples limitação administrativa, compatível com o poder de polícia autorizado no art. 572 do Código Civil". O Supremo Tribunal, contudo, já entendeu ser a referida área indenizável porque insuscetível de aproveitamento (RE número 80.733-SP, *RTJ*, 79/215). Como é de ver, a jurisprudência ainda não é mansa. E o tema, por sua relevância jurídica, de certo modo está a merecer maior exame do Pretório Excelso.

Outros exemplos, sem conta, poderiam ser oferecidos, para demonstrar como o eg. Tribunal Federal de Recursos vai cumprindo a sua destinação constitucional, firmando-se como um grande tribunal da República, enriquecendo a criadora jurisprudência brasileira, com as inestimáveis contribuições dos seus juízes, ao lado dos demais tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal.

b) No direito constitucional

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais brasileiros exerce a sua função criadora em todos os ramos do direito.

No direito constitucional, é através da interpretação e aplicação da carta política que o poder de criar dos tribunais se revela.

As Constituições também padecem de imperfeições, como as leis ordinárias. Na sua aplicação, "suscitam dificuldades que, para serem superadas," — nos dizeres do Prof. JOSAPHAT MARINHO — "exigem larga visão dos princípios gerais do direito público e de suas implicações institucionais ou políticas. Lacunas, erros técnicos, incongruências provocam dificuldades à função saneadora reservada ao poder jurisdicional do controle. Mesmo as Constituições elaboradas em quadro de normalidade e no confronto de espíritos habituados ao trabalho legiferante revelam falhas, pois os textos normativos, de qualquer índole, jamais abrangem toda a realidade, nem eliminam por inteiro os conflitos de idéias e interesses, que neles incidem" (97).

(97) MARINHO, Josaphat. "Perspectivas do Controle de Constitucionalidade". In *Notícia do Direito Brasileiro* — 1977, p. 46. Publicação anual do corpo docente do Departamento de Direito da UnB.

Para dizer bem o direito aos juizes não lhes bastam olhos, sobretudo para aplicar a Constituição. É mister compreender o que é uma Constituição, o que ela representa para um povo.

Uma Constituição é um corpo de princípios, que são depurados ao longo de um grande esforço; uma criação por processo pacífico, que opera no contraste de juízos e opiniões. Assim nasceram as Constituições históricas. Por outro lado, uma Constituição pode resultar da vitória do ímpeto ou da violência. Refiro-me às Constituições de circunstâncias (98).

É a Constituição o “contrato” de uma grande sociedade, politicamente organizada, onde todos são “sócios”, capazes de direitos e deveres na ordem social.

Por isso mesmo, uma Constituição há de ajustar-se, o mais possível, à realidade jurídica, política, social, econômica etc. Não pode contrariar o espírito público, pois que deve ser um odre de cultura e tradição de um povo. É um instrumento que visa a assegurar a liberdade e a dignidade do homem, despertando-lhe um profundo sentimento de veneração e respeito. Assim, enquanto as leis ordinárias visam a satisfazer as necessidades circunstanciais do momento, a Constituição tende a ser duradoura; por conseguinte, o seu conteúdo deve ser de generalidades, e não de detalhes (99).

Volviendo a nossa reflexão para a história da formação do Estado, concluiremos que uma Constituição deve espelhar a idéia projetada pela História. Nesta linha de raciocínio, vale registrar a notável observação do Senador José Lindoso:

“As Constituições podem ser entendidas, à luz das múltiplas doutrinas, de modos diferentes, mas a verdade é que elas, revelando a fisionomia do Estado, devem, na letra e no espírito, na tessitura das formulações, refletir a alma popular e o projeto nacional de cada povo ante a História.”

E acrescenta:

“O Estado há de se armar para impor a confiança pela responsabilidade, e não pelo medo, porque este castra as potencialidades positivas da Nação. Aquieta, angustiado, em vez de dar a paz e a ordem, recriando e fecundando” (100).

As disposições constitucionais, em virtude da sua natureza e dos seus objetivos, são de alcance mais largo do que o conteúdo das disposições ordinárias. Esta consideração explica a adoção de uma técnica mais rica na interpretação e construção na esfera do direito constitucional.

(98) MARINHO, Josaphat. “Análise da Constituição de 1891”. Conferência pronunciada na UnB, por ocasião das comemorações (24/26-10-77) do Sesquicentenário da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil. In *O Pensamento Constitucional Brasileiro*, p. 55. Câmara dos Deputados — Brasília, 1978.

(99) QUINTANA, Segundo V. Linares. “Técnica de la formulación de las Constituciones. *Rev. Inf. Legislativa*, pp. 5-26, a. 17, nº 66, abr./jun. Senado Federal, Brasília, 1980.

(100) LINDOSO, Sen. José. *O Pensamento Constitucional Brasileiro*, pp. 203-205. Câmara dos Deputados, Brasília, 1978.

Neste campo, a criação jurisprudencial tem em conta o conteúdo teleológico da norma da Constituição, como instrumento de governo, de restrição de poderes, de amparo à liberdade individual. O juiz busca a construção, por vezes, fora do texto, mas por este autorizada; recorrendo ao método histórico e indagando do espírito do constituinte à época da elaboração (ou no decorrer da formação) da regra constitucional.

A criação jurisprudencial, portanto, no plano do direito constitucional, exige do juiz uma profunda sensibilidade política, sem prescindir de outros conhecimentos.

Se não fosse a sua grande sensibilidade política, o grande juiz Marshall provavelmente não teria criado o princípio da supremacia do Judiciário ou o poder jurisdicional de controle da constitucionalidade, eloquentemente firmado no *leading case* Marbury v. Madison.

John Marshall deu grande contribuição ao direito americano. No caso acima citado, afirmou:

“Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de ação. Assim, se uma lei estiver em antagonismo com a Constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis à espécie, de modo que o tribunal tenha de decidir o caso de acordo com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, ele, inevitavelmente, terá de escolher dentre os dois preceitos opostos o que regerá o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem ter em vista a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso a que ambas dizem respeito (101).

Noutra passagem da sentença, disse Marshall:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da Nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição é nulo” (102).

(101) RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, p. 37. Ed. Revista Forense, 1958.

(102) The writings of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution (Bost., 1839), pp. 24-5, apud RUI BARBOSA, in *A Constituição e os Actos Inconstitucionais*, pp. 46-47, 2ª edição. Atlântida Editora — Rio de Janeiro.

Com essa decisão (1803), contrária aos interesses do Presidente Thomas Jefferson, criou-se o controle jurisdicional (*judicial review*) e o princípio que imputa à Suprema Corte a guarda da Constituição.

Outros casos se seguiram, de autêntica criação, como os casos *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), *McCulloch v. Maryland*, *Osborn v. Bank of the United States*, *Fletcher v. Peck*, *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, *Sturges v. Crowninshield*, *Gibbons v. Ogden*, *Brown v. Maryland* (103) etc.

Recentemente, decidiu a Suprema Corte americana, através do acórdão datado de 15-12-80, proferido nas causas de n.ºs 79-983 e 79-1689, em que contendem o Governo dos Estados Unidos e Umberto L. Will, sobre a sua competência para determinar o aumento de vencimentos dos seus juizes federais, incluindo os ministros da própria Corte. A decisão veio a propósito do princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos juizes, tendo a Corte afastado o impedimento e a suspeição dos seus ministros para julgar as causas, invocando o "princípio da necessidade" e o da não-negação de justiça (104).

O Judiciário americano, por tradição, detém um grande poder de criação. Para a Suprema Corte, a Constituição americana é mais um símbolo do que um simples texto escrito, chegando a afirmar-se que ela (a Constituição) é o que os juizes dizem que é, segundo a afirmação sem *ambages* de Charles Hughes, Presidente da Suprema Corte: "Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juizes afirmam que ela é" ("We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is"). Ou, segundo BRICE, a Constituição é obra da Convenção Federal de 1787 e dos juizes, extraindo-se dela ilações não visíveis a olho nu (105).

Este poder de reelaboração ou recriação das normas constantes do texto constitucional decorre do dever da Suprema Corte de guardiã da Constituição americana.

No Brasil, o col. Supremo Tribunal, além de última instância da Justiça brasileira, com a tarefa de uniformizar o direito nacional, detém também as funções de Tribunal Constitucional da República, no trato do controle da constitucionalidade (106). É do exercício desse controle, como sói acontecer, que nascem as criações no campo do direito constitucional.

(103) RODRIGUES, Lêda Boechat. Ob. cit., pp. 35-54.

(104) *The United States Law-Week*, v. 49, n.º 24 (Supreme Court Opinions), de 16 de dezembro de 1980, pp. 4.045-4.054, tradução livre de LUIZ ALBERTO AMERICANO.

(105) Cf. CASTRO NUNES, in *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 639-650. "The Constitution as an instrument and a symbol" é o título de um artigo de CORWIN, publicado em *The Political Science Review*, de acordo com citação de CASTRO NUNES, p. 595.

(106) No Brasil, a declaração de inconstitucionalidade pode dar-se *in casu*, através de recurso extraordinário, ou por meio de representação do Procurador-Geral da República (CF, arts. 116 e 119, I, D). Neste particular, o direito brasileiro foi além do direito americano, pois este não admite a declaração de inconstitucionalidade em tese.

Declarada a inconstitucionalidade total ou parcial, será feita a comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato normativo impugnado.

(Continua no rodapé da página seguinte)

c) No direito sumulado

Cumprindo a sua relevante tarefa de uniformizar o direito nacional e de exercer o controle da constitucionalidade, o col. Supremo Tribunal Federal redimensiona, com os demais tribunais, a ordem jurídica, dando lugar ao processo de sumulação da jurisprudência.

A idéia, nos tempos atuais, que a jurisprudência exerce uma função integradora e, portanto, criadora é pacífica.

As codificações têm a vantagem de oferecer segurança ao direito, mas têm a desvantagem de estacioná-lo, estratificando-o. Não foi à toa a afirmação de SAVIGNY no sentido de que os códigos já nascem envelhecidos. Nesse plano, surge a jurisprudência como contrapeso, garantindo o progresso do direito, pondo-o em compasso com a evolução social.

(Continuação da nota nº 106)

Fundando-se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual nas hipóteses previstas nos incisos VI e VII do art. 10 da Constituição, a suspensão da execução do ato impugnado, se essa medida bastar para podar-lhe a eficácia caberá ao Presidente da República, mediante decreto de intervenção, em cumprimento da decisão transitada em julgado do col. Supremo Tribunal Federal.

A declaração de inconstitucionalidade estela-se na hierarquia das leis — princípio vigente nas Constituições rígidas, escritas, segundo o qual nenhuma lei ordinária pode competir com a lei fundamental. Se, por interpretação, puder a lei conciliar-se com a Constituição, a inconstitucionalidade não será declarada.

É autêntica a interpretação dada pelo Supremo Tribunal à lei ou ato normativo federal ou estadual, cujo exame tenha sido submetido pelo Procurador-Geral da República, sendo a interpretação vinculante para todos os efeitos, pelas conclusões e ementa de acórdão transitado em julgado. Neste passo, é inafastável a função legiferante do col. Supremo Tribunal Federal, como frisamos anteriormente.

Indaga-se se o Procurador-Geral da República, como titular do direito de representação, pode negar seguimento a pedido perante ele deduzido. Tem o col. STF respondido positivamente, facultando à parte interessada provocar a declaração de inconstitucionalidade em caso (Ac. de 3-12-80, na Rp nº 121-1-RJ. Rel. Min. Djaci Falcão — DJ 20-3-81).

Zelar pela Constituição deve ser um dever de todo membro da sociedade. Decorre, portanto, se o cidadão deduz pedido de representação, junto ao Procurador-Geral, e este não concorda com as razões do pedido, de duas uma: ou o Procurador-Geral simplesmente encaminha o pedido à Corte e se reserva para opinar posteriormente, como já ocorreu, ou não apresenta a representação, facultado, porém, nesta hipótese, ao particular fazê-lo diretamente.

Ainda sobre o tema, vale notar que a inconstitucionalidade pode ser formal ou material.

A inconstitucionalidade formal é o conflito explícito, implícito ou travesso, da lei ou do ato normativo com a Constituição. É o caso típico e tradicional de inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade material é feita em cada caso: é verificável na aplicação prática da lei. A lei, neste caso, pode-se apresentar, em tese, formalmente compatível com a Constituição, mas contrariar a esta no momento da sua incidência. Tanto é assim que a inconstitucionalidade material convive com a constitucionalidade formal. O Tribunal, examinando o caso concreto, pode fazer valer a norma constitucional, embora em detrimento da lei,

(Continua no rodapé da página seguinte)

A padronização da jurisprudência dá lugar às súmulas (107). Tal se explica em razão de que: dada a natureza dialética do direito, nem todos os aplicadores chegam às mesmas conclusões, surgindo, na aplicação do direito, divergências as mais diversas, suscitando, por vezes, dúvidas a quantos recorrem à justiça. A súmula, uniformizando a jurisprudência, devolve a necessária estabilidade, facilitando o trabalho dos advogados e dos juizes de primeira instância.

As súmulas exercem uma função diretiva, de orientação, malgrado não tenham força vinculante. A sua autoridade é tal que, para atacar-se uma decisão

(Continuação da nota nº 106)

sem precisar declarar a inconstitucionalidade desta. É muito encontradão nos direitos americano e argentino, em matéria fiscal, quando ocorre ser cobrado tributo excessivo ou exorbitante, capaz de limitar a garantia da liberdade de comércio e indústria, de propriedade etc. Pode citar-se um caso, no direito brasileiro, julgado pelo Supremo Tribunal, onde foi reconhecida a inconstitucionalidade material do DL nº 893, de 23-9-69, na parte em que determina a exaustão dos recursos administrativos como condição ao ingresso em juízo, em casos de acidentes do trabalho. Embora formalmente constitucional, a referida regra feria o princípio constitucional da não-negação de justiça, na sua aplicação prática, posto que os órgãos administrativos da Previdência Social não estavam (referindo-se à época do julgamento) aparelhados para desempenhar a tarefa de examinar os recursos opostos pelos interessados." (Sobre conceito de inconstitucionalidade material, ver *RTJ* nº 58/692 e *RF* 82/546.)

- (107) No Brasil, a súmula foi instituída pelo Supremo Tribunal em 1963 (emenda regimental de 28 de agosto de 1963), a exemplo do *stare decisis* do direito americano, em resposta ao grande fluxo de causas seriadas que assoberbavam os tribunais, dificultando o exame dos temas mais controvertidos e relevantes. (BONFIM, Edson Rocha. *Supremo Tribunal Federal — Perfil Histórico*, pp. 66-67. Forense, INL/MEC. Brasília, 1979.)

A inclusão de enunciados na súmula da jurisprudência predominante do STF, bem como a alteração ou cancelamento, será deliberada em Plenário, por maioria absoluta (RI do STF, art. 102, § 1º, *DOU* (Suplemento) de 27-10-80).

Uma vez criada a súmula, ela pode ser revista a qualquer tempo, diante de argumentos relevantes erigidos com base em fatos supervenientes que autorizem o reexame. Do contrário, o Ministro que com ela não concordar adota-a, ressaltando o seu ponto de vista. Este é o costume predominante no STF, segundo observação do Ministro Victor Nunes Leal: "Este Tribunal, há muito tempo, adotou um critério salutar: os Ministros minoritários em determinado tema limitam-se a ressaltar sua opinião quando estão em maioria eventual, mas seguem a jurisprudência, porque a jurisprudência é do Tribunal, e não dos ministros individualmente considerados" (LEAL, Victor Nunes. *RTJ* 55/239). Esse comportamento também foi ressaltado pelos Ministros Bilac Pinto e Luís Galloti, noutras passagens, onde se curvam diante do entendimento da maioria, consubstanciado em súmula, não somente em obséquio ao critério adotado pela Corte, mas também, de uma forma honesta, em prol de uma justiça mais rápida, evitando recursos que somente iriam procrastinar a prestação jurisdicional definitiva (*RTJ* 62/305 e 590).

A súmula tem o grande efeito de obstruir recurso ou pedido que contrariar a jurisprudência predominante (RI/STF, art. 21, § 1º). Só quando a parte provar que não existe identidade de situação jurídica ou a existência de argumentos novos e relevantes, é que pode atacar a súmula.

Na Justiça Federal, as súmulas têm grande alcance. Embora previstas desde a Lei nº 5.010, de 1966, somente começaram a ser produzidas pelo Tribunal Federal de Recursos a partir de maio de 1977. (Incidente de Uniformização de Ju-

(Continua no rodapé da página seguinte)

lançada de acordo com a jurisprudência predominante, são necessários fortes argumentos, suficientes a conduzir à alteração da orientação jurisprudencial.

As virtudes da súmula elidem a pecha a ela atribuída de imobilizar o direito. É de ver que a súmula não tem, no sistema brasileiro, a mesma rigidez da jurisprudência anglo-americana, onde predomina o sistema da *Common Law*.

A jurisprudência brasileira pode ser modificada com mais facilidade do que a lei, de molde a não obstaculizar o progresso do direito.

(Continuação da nota nº 107)

risprudência na AMS nº 79.878, Tribunal Pleno, em 5 de maio de 1977. DJ de 14-6-77, p. 3.941.)

Em face da composição atual do eg. TFR, as súmulas são produzidas tanto pelo Plenário quanto pelas Seções especializadas, conforme se trate de padronização das decisões das Seções ou das Turmas que integram a respectiva Seção.

A alteração ou cancelamento segue as regras estabelecidas no Regimento Interno do STF. A sua criação requer um *quorum* qualificado de 2/3 da Seção ou do Plenário, excluído o presidente, e a aprovação dar-se-á por maioria absoluta. O mesmo *quorum* é exigido para revisão da súmula.

As súmulas, no TFR, derivam de incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado pela parte ou por qualquer juiz da Corte em julgamento de caso concreto (CPC, arts. 476/479). Ou decorrem de decisões unânimes dos membros componentes do Tribunal ou de decisões tomadas por maioria absoluta, em dois julgados concorrentes, pelo menos (Lei nº 5.010/66, art. 63), de Seção ou do Plenário.

Há também as chamadas súmulas de convergência, quando se verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito, sobre determinado tema (Res. 19/79, art. 5º). Tais súmulas podem nascer por proposta de qualquer Ministro, na Turma (RI, art. 115). Neste caso, não se suspenderá, necessariamente, o feito.

O Ministro Relator pode mandar arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso que contrariar, em questão predominantemente de direito, súmula do TFR ou do STF. Esta regra foi introduzida no Regimento do TFR (art. 33, § 1º, II) em combinação com o art. 90, § 2º, da Lei Complementar nº 35/79. A medida visa a abreviar o julgamento dos feitos, cujo objeto versa tese de direito já pacífica no Tribunal. Do despacho do relator cabe agravo regimental no prazo de cinco dias. Destarte, v.g., no caso de embargos infringentes, se o relator os indeferir de plano, por não ser caso de embargos, o recurso cabível, para a Seção competente, não será mais interposto no prazo de quarenta e oito, previsto no art. 532, § 1º, do CPC, mas sim no prazo de cinco dias, como dito acima. Significa dizer que o prazo indicado no aludido dispositivo do CPC não tem eficácia na ordem dos processos no Tribunal Federal de Recursos, ante a regra do § 2º, art. 90, da LC nº 35/79.

Vale notar, ainda sobre o alcance das súmulas do TFR na Justiça Federal, que, nas causas em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, a apelação será recebida unicamente no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que decidir questões predominantemente de direito, com fundamento em súmula do STF ou do próprio TFR, além das hipóteses previstas no art. 520 do CPC, não se sujeitando a apelação a revisor (Lei nº 6.825/80, art. 3º e parágrafo único).

No âmbito da Justiça do Trabalho, não enseja conhecimento o recurso de revista ou de embargos que contrariar súmula ou prejudgado do TST (Súmula 42); o mesmo acontece ao recurso de agravo de instrumento (RI/TST, arts. 5, V, e 142 — DOU 5-7-76).

Nessa linha de raciocínio, merece sobrelevar a notável advertência do Ministro Washington Bolívar de Brito, do eg. TFR:

“É certo que o direito sumulado estratifica e decanta a jurisprudência, promove a celeridade dos processos, previne os pleitos, simplifica as sentenças e votos e confere razoável margem de antecipação dos resultados. Embora não tenham força vinculativa, devem as súmulas servir de orientação nos julgamentos; mas, como o próprio direito, que interpretam, não são imutáveis — tanto que várias delas já foram alteradas, ou revogadas. Demonstra especial apreço à evolução do direito e ao egrégio Supremo Tribunal Federal quem propicie a reapreciação das teses jurídicas controvertidas, para que ele possa reafirmar ou modificar o seu entendimento” (108).

As ponderações acima foram feitas a propósito da aplicabilidade da Súmula nº 512, do STF. A observação é perfeita e tem aplicação geral.

A súmula, extrato da jurisprudência predominante, não representa apenas produto de um ato disjuntivo, ou um direito extraído do direito, mas tende a ser uma categoria de criação de direito, senão um *jus supra jura*.

III — CONCLUSÕES

1. A técnica jurídica opera a sistematização do direito, dando-lhe forma e revelando-lhe o conteúdo, através de uma linguagem apropriada: dotada de clareza, precisão e concisão. Uma técnica jurídica que há de ser observada na elaboração e na aplicação das leis; uma técnica que caminha ao lado da ciência jurídica, dando a esta eficácia.

2. A lei é uma fórmula jurídica de composição de necessidades, de interesses e objetivos, tendente a assegurar a harmonia e o equilíbrio das forças sociais.

3. A interpretação busca a vontade atual da lei (*voluntas legis*). O direito, que exprime a sociedade, é social na sua origem, como social há de ser também nos seus fins (109).

4. Todo ato de interpretação e construção parte da lei e pode ir ou não além dela, explicitando a norma que está implícita no sistema geral. E ao extrair essa norma, reelabora-se a lei, adequando-a, por vezes, às aspirações da sociedade.

5. O ordenamento jurídico não é constituído apenas do conjunto de todas as leis embutidas em dado sistema de direito, mas desse conjunto e da consciência jurídica consubstanciada no costume judiciário e nos princípios. Segue-se, pois, que as leis não exaurem toda a noção do direito.

6. A liberdade criadora dos juízes está nas lacunas, nas omissões e nas incoerências das leis e dos princípios. A ação inovadora dos tribunais apresenta-se teoricamente possível e praticamente útil.

(108) AMS nº 81.566-RJ, DJ de 21-5-79, p. 3.950.

(109) MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*, p. 261. Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1934.

7. A jurisprudência é fonte de direito; superada está aquela idéia que nega a sua força criadora.

8. O poder estatal é *uno*. A teoria tripartite do poder, ensaiada por Aristóteles (*Política*) e desenvolvida por LOCKE (*Treatise of Civil Government*) e professada por MONTESQUIEU (*De l'Esprit des Lois*) ⁽¹¹⁰⁾, não comporta uma concepção estreita. Os poderes (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo) não são mais que partilhas preponderantes de poder ou "funções" ⁽¹¹¹⁾ de um mesmo poder inerente ao Estado.

9. O Poder Legislativo cria o direito numa esfera geral, como pode fazê-lo o Poder Executivo, embora deste não seja a função precípua. O Poder Judiciário também cria o direito, numa esfera particular e individual. O importante e necessário é a harmonia dos poderes, cada qual operando nos limites e grau da sua competência, com responsabilidade e, sobretudo, com respeito à dignidade do povo, propiciando o regime legal, na consideração de que "o direito é a política bem compreendida do poder", ⁽¹¹²⁾ ou um instrumento de controle do poder.

10. As súmulas, que revelam a jurisprudência criadora dos tribunais, constituem um instrumento de notável valia no campo da prestação jurisdicional e da aplicação do direito, orientando os jurisdicionados e prevenindo os feitos. Tendem a ser, como as leis, uma forma de atender às necessidades sociais. A sua função maior é propiciar a evolução do direito, por isso a sua revisão deve ocorrer de forma flexível, sempre que convier à ordem vigente, em contraposição ao positivismo legalista.

QUADRO COMPARATIVO DAS TENDÊNCIAS FILOSÓFICAS

<i>Em relação à</i>	<i>Formalismo</i>	<i>Realismo</i>
linguagem do direito positivo	Afirma ser uma linguagem lógico-formal, portanto, unívoca e precisa.	Afirma estar formulada em linguagem natural, portanto vaga e ambígua.
As fontes do direito	A única fonte é a lei.	Fontes são todos os motivos determinantes das decisões judiciais.
O papel do juiz	Afirma que seu trabalho é mecânico, responde a um ato de conhecimento. Erige a figura do juiz neutro, que não criaria o direito.	Seu trabalho seria constitutivo, respondendo a um ato de vontade. Os juizes criam o direito.

(110) SA FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*, pp. 13-17. Editora Borsol — Rio, 1959.

(111) LOEWENSTEIN. Apud VAMIREH CHACON, in *O Novo Parlamentarismo*, p. 56, série Cadernos Políticos da Fundação Milton Campos. Brasília, 1978.

(112) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 254. Editora Revista Forense — Rio, 1945.

<i>Em relação à</i>	<i>Formalismo</i>	<i>Realismo</i>
Os valores que devem prevalecer	Exaltam o valor segurança.	Exaltam o valor equidade, que poderá ser satisfeito se nos apegamos excessivamente ao fetiche da segurança.
A ciência do direito	Estuda, sem formular juízos de valor, o direito positivo vigente para explicitar sua sistemática.	Apóia-se no positivismo lógico. Considera que só se pode construir uma ciência do direito a partir do estudo dos argumentos dos órgãos com base nas sentenças judiciais.
A estrutura lógica do raciocínio jurídico	Silogismo demonstrativo.	Silogismo retórico.
Sobre a natureza da prova	Mediante a prova alcança-se a verdade dos fatos.	Não se alcança a verdade senão que se alega sobre a verossimilhança dos fatos.

WARAT, in *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, p. 56.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo — *Hipótese de Incidência Tributária*. 2.^a edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

BALEEIRO, Aliomar — *Direito Tributário Brasileiro*. 8.^a edição, Forense, 1976.

BARBOSA, Rui — *A Constituição e os Actos Inconstitucionais*. 2.^a edição, Atlântida Editora, Rio de Janeiro.

BIELSA, Rafael — *La Abogacia*. 2.^a edição, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Buenos Aires, 1945.

————— — *Metodología Jurídica*. Santa Fé, Argentina, 1961.

BOBBIO, Norberto — *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Luglio-settembre, 1973, pp. 448-449.

BONFIM, Edson Rocha — *Supremo Tribunal Federal — Perfil Histórico*. Edição Forense, INL/MEC, Brasília, 1979.

BORDENAVE, Juan Díaz e PEREIRA, Adair Martins — *Estratégia de Ensino-Aprendizagem*. 2.^a edição, Editora Vozes Ltda., 1978.

BORGES, Souto Maior — *História do Brasil*. Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1968.

CHACON, Vamireh — *O Novo Parlamentarismo*. Série Cadernos Políticos da Fundação Milton Campos, Brasília, 1978.

CAMPOS, José de Queiroz — *A Arte de Elaborar a Lei*. Ed. Verbete Ltda., Rio, 1972.

CRUET, Jean — *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*.

DÍAZ, Elias — *Sociología y Filosofía del Derecho*. 2.^a edição, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1980.

FERRARA, Francisco — *Interpretação e Aplicação das Leis*. 3.^a edição, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1978.

FRANÇA, R. Limongi — *Brocarões Jurídicos*. 3.^a edição, Revista dos Tribunais, São Paulo.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo — *O Pensamento Constitucional Brasileiro (conferência)*. Câmara dos Deputados, Brasília, 1978.

HERKENHOFF, João Baptista — *Como Aplicar o Direito*. Forense, Rio, 1979.

- JORNAL *Optimó*, p. 11 — edição de 1º-5-81.
- KELSEN, Hans — *Teoria Pura do Direito*. 4.ª edição, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1976.
- LARENZ, Karl — *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1969.
- LIEBMAN, Enrico Tullio — *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Ed. Revista Forense, Rio, 1945.
- LYRA, Roberto — *Visão Social do Direito*. Editora Rio-Abril, 1976.
- MACEDO, Sílvio — *Fundamentos de uma Epistemologia Sociológica*. (Tese de doutoramento em Ciências Económicas, apresentada à Faculdade de Ciências Económicas da Parafba).
- — *Introdução à Ciência do Direito*. Forense, 1ª edição, São Paulo, 1970.
- MANGABEIRA, João — *Em torno da Constituição*. Editora Nacional, São Paulo, 1934.
- MARINHO, Josaphat — (Análise da Constituição de 1891) — Conferência. *O Pensamento Constitucional Brasileiro*. Câmara dos Deputados, Brasília, 1978.
- — *Notícia do Direito Brasileiro*. Edição da Universidade de Brasília, 1977.
- MAXIMILIANO, Carlos — *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2ª edição, Forense, Rio, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes — *Mandado de Segurança e Ação Popular*. 5ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
- MIRANDA, Pontes de — *História e Prática do Habeas Corpus*. José Konfino editor, 2ª edição, Rio, 1951.
- MONTESQUIEU, Charles — Louis de Secondat — Baron de la Brede et de. *De l'Esprit des Loix* — Éditions Garnier Frères — 6 Rue des Saints-Pères — Paris.
- NUNES, Castro — *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Revista Forense, Rio, 1943.
- PERROT, Roger — *Da Influência da Técnica sobre o Fim das Instituições*.
- QUINTANA, Segundo V. Linares — “Técnica de la formulación de las Constituciones”, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 17, n. 66 — abr./jun. 1980.
- RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Vol. I, Tomo III, 2ª edição, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1977.
- REALE, Miguel — *O Direito como Experiência*. Ed. Saraiva S.A., São Paulo, 1968.
- — *Teoria Tridimensional do Direito*. 3ª edição, Editora Saraiva, 1980.
- REGIMENTO INTERNO do Supremo Tribunal Federal.
- REGIMENTO INTERNO do Tribunal Superior do Trabalho.
- REGIMENTO INTERNO do Tribunal Federal de Recursos.
- RTJ 45/559, 73/919, 84/165, 55/239, 62/305.
- REVISTA de Informação Legislativa — a. 14, n. 53 (jan./mar. 1977).
- RIPERT, Georges — *Les Forces Créatrices du Droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955.
- RODRIGUES, Lêda Boechat — *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Edição Revista Forense, 1958.
- SÁ FILHO, Francisco — *Relação entre os Poderes do Estado*. Editora Borsoi, Rio, 1959.
- SILVA, Clóvis do Couto e — *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco — *Estudos de Direito Público*. 2ª edição, M. J., Brasília, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa — *Processo Penal*. Vol. I, 4ª edição, Editora Jolovi Ltda., São Paulo, 1978.
- VASCONCELOS, Arnaldo — *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição, Editora Forense, São Paulo, 1978.
- WARAT, Luís Alberto — *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Editora Síntese Ltda., Porto Alegre, 1979.

A competência do “órgão especial”

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Brasília.
Professor Catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade do Rio de
Janeiro

1. Reveste-se da maior importância a recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.075-9, na qual o Excelso Pretório reconheceu que todas as atribuições do Tribunal Pleno cabem ao “órgão especial” nos Estados cuja corte seja composta por mais de vinte e cinco desembargadores.

2. Na realidade, o art. 144, V, da Constituição vigente, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, determinou que, nos Tribunais de Justiça com mais de vinte e cinco desembargadores, fosse constituído um órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno, bem como para a uniformização da jurisprudência no caso de divergência entre seus grupos ou seções.

3. Conseqüentemente e em virtude da referência expressa do **caput** do art. 144 aos arts. 113 a 117 do texto constitucional, as funções atribuídas aos tribunais, no art. 115, passaram a ser respectivamente da competência do Tribunal Pleno, nos casos de colegiados com menos de vinte e cinco magistrados, e do “órgão especial”, nas hipóteses de tribunais com maior número de membros.

4. Verifica-se, assim, que, pelo próprio texto constitucional, ao “órgão especial” passou a ser atribuída a totalidade da competência que a Constituição e as leis reconheciam anteriormente ao Tribunal Pleno, não se podendo presumir que a vontade do legislador tenha sido de manter a existência simultânea do Tribunal Pleno e do “órgão especial”, continuando a existir aquele como colégio eleitoral (exercendo assim função administra-

tiva) nos Estados em que tenha sido criado o órgão especial. A identidade de funções entre os dois órgãos (**Plenário** e **órgão especial**) impõe que a existência de um deles importe em inexistência de outro, pois não se pretendeu cumular o funcionamento de ambos. Por outro lado, a Constituição não reservou qualquer função ao Tribunal Pleno, nos casos de criação imperativa *ex vi legis* do “órgão especial”, não cabendo ao intérprete distinguir onde a Constituição e a lei não o fizeram.

5. Assim sendo, é evidente que todas as funções que, em virtude da Constituição Federal, são atribuídas ao Tribunal Pleno passaram a ser exercidas pelo “órgão especial”, tanto no campo administrativo, como jurisdicional, envolvendo assim, também, as hipóteses às quais as Emendas Constitucionais não se referiram, como é o caso do julgamento de magistrados previsto no art. 144, § 3º, da Constituição vigente.

6. As informações prestadas pelo Tribunal de São Paulo na mencionada Representação bem esclareceram que não se admite a coexistência do “órgão especial” (Pleninho) com o Tribunal de Justiça (Plenão), pois não foi intenção do legislador constituinte permitir o funcionamento simultâneo, no mesmo Estado, dos dois órgãos da Justiça local.

7. A posição do eminente Ministro Rodrigues de Alckmin, que participou dos trabalhos da elaboração da Lei Orgânica da Magistratura, confirma que o espírito da lei foi no sentido de atribuir ao órgão especial a função eleitoral, esclarecendo o ilustre magistrado, referindo-se à proposta que tinha surgido em São Paulo de conferir funções eletivas a um órgão do Tribunal, que:

“Nenhum óbice parece existir, pois, que se dê autorização constitucional para que um órgão do Tribunal de Justiça desempenhe todas as funções administrativas (...).” (Palestra realizada em 15-5-1975 e publicada em **Problemas Brasileiros**, janeiro de 1976.)

8. Não diverge de tal entendimento o Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES quando reconhece que da competência do órgão especial “será tudo quanto se inclui nas atribuições administrativas e jurisdicionais do Tribunal Pleno” (**A Reforma do Poder Judiciário**, 1º volume, São Paulo, Saraiva, 1979, pág. 401, *in fine*), posição que reiterou e desenvolveu em parecer.

9. Escrevendo antes da promulgação da Lei Complementar nº 35, de 14-3-1979, o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO reconheceu que o órgão especial constitui um verdadeiro substituto do Tribunal Pleno em virtude de uma delegação **interna corporis** constitucionalmente determinada. Esclarece a respeito o professor paulista:

“Órgão especial. Está aqui uma das inovações mais ruidosas da Emenda nº 7. Determina, onde o Tribunal de Justiça conte com mais de vinte e cinco membros, o estabelecimento de órgão especial que, por verdadeira delegação **interna corporis** (imposta, é certo, pela Constituição), exerça as atribuições do

Pleno, quer administrativas, quer jurisdicionais. E até as de uniformização jurisprudencial.

Não cuida a Constituição de como serão escolhidos os componentes desse órgão. Cabe, pois, ao direito estadual regular a matéria" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1977, 3º vol., pág. 29).

10. Na realidade, ao dar nova redação aos arts. 144, inciso V, e 115, a Emenda Constitucional nº 7 estabeleceu, no primeiro, uma equiparação do "órgão especial" ao Tribunal Pleno, para atribuir, no segundo, as funções judicantes e administrativas ao Plenário, definido nos termos da própria Constituição. Assim sendo, as funções previstas no art. 115 devem caber ao Tribunal Pleno ou ao "órgão especial" que o substitui, conforme tenha o tribunal local um número menor ou igual a vinte e cinco membros ou, ao contrário, um número superior de desembargadores.

11. Efetivamente, esclarece o inciso V do art. 144 da Constituição que:

"V — nos Tribunais de Justiça com número superior a vinte e cinco desembargadores será constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno, bem como para a uniformização da jurisprudência no caso de divergência entre seus grupos ou seções".

12. Por sua vez, determina o art. 115, que:

"Art. 115 — Compete ao Tribunais:

I — eleger seus Presidentes e demais titulares de sua direção, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional;

II — organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos, na forma da lei; propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

III — elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas; e

IV — conceder licença e férias, nos termos da lei, a seus membros e aos juizes e serventuários que lhes forem imediatamente subordinados."

13. E evidente que as funções atribuídas ao tribunal no art. 115 devem ser consideradas como sendo do Pleno, quando a corte não tem mais de vinte e cinco desembargadores, e do "órgão especial", no caso contrário.

Não se pode interpretar o texto constitucional como admitindo que, no caso de tribunais com mais de vinte e cinco membros, todas as funções administrativas e jurisdicionais, que normalmente cabem ao Tribunal Pleno, seriam exercidas pelo órgão especial, excluídas aquelas previstas no art. 115. Tal interpretação seria absurda, contrária às finalidades da Emenda Constitucional e transformaria uma remissão do legislador constituinte numa exclusão ilógica e sem amparo no texto da Constituição.

14. Efetivamente, o que o art. 144, V, pretendeu foi, na realidade, considerar que todas as atribuições constitucionalmente asseguradas ao Pleno seriam exercidas, nos maiores tribunais do País, pelo "órgão especial". Em nenhum momento, admitiu a Constituição a coexistência do Tribunal Pleno e do órgão especial para que pudessem os dois conviver com funções distintas. Tal idéia, além de não ter apoio na *mens legislatoris*, contraria os fins da Emenda Constitucional nº 7, que pretendia permitir o melhor e mais rápido funcionamento da Justiça, delegando a competência do Pleno a um órgão composto por um número mais reduzido de desembargadores no caso dos maiores tribunais do País que, se tal medida não fosse tomada, passariam a constituir grandes assembléias com um número de componentes que os aproximaria, pelas suas dimensões, do Senado e da própria Câmara dos Deputados.

15. A perfeita identificação das funções do Tribunal Pleno e do órgão especial para o legislador constituinte é evidenciada pela redação dada aos arts. 113, § 3º, 116, 144, II, letra b, e 144, § 6º, que equiparam, plenamente e sem qualquer restrição, os dois colegiados. Esclarecem os mencionados artigos:

a) Art. 113, § 3º — "O Tribunal competente, ou o órgão especial previsto no art. 144, V, poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos, a remoção ou a disponibilidade do juiz de categoria inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, assegurando-lhe defesa, e proceder da mesma forma, em relação a seus próprios juízes."

b) Art. 116 — "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público."

c) Art. 144, II, letra b — "no caso de antigüidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos que integrem o órgão especial a que alude o item V deste artigo, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação."

d) Art. 144, § 6º — "Dependerá de proposta do Tribunal de Justiça ou do órgão especial previsto no item V deste artigo a alteração do número de seus membros ou dos membros dos tribunais inferiores de segunda instância, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional."

16. Como bem salienta o Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES em seu parecer, a explicitação da identidade de funções nas hipóteses acima referidas decorreu da importância das mencionadas atribuições ou do fato de ultrapassarem os limites da competência jurisdicional e administrativa, vindo a abranger o controle da constitucionalidade (art. 116) e a iniciativa no campo legislativo (art. 144, § 6º), ou ainda por afetarem diretamente o *status dignitatis* do magistrado.

17. Na realidade, o constituinte pretendeu também, com essas repetições da alternativa “Tribunal Pleno ou órgão especial”, afastar qualquer dúvida quanto à identidade de funções dos dois órgãos, reconhecendo que a existência de um deles afasta necessariamente o funcionamento do outro.

18. A mesma conclusão nos leva o exame da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14-3-1979), que, no seu art. 16, esclarece que:

“Art. 16 — Os Tribunais de Justiça dos Estados com sede nas respectivas Capitais e jurisdição no território estadual, e os Tribunais de Alçada, onde forem criados, têm a composição, a organização e a competência estabelecidas na Constituição, nesta Lei, na legislação estadual e nos seus Regimentos Internos.

Parágrafo único — Nos Tribunais de Justiça com mais de vinte e cinco desembargadores, será constituído **órgão especial**, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das **atribuições administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno**, bem como para uniformização da jurisprudência no caso de divergência entre suas Seções.”

19. A mesma lei estabelece a plena identidade de funções entre o Tribunal Pleno e o “órgão especial”, onde houver, nos arts. 101, § 4º, 104 e 106, como se verifica pela transcrição dos mesmos:

a) Art. 101, § 4º — “Cada Câmara, Turma ou Seção especializada funcionará como Tribunal distinto das demais, **cabendo ao Tribunal Pleno, ou ao seu órgão especial, onde houver, o julgamento dos feitos que, por lei, excedam a competência de Seção.**”

b) Art. 104 — “Haverá nos Tribunais de Justiça um Conselho da Magistratura, com função disciplinar, do qual serão membros natos o Presidente, o Vice-Presidente e o Corregedor, não devendo, tanto quanto possível, seus demais integrantes ser escolhidos dentre os outros do respectivo órgão especial, onde houver. **A composição, a competência e o funcionamento desse Conselho, que terá como órgão superior o Tribunal Pleno ou o órgão especial, serão estabelecidos no Regimento Interno.**”

c) Art. 106 — “Dependerá de proposta do **Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial**, a alteração numérica dos membros do próprio Tribunal ou dos tribunais inferiores de segunda instância e dos juízes de direito de primeira instância.”

20. É, pois, evidente que tanto o legislador constitucional, ao aprovar a Emenda nº 7, como o legislador ordinário, ao promulgar a Lei Complementar nº 35, consideraram que o “órgão especial” substitui em todas as suas funções o Tribunal Pleno, não se admitindo em caso algum o funcionamento simultâneo de ambos, com atribuições diferentes. A ausência eventual de referência ao “órgão especial”, em determinados casos específicos, não pode ser considerada como meio de assegurar uma competência residual ao Pleno nos Estados em que estiver funcionando o “órgão especial”. Significa tão-somente que o legislador omitiu a referência ao órgão alternativo, por entender que sempre que se referia ao Pleno estava, na realidade, abrangendo nessa expressão tanto o Plenário, nos casos de tribunais com não mais de 25 desembargadores, como o seu delegado necessário *ex vi legis* — o “órgão especial” — nos tribunais que tivessem maior número de membros.

21. Descabe, assim, a tese inversa proposta pelo Desembargador Luís Antônio de Andrade, que, em artigo, admitiu a possibilidade de coexistência dos dois órgãos, para concluir que ela, na realidade, importava em violação expressa do art. 144, V, da Constituição Federal, além de ser ilógica e de dificultar o bom andamento da justiça. Efetivamente, escreveu o antigo Presidente do Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara que:

“Só os Tribunais de Justiça com número superior a 25 desembargadores (como ainda não é o caso do Paraná) terão tal órgão, o qual, composto de 11 a 25 membros, exercerá as atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno, bem como uniformizará a jurisprudência, no caso de divergência entre os grupos ou seções do Tribunal (art. 144, V).

A primeira vista poderia parecer que nos Estados com mais de 25 desembargadores o “órgão especial”, uma vez eleito ou constituído por lei, iria **substituir** o Tribunal Pleno e exercer **todas** as atribuições até então a este reservadas, bem como uniformizar a jurisprudência.

Uma leitura mais atenta do texto constitucional mostra, entretanto, que a reforma de abril **especificou** os casos em que a competência seria do “órgão especial”, não o fazendo com relação a outros, relativamente aos quais a atribuição é conferida ao “Tribunal”, sem qualquer ressalva ou menção alternativa.

Assim, são da competência do “órgão especial”, segundo a Constituição: **a)** decretar a perda do cargo pelo juiz (art. 113, § 1º); **b)** determinar a remoção ou a disponibilidade do juiz de categoria inferior (art. 113, § 3º); **c)** declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público (art. 116); **d)** recusar a promoção por antiguidade do juiz mais antigo (art. 144, II, **b**); **e)** recusar a promoção de juiz que haja completado o estágio (art. 144, II, **c**); e **f)** propor a alteração do número de membros do Tribunal ou dos tribunais inferiores de segunda instância.

Por sua vez, não diz a Constituição competir ao “**órgão especial**”, mas, genericamente, “**aos Tribunais**”: a) eleger seus Presidentes e demais titulares de sua direção (art. 115, I); b) organizar seus serviços auxiliares, prover-lhes os cargos e fixar-lhes os vencimentos (art. 115, II); c) elaborar seus regimentos internos e fixar a competência dos órgãos julgadores (art. 115, III); d) conceder licenças e férias a seus membros (art. 115, IV); e) indicar ao Presidente da República o nome de juristas para a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 133, III); f) propor ao Legislativo a criação de tribunais inferiores de segunda instância, de juízes togados com investidura temporária, de justiça de paz temporária, de justiça militar estadual (art. 144, § 1º, a, b, c e d) e a alteração da organização judiciária (art. 144, § 5º)” (*Revista Forense*, vol. 264, pág. 6).

22. Após este levantamento de divergência feito com paciência chinesa, conclui o magistrado carioca que:

“A afirmação, pois, constante do art. 144, V, da Constituição, de que o órgão especial será constituído, verbis, “para o exercício das atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno” não corresponde ao que resulta da análise sistemática e do confronto de textos da própria Carta Magna.

Parece, assim, que, por falta de técnica ou de atenção do constituinte de abril, ao lado do já cognominado “Plenininho”, por ele criado, continuaremos a ter o Tribunal Pleno, embora desfalcado de algumas de suas principais atribuições. **Essa dualidade de órgãos de cúpula, com atribuições distintas mas mal distribuídas, sobre ser ilógica, dificultará, por certo, o trabalho dos Tribunais, pois os membros do “órgão especial” são, necessariamente, integrantes do Pleno, tendo, assim, que participar de ambos.**

A idéia da criação do “órgão especial” estava intimamente relacionada com a da abolição dos Tribunais de Alçada e a da conseqüente ampliação dos Tribunais de Justiça. **Estes, com aquela extinção, teriam, necessariamente, que aumentar, nos Estados mais populosos, o número de seus membros, o que tornaria praticamente inviável a tomada de votos nos Plenários.** Nessa linha de raciocínio, era compreensível a substituição do Pleno por um órgão menor, em que estivessem representadas as várias seções do Tribunal” (*Revista Forense*, vol. 264, pág. 6).

23. Com a devida vênia do ilustre antigo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, não parece ser admissível consagrar uma interpretação da lei que se reconhece ser **ilógica e contrária ao próprio espírito da lei** pelo fato de ter como resultado necessário dificultar, em vez de facilitar, o bom funcionamento da Justiça e desatender às suas finalidades sociais, como reconhece o Desembargador Luís Antônio de Andrade no artigo acima referido.

24. Ao contrário, deve prevalecer a chamada “hermenêutica jurídica estrutural”, à qual se refere o professor MIGUEL REALE nos seus **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito** (São Paulo, 1978) e que dá maior ênfase à integração do texto legal na “estrutura global do ordenamento”, conciliando as normas eventualmente conflitantes com a finalidade de preservar o modelo jurídico. Dentro dessa orientação, perde importância o fato de não se referirem alguns artigos ao “órgão especial”, pois o que deve prevalecer, em virtude do elemento teleológico e dentro do contexto sistemático, é a idéia de uma “substituição institucional do Plenário” pelo “órgão especial” no caso de tribunais que tenham mais de vinte e cinco desembargadores. Tal institucionalização não foi concebida como uma substituição parcial ou um meio de dividir competência, mas sim como uma forma adequada de preservar a unidade de comando nos tribunais, a continuidade dos seus serviços administrativos e a celeridade das suas decisões, evitando-se os perigos e as delongas da chamada “solução assemblear”, como bem salientado no mencionado parecer do professor MIGUEL REALE.

25. Do mesmo modo que, na interpretação das convenções entre particulares, a intenção das partes deve prevalecer sobre o sentido literal da linguagem (art. 85 do Código Civil), na compreensão dos textos legais não há como deixar de atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, conforme determina o art. 5º da Lei de Introdução.

26. Assim sendo, como bem ensina FRANCESCO FERRARA:

“A interpretação jurídica não é semelhante à interpretação histórica ou filológica que se aplica aos documentos e que esgota a sua missão quando acha um dado sentido histórico, sem curar depois se é exato ou não, harmônico ou contraditório, completo ou deficiente. Mirando à aplicação prática do direito, a interpretação jurídica é de sua natureza essencialmente teleológica.

O jurista há de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua atuação prática; a lei é um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e, portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela” (*Interpretação e Aplicação das Leis*, tradução em língua portuguesa, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1940, pág. 23).

27. Dentro dessa orientação, a interpretação construtiva dos textos constitucionais que podem parecer contraditórios deve ensejar uma solução construtiva que não pode ser absurda, pois deve ser coerente, não ensejando uma dificuldade maior para o bom funcionamento da Justiça, mas, ao contrário, permitindo a celeridade das decisões e a unidade de comando do Poder Judiciário estadual.

28. Neste sentido, o excelente estudo do Desembargador Bruno Affonso de André, publicado pela *Lex*, realça que o “órgão especial” é, na realidade, “um Tribunal completo” e que todas as referências ao *quorum* devem ser entendidas em relação ao “órgão especial” nos Estados nos quais o mesmo funciona. Esclarece, assim, o eminente magistrado paulista que:

“Essa referência ao “voto da maioria dos desembargadores”, para recusa pelo “Tribunal de Justiça”, tem caráter indistinto, podendo aplicar-se a Tribunal Pleno ou órgão especial, observado o inciso V do mesmo art. 144.

A conclusão é lógica, pois os termos do inciso III não limitam os do inciso V; e espelha também a razão jurídica mais adequada, pois do contrário um Tribunal Pleno, em sede administrativa, poderia vetar a promoção de juiz para um numeroso Tribunal de Justiça, enquanto o órgão especial, de composição menor e detentor da competência jurisdicional maior, poderia anular o veto em um mandado de segurança.

Ademais, se o veto do inciso III fosse excluído das atribuições do órgão especial, tornar-se-ia o preceito, *a fortiori*, incongruente com a disponibilidade de desembargadores, que é da expressa competência do órgão especial, conforme o art. 113, § 3º, parte final.

Em verdade, a Emenda nº 7 conservou o inciso III e alterou o inciso V, este condicionante daquele. Isso é tudo. Esdrúxulo seria imputar à Emenda os dislates expostos.

Há referências da Constituição ao órgão especial, em preceitos sobre vitaliciamento de juizes, remoção compulsória ou disponibilidade e recusa a promoção por antiguidade ou merecimento (arts. 113, §§ 1º e 3º, e 144, inciso II, letras b e c).

Tais preceitos revelam a preocupação especial da Emenda nº 7 para com os problemas disciplinares. O que, naturalmente, não implica em que seria mister aludir ao órgão especial no art. 115. A menos que fosse, como de início ressaltado, para excluí-lo de atribuições comuns aos tribunais em geral” (pág. 6).

29. E conclui S. Exª afirmando que:

“O sentido construtivo da Reforma, portanto, confirma a legitimidade do órgão especial para o exercício de todas as atribuições próprias do Tribunal Pleno, ao qual substitui inclusive para eleger os titulares dos órgãos dirigentes” (pág. 13).

30. Finalmente, a douta Procuradoria-Geral da República, no brilhante parecer que proferiu na Representação nº 1.075, reconheceu que cabe ao órgão especial eleger os dirigentes do Tribunal de Justiça.

31. Na realidade, e como bem salientou o Ministério Público, o exercício do voto pelos desembargadores constitui um ato administrativo, e não um ato político, conforme entendimento manso e pacífico da doutrina e da jurisprudência (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 8ª edição, 1981, pág. 637; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, nº 57, pág. 76, e JOSÉ FREDERICO MARQUES, *A Reforma do Poder Judiciário*, 1º volume, pág. 89).

32. Esse caráter não político, mas simplesmente administrativo, da eleição dos dirigentes dos tribunais, explica por que, em vários países de

formação incontestavelmente democrática, não se aplica o princípio do sufrágio universal para a indicação dos dirigentes dos tribunais.

33. A própria inspiração francesa da reforma do Poder Judiciário justificaria a solução dada, pois, na Corte francesa de Cassação, a "Assemblée Plénière" é composta de vinte e cinco juizes, sem interferência dos demais nas suas decisões (*Revue Internationale de Droit Comparé*, 1980, vol. I).

34. Finalmente, o princípio do sufrágio universal não se aplica necessariamente nos tribunais superiores, que, nos países com amplas tradições democráticas, admitem o sufrágio restrito ou outras formas de nomeação, como ocorre nos Estados Unidos, sem que tais procedimentos afetem a independência do Judiciário e as garantias constitucionais asseguradas aos seus membros.

35. Assim sendo, a decisão do Supremo Tribunal Federal vem esclarecer algumas dúvidas suscitadas pela Emenda nº 7 e pela Lei Orgânica da Magistratura, permitindo que o crescimento dos tribunais nos grandes Estados não venha perturbar a sua organização administrativa e o bom funcionamento da Justiça.

36. Embora os argumentos, já que apresentamos, nos levem a concluir que a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao texto constitucional é a melhor, nada impede que se considerem as demais interpretações dadas por outros tribunais do País como também sendo razoáveis, seja nos casos do Rio Grande do Sul e do Paraná, em virtude de suas menores dimensões, que possibilitam o funcionamento simultâneo do órgão especial e do Tribunal Pleno, seja em virtude de fatores históricos que transitoriamente provoquem os mesmos efeitos, como ocorreu no Rio de Janeiro em virtude da fusão.

37. Nas suas informações, o Ex.^{mo} Sr. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo teve o ensejo de salientar a possibilidade de serem aceitáveis, nessa matéria, várias interpretações, desde que as mesmas atendam às finalidades sociais da lei, considerando-se as circunstâncias e particularidades locais.

38. A doutrina tem entendido, tradicionalmente, que ao Regimento Interno cabe estabelecer as normas a seguir na marcha dos trabalhos dos tribunais, assim como as demais disposições concernentes aos serviços de sua economia interna, na palavra autorizada do Ministro CASTRO NUNES (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio, Forense, 1943, pág. 117). Para o eminente magistrado:

"O Regimento pode conter disposições de direito novo no tocante à polícia interna, no desenvolvimento do poder de polícia (**police power**) que é inerente a toda administração autônoma" (*obra citada*, pág. 118).

39. Por sua vez, o Ministro COSTA MANSO, na sua obra sobre o processo de segunda instância, lembra que as origens do Regimento Interno

datam da lei portuguesa de 7-6-1605, que aprovou o relativo à Casa de Suplicação de Lisboa, para, em seguida, ponderar que:

“A economia interna do tribunal, a regulamentação dos atos que escapam às linhas gerais do processo não poderiam deixar de estar a cargo do próprio tribunal, sob pena de se criarem dificuldades gravíssimas, e se estabelecerem conflitos de difícil solução” (COSTA MANSO, *Do Processo de Segunda Instância*, 1923, págs. 68 e 69).

40. Mais recentemente, JOSÉ FREDERICO MARQUES salientou que:

“Cabem no Regimento Interno regras sobre a eleição do Presidente do Tribunal e demais titulares de sua direção, ali estatuindo-se, também, sobre esses órgãos de direção, sua estrutura e composição” (*A Reforma do Poder Judiciário*, vol. I, pág. 249).

41. A própria Constituição vigente reconhece, no seu art. 115, que compete aos Tribunais:

“elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas.”

42. Admite-se, pois, que haja uma certa faixa de liberdade na atribuição das várias funções aos órgãos dos tribunais, sendo tal matéria de competência estadual, desde que não haja violação da Constituição Federal. Conseqüentemente, é possível que normas regimentais distintas possam ser consideradas como apresentando uma interpretação razoável da lei, considerando as dimensões e composições diversas dos vários tribunais do País. Não se trata de área em que se possa determinar a uniformidade de solução para Estados diferentes e tribunais com um número de magistrados que varia substancialmente de uma para outra unidade da Federação.

43. Assim sendo, as várias interpretações razoáveis da Constituição que possam constar dos Regimentos dos Tribunais deveriam poder coexistir, desde que inspiradas em critérios que se coadunem com os fins sociais da lei.

44. Por outro lado, é manso e pacífico, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que a inconstitucionalidade não se presume, devendo, ao contrário, ser comprovado que o ato impugnado conflita aberta e manifestamente com o texto constitucional.

45. CASTRO NUNES, invocando a lição dos constitucionalistas norte-americanos, ensina a este respeito que:

“Daí resulta que as leis do Congresso e os atos de igual força, ainda quando emanados do Executivo, são, quando argüidos de inconstitucionais, presumidamente válidos. Presume-se que a legislatura agiu dentro dos seus poderes constitucionais; de modo que, na dúvida, a Corte se abstém de pronunciar a invalidade do ato. A oposição entre a Constituição e a lei deve ser tal que o juiz experimente uma **clara e forte convicção** — “clear and strong con-

viction" — da incompatibilidade entre ambas existente. Nem se pronuncia a inconstitucionalidade por entender o juiz que a lei repugna à Constituição" (CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio, Forense, 1943, 590).

46. CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT, em excelente monografia, lembra, por sua vez, que não pode ser declarada a inconstitucionalidade sem violação de norma expressa contida no texto constitucional — **express constitutional provisions**. Citando o Senador VERPLANK, diz o eminente constitucionalista pátrio que:

"Somente quando existem disposições constitucionais expressas que limitam o Poder Legislativo e controlam a vontade temporária da maioria, por uma lei permanente e suprema, estabelecida pela sabedoria da nação, pode-se encontrar fundamento sólido e seguro para atribuir às Cortes autoridade de declarar inválido um ato do Congresso" (C. A. LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio, Forense, 2ª edição, 1968, pág. 55).

47. THOMAS COOLEY, o autor que melhor estudou o problema nos Estados Unidos, no seu *Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union* (Boston, Little Brown and Co., 1890), teve o ensejo de examinar a questão, comentando o acórdão da Suprema Corte, no caso **Fletcher C. Pack** e concluindo que:

"The opposition between the Constitution and the law should be such that the judge feels a **clear and strong conviction** of their incompatibility with each other" (pág. 217).

48. Citando o Justice Washington, comenta o mestre do direito público norte-americano que a inconstitucionalidade só deve ser decretada quando a violação da Constituição pela lei é comprovada, além de qualquer dúvida — "until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt" (*ob cit.*, pág. 217). É ainda COOLEY que considera que não pode ser decretada a inconstitucionalidade de uma lei pelo fato de entender o juiz ser ela incompatível com os princípios fundamentais do regime republicano, embora não constantes na Constituição (*ob. cit.*, pág. 202).

49. Também HENRY CAMPBELL BLACK, no seu *Handbook of American Constitutional Law* (2ª edição, West Publishing Co., 1897, pág. 63, nº 43), esclarece a este respeito que:

"A statute cannot be declared invalid because it is opposed to the principles of natural justice or the supposed spirit of the Constitution."

50. Parece-nos, assim, que a decisão proferida pela Corte Suprema, que, pela ampla maioria de 8 votos contra 2, reconheceu a constitucionalidade do Assento nº 522 do Tribunal de São Paulo, não significa necessariamente que devam ser consideradas inconstitucionais as soluções divergentes adotadas em outros Estados, devendo ser ponderadas as condições locais de cada unidade da Federação.

O recurso extraordinário e a argüição de relevância da questão federal

ANA MARIA GUELBER CORRÊA

Técnico Judiciário do Supremo Tribunal
Federal, Bacharel em Direito pela Fa-
culdade de Direito da U. F. de Juiz de
Fora — MG

- 1 — *Origem do recurso extraordinário;*
- 2 — *Competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal;*
- 3 — *O recurso extraordinário no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;*
- 4 — *Admissibilidade do recurso extraordinário;*
- 5 — *Prazo para interposição do recurso extraordinário;*
- 6 — *A argüição de relevância da questão federal;*
- 7 — *Conclusões finais.*

1. *Origem do recurso extraordinário*

O recurso extraordinário brasileiro tem sua origem no direito americano, correspondendo neste ao *writ of error*.

A Constituição dos Estados Unidos da América não cogitara do recurso extraordinário, no tocante às decisões das justiças locais. Foi

a lei judiciária de 1789, o *Judiciary Act*, que estendeu o *writ of error* às decisões definitivas dos Tribunais Superiores dos Estados, permitindo à Suprema Corte a revisão destas decisões.

A expressão "recurso extraordinário" foi empregada, pela primeira vez, no art. 24 da Lei nº 221, de 1894, sendo a denominação inserida na Constituição de 1934, que, em seu art. 76, 2, III, dava à Corte Suprema competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância.

Segundo SÉRGIO BERMUDEZ, "a denominação recurso extraordinário adveio do fato de que, através dele, a justiça federal intervém, excepcionalmente, nas decisões da justiça estadual, restringindo-lhe a autonomia" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, nº 226, págs. 238-239).

O mesmo autor, citando PONTES DE MIRANDA, comenta:

"A função do recurso extraordinário, cuja instituição decorre da forma federativa de Estado adotada entre nós, na qual os Estados-Membros, autônomos e não soberanos, estão jungidos à observância da legislação da União, é a de resguardar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais" (obra citada, nº 228, pág. 241).

Disciplinado na Constituição Federal, independente, portanto, do ponto de vista substantivo, de qualquer legislação ordinária, decorre daí a natureza especial do recurso extraordinário. As leis processuais apenas podem reger a forma e o tempo para o recurso.

Esclarece CASTRO NUNES que a razão de ser do recurso extraordinário é "a autoridade, a preeminência e a eficácia do direito federal" (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pág. 317).

2. Competência recursal extraordinária do STF

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 conferiu ao Supremo Tribunal Federal poderes relevantes para estabelecer, no seu Regimento Interno, a competência do Plenário e das Turmas e a composição destas.

A Constituição vigente situa, também, na competência regimental da Suprema Corte estabelecer o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal (art. 119, III, § 3º, c).

Ao Supremo Tribunal Federal, portanto, cabe dispor em seu Regimento Interno sobre a observância de sua jurisprudência e disciplinar a admissão e o processamento dos recursos ou petições que lhe forem dirigidas. Valendo-se de sua competência, o Supremo pode regular o

processo do recurso extraordinário e demais recursos a ele interpostos, perante outros Tribunais estaduais e federais.

Segundo dispõe o art. 119, III, *a*, da Constituição Federal, cabe o recurso extraordinário quando a decisão recorrida for contrária a dispositivo da Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal.

Interpretando esse dispositivo constitucional, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 45.255, o Ministro Prado Kelly sustentou a tese da equivalência entre “negar vigência” e “negar aplicação”:

“A nova cláusula “negar vigência” equivale à da Constituição de 1891, “negar aplicação”, isto é, deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto.”

É a opinião de EPITÁCIO PESSOA, pelo Ministro-Relator invocada:

“O recurso deve ser admitido não só quando a justiça local decide contra a validade de lei federal, mas também quando deixa de aplicá-la a um caso que ela expressamente regula” (RTJ 43/666).

O recurso extraordinário caberá, pois, quando na controvérsia não for aplicado o dispositivo que a resolveria, em caso de sua aplicação; será também cabível, em hipótese oposta, quando aplicado, num caso em que é verdadeiramente inaplicável.

Se surgem diversas interpretações no sentido da aplicação do dispositivo legal ou da lei federal correta à questão, o recurso não tem cabimento, por aplicação da Súmula nº 400, que expressa:

“Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza o recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III, da Constituição Federal” (atual art. 119, III, *a*).

A respeito da Súmula nº 400, transcrevemos trecho do voto do Ministro Moreira Alves proferido nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 76.555, do qual foi Relator o Ministro Antonio Neder:

“Por que há a Súmula nº 400? Porque parte da doutrina sustenta que, quando se ataca uma decisão pela letra *a*, ainda que aquele artigo invocado como violado não tenha nada que ver com a questão discutida, o Supremo Tribunal Federal tem de conhecer do recurso, e negar-lhe provimento. O Supremo, porém, não procede assim, mas sempre considerou, contra votos, inclusive de Filadelfo Azevedo, que, quando se tratar de negativa de vigência de lei, na questão de conhecimento já se examina se a arguição se cinge à interpretação de lei. E, se a interpretação é razoável, ou seja, não aberrar da razão, não conhece do recurso, por inexistência de negativa de lei federal.

Por isso é possível que, sem ser contraditório, o mesmo Ministro, julgando recursos diversos, considere razoáveis interpretações diferentes da mesma lei. Ele não se manifesta favorável ou contrariamente a nenhuma delas — isso é mérito, e seu exame só poderia ocorrer se conhecido o recurso —, mas apenas declara que nenhuma delas sai do âmbito da razoabilidade para entrar no terreno da negativa de vigência, que é o pressuposto do recurso extraordinário pela letra *a*” (*RTJ* 92/1.134).

A contrariedade a dispositivo da Constituição ocorre quando a decisão se apresenta inconciliável com a norma constitucional, ou seja, implica, de forma direta ou indireta, ofendê-la ou violá-la.

A respeito do sentido de contrariedade à Constituição, assim se manifestou o Ministro Moreira Alves no julgamento do Recurso Extraordinário nº 81.429, cujo Relator foi o Ministro Cunha Peixoto:

“Contraria-se não apenas negando vigência, mas também dando interpretação menos exata. Em se tratando de dispositivo constitucional, não é cabível o recurso extraordinário para examinar, se correta, ou não, a interpretação que as instâncias ordinárias lhe deram. Não fora assim, e deixaria o STF de ser o sumo intérprete da Constituição, e, conseqüentemente, o guardião de sua observância” (*RTJ* 89/878).

Se se suscitar no recurso extraordinário que a decisão recorrida contrariou dispositivo da Constituição, deve-se fundamentá-lo o bastante para se permitir a exata compreensão da controvérsia, sob pena de se aplicar a Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal:

“É inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Nos termos da alínea *b* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, caberá recurso extraordinário quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Admite-se, pois, o recurso extraordinário fundamentado na letra *b* se a decisão declara incompatíveis com a Constituição Federal os tratados e as leis federais aplicados à causa. Ao contrário, decisão fundada em constitucionalidade não comporta recurso por esse fundamento.

Segundo PONTES DE MIRANDA, “o que se exige é: *a*) que haja duas regras jurídicas federais (primeiro pressuposto); *b*) que haja choque entre elas (uma contradiga a outra), o que perfaz o segundo pressuposto; *c*) que a decisão haja sido pela invalidade de uma” (*Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, pág. 115).

É de se esclarecer, por conseguinte, que a decisão que comporta recurso extraordinário pela letra *b* não é a que declarou a inconstitu-

cionalidade, e sim aquela que, à luz dessa decisão, julgou a causa no seu mérito. Nesse sentido, há, na jurisprudência do STF, a Súmula nº 513, que dispõe:

“A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas), que completa o julgamento do feito.”

Caberá também o recurso extraordinário, nos termos da alínea c do inciso III do art. 119 da Constituição, quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal.

A expressão “ato do governo local” deve ser entendida aí como atos dos poderes locais, compreendidos nestes os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou de algum órgão de cooperação governamental.

O recurso extraordinário nessa hipótese deve ser interposto não da lei local ou do ato do governo local, mas sim da decisão que deu pela sua validade, contestada em face da Constituição ou de lei federal.

A divergência há de ser entre atos do governo local e a Constituição ou leis federais; divergência entre aqueles e as leis locais ou a Constituição estadual não comporta recurso extraordinário.

Pelo fundamento da alínea c, a arguição de inconstitucionalidade deve ser razoável, nos termos da Súmula nº 285:

“Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra c do art. 101, III, da Constituição Federal” (atual art. 119).

A alínea d do art. 119, III, da Constituição Federal, admite a interposição de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal, ou o próprio Supremo Tribunal.

O objetivo do recurso extraordinário fundado nesta alínea é a uniformidade de interpretação do direito federal.

A divergência deve ocorrer entre Tribunais distintos ou entre estes e o próprio Supremo Tribunal. Se se fundamentar o recurso em acórdãos divergentes originários de órgãos do próprio Tribunal, não se conhece do recurso extraordinário, por aplicação da Súmula nº 369 do STF:

“Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial.”

No que respeita à divergência com decisão do Supremo Tribunal, deve-se atentar para a observância dos termos da Súmula nº 286, que expressa:

“Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial quando a orientação do Plenário já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Aplica-se também o enunciado contido na referida Súmula se as duas Turmas do STF passaram a decidir posteriormente no mesmo sentido — RE nº 89.286 (RTJ 92/330).

3. *O recurso extraordinário no RI-STF*

O art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal, nos limites do art. 119, § 1º, da Constituição Federal, em seus incisos de nºs I a IX, enumera as hipóteses do não-cabimento, em tese, do recurso extraordinário, ressaltando a ocorrência de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal ou relevância da questão federal.

Essas limitações impostas pelo Regimento Interno, para o cabimento do recurso extraordinário, não se aplicam quando se interpõe o apelo com supedâneo no art. 119, III, alíneas b e c, da Constituição Federal, uma vez que o § 1º do mesmo artigo da referida Constituição somente faz alusão às alíneas a e d.

O Supremo Tribunal tem como inadmissível o recurso extraordinário, em matéria cível, nos litígios decorrentes de acidente de trabalho, das relações de trabalho dos servidores com a União, autarquia ou empresa pública (art. 110 da CF), da previdência social e da relação estatutária de serviço público, civil ou militar, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental, bem como nos mandados de segurança que versarem sobre essas matérias; na ação rescisória, quando julgada improcedente; nas ações que a lei submeter a procedimento sumaríssimo, nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, salvo os de depósito, de usucapião de terras particulares, de divisão e demarcação, quando discutido o domínio, de inventário e partilha e de embargos de terceiro; nos processos cautelares e medidas provisionais concedidas ou indeferidas liminarmente na ação principal; nos procedimentos enumerados no art. 1.218 do Código de Processo Civil, salvo os concernentes à dissolução e liquidação de sociedades, bem como nos mandados de segurança que versarem sobre essas matérias; nas execuções por título judicial, bem assim nas por título extrajudicial, a partir da avaliação, inclusive; sobre questões de direito processual civil relativas a representação judicial das partes, despesas e multas, competência relativa, impedimentos e suspeição, forma e lugar dos atos processuais, intimação e notificação, nulidades não cominadas, valor da causa, suspensão e extinção do processo sem julgamento do mérito, quando não obstarem

a que o autor intente de novo a ação, cabimento de recurso e ordem dos processos no Tribunal, bem como nos mandados de segurança que versarem sobre essas matérias; nas ações rescisórias de decisões proferidas nos processos supra-referidos e nos mandados de segurança quando não julgarem o mérito.

A restrição constante do inciso VIII do Regimento Interno trata especificamente do não-cabimento do extraordinário, em decorrência da alçada.

Se, ao tempo em que foi ajuizada a ação, o valor declarado na petição inicial não ultrapassou de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País e as decisões nas instâncias ordinárias foram uniformes, não cabe o recurso extraordinário para o Supremo, salvo ocorrendo alguma das excludentes referidas no artigo 325 citado.

Pela mesma forma, não cabe o recurso extraordinário se o valor dado à causa não exceder de 50 vezes o maior salário mínimo e as decisões nas instâncias tenham sido divergentes, ou sujeitas a instância única.

Excluem-se da limitação à alçada as ações relativas à capacidade e ao estado das pessoas, por se tratarem de causas de valor inestimável.

Julgando o RE nº 84.996, cujo Relator foi o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, assim se manifestou a Corte:

“Recurso extraordinário. Pretensão de valor inferior à alçada. Inexistência de arguição de ofensa à Constituição Federal. Relevância da questão federal não argüida por forma adequada. Recurso extraordinário não conhecido” (RTJ 82/273).

No que concerne à fixação do valor da causa, o Supremo Tribunal já decidiu que:

“O valor da causa, para efeito de determinação da alçada regimental, é o fixado na petição inicial, se não houve impugnação” — RE nº 89.975 (RTJ 93/808).

Nessas hipóteses, o recurso extraordinário é manifestamente inadmissível, salvo se ocorrer uma das ressalvas do *caput* do art. 325 do Regimento Interno: “ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal”.

4. *Admissibilidade do recurso extraordinário*

O recurso extraordinário só é admissível das decisões de única ou última instância, depois de exauridas todas as possibilidades de reexame pela justiça local.

Desta forma, não comportam recursos as decisões proferidas por maioria de votos, se a parte, podendo opor embargos, não os manifestou.

Haja vista o recurso extraordinário em matéria trabalhista; somente é cabível na hipótese do art. 143 da Constituição Federal, das decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho não comportam recurso extraordinário, uma vez que não se esgotou a instância; cabe, sim, recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse sentido assim se manifestou o Supremo Tribunal, no julgamento do RE nº 88.035:

“Trabalho. Recurso extraordinário em matéria trabalhista. Decisão de Tribunal Regional. Em face do artigo 143 da Constituição Federal, não cabe recurso extraordinário de decisão proferida por Tribunal Regional do Trabalho” (RTJ 93/734).

No recurso extraordinário abre-se uma instância, cujo fundamento precípua é a preservação do direito federal. Discute-se apenas matéria de direito, sendo incompatível com a natureza do extraordinário a tutela do interesse das partes, o reexame da matéria fática. Nesse sentido a Súmula nº 279:

“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

No julgamento do RE nº 84.699, cujo Relator foi o Ministro Cunha Peixoto, assim se manifestou o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin:

“Não cabe ao STF, sob color de “valorar a prova”, reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ter como provado o que a instância local disse não estar. Seria, indubitavelmente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação, para reapreciação de provas (que se consideram mal apreciadas) quanto a fatos da causa” (RTJ 86/558).

A admissibilidade do recurso extraordinário prende-se, também, ao requisito do pré-questionamento da questão federal. Nesse sentido o verbete da Súmula nº 282:

“É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

PONTES DE MIRANDA comenta:

“Quem interpõe recurso extraordinário necessariamente entendeu o ponto ou os pontos da decisão de que recorreu. Se os não houvesse entendido, teria de opor os embargos de decla-

ração. Se o não fez, foi porque apanhou o sentido (ou pensou tê-lo apanhado) e com esse sentido é que se há de interpretar o próprio recurso.

Pode dar-se que o recorrente tenha emprestado à decisão sentido que ela evidentemente não tem e o seu recurso se haja baseado nisso. O Supremo Tribunal não pode conhecer do recurso, diante da evidência do texto sentencial, sem que a tal atitude se atribua declaração da sentença" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, pág. 146).

5. Prazo para interposição do recurso extraordinário

O prazo para interposição do recurso extraordinário, em matéria cível, é de 15 dias (art. 542 do Código de Processo Civil).

Regra geral, os prazos são contínuos e peremptórios, suspendendo-se, contudo, pela superveniência das férias ou ocorrendo obstáculo judicial criado pela parte (arts. 179 e 180 do CPC).

Contudo, o princípio da continuidade dos prazos comporta exceções.

Deparamo-nos com uma situação especial relativamente à suspensão do prazo no recurso extraordinário. Com o advento da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79), que influiu decisivamente na questão de prazo, já que dispõe, de forma rígida, sobre as férias coletivas dos Tribunais, é preciso distinguir, porém, duas hipóteses: 1) recurso extraordinário interposto anteriormente à vigência da LOMN e 2) recurso extraordinário interposto sob sua vigência.

Se o acórdão recorrido foi publicado antes da vigência da LOMN, já constitui jurisprudência firmada pelo Plenário da Corte, no julgamento dos embargos no Recurso Extraordinário nº 87.262, que o prazo para interpor recurso extraordinário flui no período de férias coletivas e não se suspende pela superveniência das mesmas, já que a petição de interposição é dirigida aos Presidentes dos Tribunais, que não gozam férias neste período, ou, se o fazem, são substituídos, permanecendo, pois, em funcionamento as Secretarias.

Na outra hipótese, se a decisão recorrida foi publicada após a vigência da LOMN, não corre o prazo em férias. Nesse sentido encontram-se decididos os Recursos Extraordinários n.ºs 94.537-7 e 94.654-3.

Outra hipótese que a lei processual aponta como forma de suspensão de prazo é a interposição de embargos declaratórios.

Interpostos, tempestivamente, embargos declaratórios ao acórdão do qual se recorrerá, fica, automaticamente, por força do art. 538 do CPC, suspenso o prazo para interposição do recurso extraordinário, que reinicia sua contagem, quanto ao restante, no dia seguinte à publicação

do acórdão dos embargos declaratórios, excluindo-se, pois, do cômputo o *dies a quo*, por aplicação da regra do art. 184 do Código de Processo Civil.

Esse é o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 92.871-6, publicado no *Diário da Justiça*, de 29-5-81, assim ementado:

“Prazo Recursal — Critério para sua contagem quando interpostos embargos de declaração — Recurso extraordinário em que se alega negativa de vigência do art. 530 do Código de Processo Civil.

No reinício da contagem do prazo para recurso, suspenso pela interposição de embargos de declaração, aplica-se o princípio estabelecido no art. 184 do CPC, com a exclusão do dia em que se deu a intimação da decisão proferida nos embargos.

Preliminar de intempestividade do recurso extraordinário rejeitada por maioria.

Recurso extraordinário que, no mérito, não foi conhecido, pela inexistência de negativa de vigência do art. 530 do CPC, já que o acórdão embargado decidiu a matéria questionada, pertinente ao *quantum* da corretagem objeto da condenação (unânime).”

A interposição dos embargos somente suspende o prazo a favor de quem os ofereceu. Daí a manifestação do Ministro Cunha Peixoto no julgamento do RE nº 79.740 (*RTJ* 80/807):

“É jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal que a interposição de embargos declaratórios somente suspende o prazo para recurso em favor da parte que os ofereceu. Precedentes: RREE n.ºs 59.867 e 69.398 — *RTJ* 39/335.”

6. A arguição de relevância

A arguição de relevância da questão federal é uma excludente de inadmissibilidade do recurso extraordinário.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar o seu processamento, impõe que a arguição de relevância seja formulada na petição de recurso extraordinário, “em capítulo específico e destacado”, onde se justifica, de forma sucinta, o cabimento da arguição, por se tratar de hipótese compreendida nas restrições do art. 325 (inciso I, art. 328).

Portanto, a arguição de relevância pressupõe a existência de recurso extraordinário; não se pode deixar de interpor recurso extraordinário, limitando-se apenas a suscitar a relevância da questão federal.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 90.155 (AgRg), a egrégia Primeira Turma, tendo como Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, apreciando hipótese apenas de argüição de relevância, sem existência de petição de recurso extraordinário, assim se manifestou:

“A argüição de relevância não constitui meio de impugnação de decisão judicial, não podendo fazer as vezes de recurso extraordinário que se deixou de interpor. Agravo regimental não provido.”

Quando é relevante a questão federal, nenhuma norma o diz; contudo, a relevância deve ser considerada sob o ângulo do interesse público que reveste a causa, capaz de assegurar soluções adequadas das questões de interesse nacional.

Assim se manifestou o Ministro Evandro Lins e Silva:

“A relevância é uma pré-condição ou pré-requisito do recurso. Pode haver negativa de vigência da lei ou decisão divergente de interpretação do próprio STF e a causa não ser considerada relevante, a ponto de exigir a correção extraordinária.”

E continua:

“Dentro de um conceito genérico, a causa é relevante quando traz, em si mesma, um interesse público ou encerra uma garantia fundamental do cidadão” (*Revista dos Tribunais*, vol. 485, págs. 11 e segs.).

O exame da argüição de relevância é privativo do Supremo Tribunal Federal. O art. 327 do Regimento Interno diz, textualmente:

“Ao Supremo Tribunal Federal compete privativamente, em sessão de Conselho, o exame da argüição de relevância da questão federal.”

A argüição de relevância processa-se por instrumento. Esse instrumento conterá as peças que o recorrente considerar essenciais, além das obrigatórias exigidas pelo art. 328, II, do Regimento Interno, e, ainda, a resposta do recorrido.

Formado o instrumento, será encaminhado ao Supremo Tribunal em dois exemplares (art. 328, VI).

No Supremo Tribunal Federal a argüição de relevância é apreciada em sessão de Conselho, com a presença apenas dos Ministros da Casa. Não há Relator e a apreciação não comporta pedido de vista, dispensa motivação e é irrecurível, publicando-se apenas para ciência das partes a relação das argüições acolhidas e rejeitadas.

Constituindo, pois, a arguição de relevância uma excludente da inadmissibilidade do extraordinário, somente deverá ser interposta nos casos em que o recurso extraordinário é manifestamente inadmissível. O seu acolhimento não implicará o ulterior conhecimento do recurso pela Turma ou Plenário — art. 328, X, do Regimento Interno (RE nº 93.128-7).

A arguição de relevância é, pois, um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, quando interposto nas hipóteses em que, por si só, esse recurso é incabível.

Apreciando preliminarmente a relevância, o Supremo Tribunal decidirá se a causa é relevante ou irrelevante a ponto de comportar, ou não, apreciação extraordinária, independentemente do seu valor, da sua natureza ou da sua espécie.

Neste ponto trazemos o pensamento do Ministro Evandro Lins, quando diz:

“Num exame prévio, o Tribunal dirá se há ou não há relevância à sua discricção. Órgão máximo do Poder Judiciário, o STF decidirá, dentro de sua dupla função, política e judiciária, com o seu elevado discernimento, quais os casos que comportam ou sugerem a sua intervenção.

Ao tino, à circunspecção, à sabedoria, à sensatez dos juizes do STF fica a interpretação do que é relevante, ou seja, aquilo que merece ou exige o seu exame e o seu julgamento” (*ob. cit.*).

O Supremo Tribunal Federal, nos termos da Resolução de 15-9-77, em sessão de Conselho, resolveu ser incabível a arguição de relevância da questão federal nos recursos interpostos das decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho, com fundamento, respectivamente, nos arts. 139 e 143 da Constituição Federal, cabendo, pois, ao Presidente dos Tribunais indeferir, liminarmente, o pedido de processamento da arguição de relevância, caso formulado.

7. *Conclusões finais*

Uma relevante alteração introduzida no atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi incluir a Súmula do Supremo Tribunal como causa excludente do obstáculo regimental, para o conhecimento do recurso extraordinário.

No tocante à relevância da questão federal, muitos propugnam pela existência de motivação na deliberação do Conselho sobre relevância ou irrelevância, para se formar uma jurisprudência acessível a todos os interessados, que nela encontrariam precedentes todas as vezes que tivessem de arguir a relevância da questão federal.

O Tribunal de Contas, os limites da “res veredicta” e o contencioso administrativo

MARQUES OLIVEIRA

Advogado, Administrador e
Conselheiro substituto do Tribunal de
Contas do DF

1. Os Tribunais de Contas

Assim como o produto final da função jurisdicional é a *coisa julgada, res judicata*, para a função controle teremos a *coisa controlada, res veredicta*.

Talvez a primeira pessoa que se pronunciou *ex cathedra* quanto à autonomia do controle face ao Legislativo (e *a fortiori*, face ao Judiciário e ao Executivo) seja o Conselheiro HERACLIO SALLES, a propósito das contas gerais do Governo do Distrito Federal, do exercício de 1973. Seu esclarecido, lúcido e instrutivo voto, publicado na *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, nº 4, pp. 121-43, reiterando o Parecer prévio, oferecido ao Senado, nos dá valioso subsídio para confirmar nossa opinião a respeito da existência de uma *res veredicta*.

As divergências possíveis do nosso ponto de vista explicam-se todas pelo fato de estar o Conselheiro HERACLIO discorrendo *de lege lata*, ao passo que nós falamos *de lege ferenda*. No campo doutrinário, entretanto, há coincidência.

Assim é que nessa importante obra jurídica há referência a dois papéis do Tribunal de Contas: 1) simples auxiliar do Legislativo e 2) auxiliar AUTÔNOMO.

Essa autonomia já fora vaticinada por RUI BARBOSA, acentua o Conselheiro:

Um Órgão e Dois Papéis — “De permeio entre a legislação e a judicatura” é locução que evoca a célebre página com que RUI BARBOSA encaminhou ao Marechal DEODORO, no primeiro ano da República, o projeto do Decreto nº 966-A/90, que criou o Tribunal de Contas, definido pelo grande brasileiro como “corpo de magistratura intermediária à administração e à le-

gislatura". Já aí, nessa página de admirável precisão e pleno domínio de um assunto que ainda hoje confunde homens públicos, juristas e órgãos respeitáveis da opinião, a Corte de Contas aparecia com sua feição dúplice, "com atribuições de *revisão* e *juízo*, cercada de garantias contra quaisquer ameaças", podendo "exercer suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil" (SALLES, Heraclio. "Natureza, autonomia e duplicidade da função dos Tribunais de Contas". *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, nº 4, p. 127, 1976).

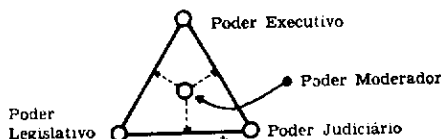
Em citação imediatamente anterior, encontramos um trecho onde AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, comentando o Projeto da Constituição de 1967, no Senado, usa as expressões "de permeio entre a legislação e a judicatura":

"As recriminações levantadas contra os poderes de fiscalização do Tribunal de Contas possivelmente também são procedentes. Não me compete examiná-las; não sou conhecedor desses aspectos financeiros do Direito Constitucional. Conheço-os superficialmente. Entretanto, não me parece seja matéria de grande relevo, visto que a própria natureza da Corte de Contas se insere num terreno de permeio entre a legislação e a judicatura" (*Anais da Constituição de 1967*, 3º volume, p. 55). (*Op. cit.*, *ibidem.*)

Notável, nestas duas citações, é a comparação de duas ubiquações propostas para o Tribunal de Contas. RUI BARBOSA di-lo "corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura". AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO acha que "a própria natureza da Corte de Contas se insere num terreno de permeio entre a legislação e a judicatura".

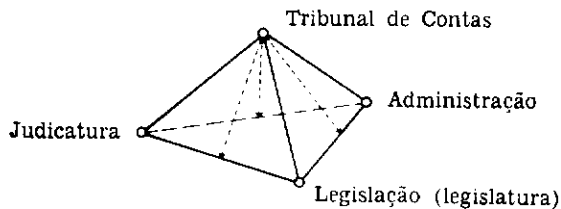
Ora, não é preciso ter muito aguçada a visão espacial para entender que o único modo ⁽¹⁾ de conciliar esses dois pontos de vista é fu-

(1) Na verdade, não é o único. Poderíamos fazer a mesma coisa no plano, assim:



Preferimos a representação estereográfica, entretanto, por achar que já é tempo de trazer, para o campo do direito, a visão espacial, mais adequada para pensamentos realistas. A *res* das ciências sociais conforma-se mais a estereogramas que a gráficos. A química orgânica ganhou amplitude muito grande desde que passou a ser estereognótica. A ciência do direito muito teria a ganhar se os juristas se libertassem de representações bidimensionais. A vantagem do estereograma é que dará a cada poder idêntico *status* gráfico, ao passo que a representação, no plano, determinaria fatalmente que um deles se destacasse antipaticamente dos demais, ocupando o centro da figura.

girmos a uma representação em duas dimensões e concebermos o Tribunal situado em outro plano, num estereograma assim:



Tanto RUI BARBOSA como AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO estão certos em suas localizações do Tribunal e, com essa aparente dualidade de visualizações, estão sugerindo ou desvendando uma outra verdade que não foi dita ainda: a de que o Tribunal de Contas é também órgão a meio caminho entre a Administração e a Judicatura — o que lhe dá, por força de lógica irresistível, o caráter de contencioso administrativo!

A conclusão é matematicamente exata: qualquer órgão que fique a meio caminho do Legislativo e do Judiciário e, ao mesmo tempo, entre o Judiciário e o Legislativo tem de, *necessariamente*, ser também órgão intermediário entre o Judiciário e a Administração. Ora, este último aspecto configura o que, atualmente, chamamos de contencioso administrativo.

Não fosse a trimeromania dos constitucionalistas franceses e certamente o dilema “interferência do Judiciário em questões internas do Executivo ou julgamento em causa própria pelo Executivo” teria sido resolvido não com o contencioso administrativo, mas com um quarto poder, onde houvesse um Tribunal ou Conselho que cuidasse apenas deste tipo de causas entre particulares e o Estado. Este quarto poder teria como produto final a *res veredicta*, que voltamos a examinar.

No claro trabalho que estamos comentando, prossegue o Conselheiro HERACLIO SALLES, logo após ter mostrado a função de meio auxiliar do Legislativo desempenhada pelas Cortes de Contas, dizendo que há um segundo papel que as Cortes de Contas desempenham “por via própria” (é dele a expressão exata):

“Refiro-me ao papel jurisdicional, à competência que lhes confere a Constituição, definida por lei específica, para acompanhar a execução orçamentária no dia-a-dia da administração financeira e velar pela observância estrita do princípio da legalidade, na apreciação de todos os atos da Administração que possam repercutir no comportamento da despesa e da receita, como na posição dos bens, móveis e imóveis, postos sob a guarda dos agentes administrativos (*idem, ibidem*, pp. 128-9).

Caberia, *ab initio*, pequeno reparo quanto ao trecho em que se diz “atos da administração que possam repercutir no comportamento da

despesa e da *receita*" (grifo nosso). Parece que os Tribunais de Contas pouco controle têm, se é que têm algum, sobre a receita. A única referência que se encontra, na Constituição, relacionando controle e receita, conforme já apontamos em outro trabalho, está no art. 71 e diz respeito ao controle INTERNO:

"Art. 71 — O Poder Executivo manterá sistemas de controle interno, a fim de:

I — criar condições indispensáveis para assegurar eficácia ao controle externo e regularidade à realização da *receita* e da *despesa*;

....."

No art. 70 e seus parágrafos, em nenhum lugar se diz que o controle *externo* tenha algo a ver com a realização da receita...

Feita esta observação, vejamos que vem a ser essa "função jurisdicional" do Tribunal de Contas — segundo o Conselheiro HERACLIO SALLES:

"O segundo papel se exerce sem solenidade mas diuturnamente, fazendo-se inspeções, julgando-se as contas de cada um dos ordenadores de despesa, determinando-se medidas corretivas, aplicando-se sanções a responsáveis por irregularidades diversas, examinando-se os empenhos de verbas, acompanhando-se a execução de contratos e convênios, respondendo a consultas das autoridades mais altas, alertando-se os administradores para falhas a corrigir, formulando-se advertências sobre a necessidade de cobertura legislativa para determinados procedimentos, julgando-se atos de aposentadoria, reforma e pensão (*idem, ibidem*, p. 129).

Eis aí relação do que seria a atividade *jurisdicional* do Tribunal de Contas, segundo o autor que estamos estudando. Logo mais adiante, frisa que se trata de atividade *jurisdicional*, e não *judicial*, "para estarmos atentos à distinção terminológica recomendada pelo velho HAURIU". Essa distinção é, na verdade, muito importante e vem muito a propósito. DUGUIT também, quando distingue pontos de vista *material* e *formal* no estudo das três funções básicas do Estado, diz:

"On a souvent confondu le point de vue matériel et le point de vue formel; le législateur lui-même a fait parfois cette confusion. Ainsi on confond souvent la fonction juridictionnelle et la fonction judiciaire. La fonction judiciaire est la fonction que remplissent les fonctionnaires, existant dans la plupart des pays et formant l'ordre dit judiciaire; c'est le point de vue formel. Or l'ordre judiciaire fait aussi beaucoup d'actes qui n'ont pas ce caractère. D'autre part de nombreux actes juridictionnels sont faits par des organes ou des agents qui n'appartiennent pas à l'ordre judiciaire. C'est pourquoi, si l'on veut

être précis et éviter les confusions, il faut dire fonction *juridictionnelle* et non fonction *judiciaire*" (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel: théorie générale de l'État; les éléments, les fonctions, les organes de l'État, les agents publics*. Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1911, p. 131).

Para DUGUIT, que repelia o estudo da constituição do Estado segundo os poderes clássicos (ponto de vista formal) e preferia estudá-lo segundo as funções estatais (ponto de vista material), essa distinção significa que a atividade *judiciária* é a exercida pelos membros do Poder Judiciário. Mas o Poder Judiciário exerce também funções administrativas, funções normativas e funções controlativas, coisa da qual ele se esqueceu.

Aqui, necessário é abrir largo parêntese, de ordem doutrinária e *de lege ferenda*, uma vez que os termos *jurisdicional*, *judiciário*, *jurisdição* e o novo, que propomos, *judicativo* são básicos e fundamentais, deles dependendo o universo de discurso que irá formar-se para trato de assunto tão importante na vida constitucional da Nação.

A famosa distinção terminológica feita por DUGUIT, é sabido, tinha como único objetivo livrar-se da palavra PODER e substituí-la pela palavra FUNÇÃO. Essa idiossincrasia toldou, de certa forma, o pensamento do mestre de Bordéus, mas, de nossa parte, não aceitamos sua distinção e pretendemos substituí-la por outra que achamos científica por ser baseada em conceitos com valor objetivo.

O Poder Judiciário tem, como todos os poderes, sua jurisdição. Jurisdição existe para o Poder Executivo; jurisdição, para o Legislativo; jurisdição, para o futuro Poder Moderador. A palavra jurisdição tem sentidos diferentes encerrados no mesmo vocábulo, é termo equívoco ou plurissignificativo. Para tanto, bastaria que apresentasse um sentido específico para, pelo menos, duas acepções. Opondo-se a essa acepção usada neste parágrafo, temos o termo jurisdição como referente à função de julgar, que se não confunde com a função de administrar em si, nem com a função de controlar, nem ainda com a função de legislar — sendo que nenhuma destas funções aceita em comum o termo jurisdição, a não ser na acepção primeira, a do início deste parágrafo. Nesta acepção, jurisdição é termo análogo. Na de *julgar*, entretanto, é termo unívoco...

Mas, o que nos interessa é o termo *jurisdicional*, usado por DUGUIT e que, certamente, refere-se à *jurisdição* no sentido de *julgar*. Nesse sentido, define FREDERICO MARQUES: "A *jurisdição* é a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão" (2).

Essa função, evidentemente, no nosso ordenamento constitucional, é privativa do Poder Judiciário, não podendo ser realizada por ne-

(2) MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ª ed. revista, Forense, 1962, Rio, vol. I, p. 276.

nhum outro poder, sob pena de ferir o princípio da separação ou divisão de poderes, fundamento da liberdade pública. O princípio do juiz natural (constitucional) parece também ter implicações no caso. E essa implicação é que torna, a nosso ver, absurdo, por exemplo, que o contencioso administrativo, embora acolhido na Constituição, possa ser tarefa do Executivo. Se, por outro lado, achar-se que o fato de o contencioso administrativo ser da competência do Executivo não vem ferir o princípio do juiz natural, então é forçoso concluirmos que o contencioso administrativo não executa função jurisdicional, conforme sustentamos sempre...

Mas, como dizíamos, se a função jurisdicional é privativa do Poder Judiciário, concluimos que tanto faz dizer-se função jurisdicional como função judiciária, sendo estes termos sinônimos, por faltarem-lhes a diversidade. Entretanto, DUGUIT quer fazer uma distinção entre todas as atividades executadas pelo Poder Judiciário (que ele curiosamente chama de Ordem Judiciária...) e a própria atividade de julgar, atividade esta que pode ser executada também por outros poderes (p.e., os procedimentos administrativos, nos inquéritos administrativos, são julgamento, e estes inquéritos administrativos podem ser realizados tanto no âmbito do Executivo, como do Legislativo, como ainda no próprio Poder Judiciário!)

Achamos que uma distinção tem seu cabimento e deve ser feita. Mas não como pretendeu DUGUIT chamando de função *jurisdicional* à primeira e função *judiciária* à segunda. E isso, por uma razão (entre outras mais, possíveis) muito especial: haveria casos em que teríamos de dizer função jurisdicional da ordem judiciária e função jurisdicional da ordem administrativa, por exemplo. E em que ficaríamos? Em que a decisão da função jurisdicional da "ordem" administrativa poderia ser submetida à função jurisdicional da "ordem" judiciária quando houvesse lesão de direitos subjetivos. A economia terminológica está gravemente prejudicada pelo atropelo entre "jurisdicional", "ordem" e "judiciário"...

Para evitar isso, pensamos que o melhor seria, em primeiro lugar, voltar a empregar quer jurisdicional, quer judiciário, como sinônimos perfeitos para "atividade jurisdicional do Poder Judiciário". Como, entretanto, todos os poderes têm atividades que se caracterizam pela função de julgar, criamos um termo geral para essa *fonction de juger* comum a todos os poderes, batizando-a de função judicativa. Assim, posso falar em função judicativa do Executivo, função judicativa do Legislativo, função judicativa do Poder Moderador. Mas não diria função judicativa do Judiciário, como um todo, ou como poder, e sim função judiciária ou função jurisdicional. Eis uma distinção terminológica realmente esclarecedora. Essa distinção, além de separar bem nitidamente os sentidos dos termos, tem ainda a vantagem de não chamar de função *judiciária*, p. e., a feitura do regimento interno dos tribunais, que é função *normativa* do Poder Judiciário. Na distinção proposta por

DUGUIT, tudo que fosse executado por qualquer membro ou funcionário do Poder Judiciário seria função judiciária, o que, convenhamos, é imprecisão vocabular de primeira grandeza...

Assim é que teríamos, para cada função extra realizada por funcionários do Judiciário, um nome exato e preciso: função normativa do Poder Judiciário; função controlativa do Poder Judiciário; função administrativa do Poder Judiciário.

Finalmente, como finura suplementar, teríamos isto — que nos parece importante vantagem da terminologia que propomos: quando o Poder Judiciário realizasse em seu âmbito um inquérito administrativo para apurar falta de funcionário seu, poderíamos dizer que, nesse caso, exerceu sua função judicativa tão-somente. Que quererá dizer isso? Quererá dizer que o pronunciamento final desse inquérito administrativo pode, ocasionalmente, ferir direito subjetivo do seu próprio funcionário, quando, então, este recorrerá ao Poder Judiciário (nessa qualidade de Poder Judiciário) e apelará para a função jurisdicional (ou judiciária) por ele exercida. Perguntamos: como dizer a mesma coisa em linguagem *duguitiana*? Poderíamos dizer, sem confusão, que o funcionário do nosso exemplo foi julgado num inquérito administrativo judiciário e, depois, num julgamento jurisdicional? Mas esse julgamento *jurisdicional* não seria também um julgamento *judiciário*, por pertencer à esfera judiciária? E toda a jurisdição do Poder Judiciário não seria também judiciária? Como vemos, na linguagem de DUGUIT temos uma função “jurisdicional judiciária”, mas falta o que chamo de função judicativa judiciária. Ainda mais: falar em função jurisdicional, fora do Judiciário, executada por outro poder, soa descabido e certamente dá margem a confusões em assunto tão delicado, onde a precisão terminológica é a primeira garantia de acerto final.

Mais precisa e mais simples é nossa terminologia: função judicativa é a função de julgar; função jurisdicional ou judiciária é a função, privativa do Judiciário, de aplicar o direito em última instância, toda vez que houver lesão a qualquer direito subjetivo. E, ainda, função judicativa do Judiciário, quando julgasse um funcionário seu em inquérito administrativo.

Após as considerações até aqui feitas, pensamos poder responder a uma pergunta de DUGUIT: *Qui'est ce que donc que juger?* ⁽³⁾. Em primeiro lugar, fazemos uma distinção entre julgar simplesmente, de maneira geral e que pode ser aplicada tanto ao julgamento feito por um pai, no âmbito familiar, como ao julgamento que todos os poderes realizam quando exercitam a função judicativa; e julgar como última

(3) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. premier: Théorie Générale de l'État (les éléments, les fonctions, les organes de l'État, les agents publics), Fontemoing & Cie., Paris, 1911, p. 267.

instância inapelável, com força de *res judicata*, por comando constitucional.

Julgar, *latissimo sensu*, é constatar a atuação de um ou mais sujeitos de uma ordem normativa para apurar-lhes a responsabilidade e aplicar-lhes, se for o caso, a sanção cominada pela norma. Esta definição serve para toda e qualquer atividade judicativa, seja esta exercida por particular ou por funcionário competente, nas respectivas órbitas de autoridade. O vocábulo judicativo, que propomos, é vernáculo e exprime com fidelidade o que se quer dizer com atividade de julgar, simplesmente. A etimologia nos mostra isso:

JU-DIC, arbitrar, decidir, lat. aglutinada. De *ju-s* e *Dic-o*. Em: *a*) *ju-dic-i-ário*, *ju-dic-i-ar*, *ju-dic-ial* (Cf. o latim, *ju-dic-i-um*); *b*) *ju-dic-at-ura*, *ju-dic-at-ivo*, *ju-dic-at-ório* (Cf. o partic. *ju-dic-at-um*). Perde o *d* em juiz (do lat. *ju-d-ex* e s. d. *ju-i-z-o*, *pre-ju-iz-o*, *a-ju-iz(o)-ar*. Corrompe-se em JU em *ju-lg-ar*(*) (do lat. *ju-dic-are*) e s. d. *ju-lg-a(r)-mento*, *ju-lg-a(r)-ado* — Vid. *Dic*.

IVO — sufixo que designa:

(*a*) Ação: imitativo (que imita); caritativo (que pratica a caridade);

(*b*) Qualidade: festivo;

(*c*) Efeito: recitativo, objetivo.

Precede-o, quase sempre, o infixo eufônico ou letra adventícia *t*: *cura(t)ivo*; *compara(t)ivo*. Conquanto de formação erudita, tende a popularizar-se (GÓIS, Carlos. *Dicionário de Afixos e Desinências*. 4ª ed., Paulo de Azevedo & Comp. Ltda., Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, 1946, p. 112).

Julgar, em sentido lato, portanto, é exercer a função judicativa.

Quando, entretanto, no exercício de sua competência constitucional, o Poder Judiciário julga, exercita a função maior jurisdicional (ou judiciária que para nós é a mesma coisa). Essa função maior jurisdicional não deixa de ser judicativa, mas é judicativa especial, tem características e peculiaridades que se não encontram na função judicativa exercida por quaisquer outros poderes, e efeitos que, absolutamente, não se acham potencialmente contidos nas sentenças de quaisquer

(*) Deste há a forma intermediária arcaica *ju-lg-ar* (o *g* representa a permuta do *c*; o *i* é remanescente do *dic*. (GÓIS, Carlos. *Dicionário de Raízes e Cognatos da Língua Portuguesa*. 3ª ed., Paulo de Azevedo & Cia. Ltda., São Paulo, 1945, p. 142.)

outros tipos de julgamento, como, por exemplo, o efeito de coisa julgada, *res judicata*.

Como atividade da função maior jurisdicional, julgar é exercer a jurisdição, *stricto sensu*, ou seja, “aplicar o direito objetivo em relação a uma pretensão”, conforme define JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. citatum*.

Dessas duas definições decorre nitidamente que a função controle nem judica, i.e., nem julga em sentido genérico e amplo, nem jurisdiciona, ou seja, não aplica o direito objetivo a uma pretensão. Controlar, conforme bem intuiu o Conselheiro HERACLIO SALLES, tem essência própria, é realidade ontológica autônoma, capaz de enganar os mais atilados juristas, conforme se vê de suas citações de GIUSEPPE MOFFA, RAUL GRANONI, EDOARDO VICARIO, autoridades essas que ele não hesita em repudiar neste assunto:

“A despeito da autoridade dos autores citados, não se pode incluir o Tribunal de Contas entre os órgãos da Jurisdição, que a tanto levaria atribuir-lhe uma função jurisdicional, tomadas as duas expressões em sentido técnico, na acepção estrita da Ciência do Processo. A própria jurisdição chamada convencional e exercida pelos árbitros, nos termos do Código Civil (arts. 1.043 e 1.044), não é aceita pelos modernos processualistas como jurisdição propriamente dita, pela razão de estarem sujeitas as sentenças proferidas no juízo arbitral (art. 1.045) a homologação pelo juiz, sem a qual não produz qualquer efeito, muito menos adquire a força de *res judicata*. É verdade que as decisões das cortes de contas produzem efeitos e são revestidas de executoriedade, mas no âmbito da administração, não elidindo na maioria dos casos a possibilidade e por vezes a necessidade do pronunciamento do único poder competente para exercer a função estatal de fazer atuar o direito objetivo às hipóteses emergentes das relações entre pessoas” (*op. cit.*, p. 136).

As distinções que fizemos entre atividade judicativa e atividade jurisdicional (ou judiciária, insistimos) parece que têm o condão de destrinçar o juízo arbitral citado pelo Conselheiro e a jurisdição propriamente dita. O juízo arbitral é julgamento, mas exercício, tão-só, de atividade judicativa, que é o sentido geral de julgar, sem as peculiaridades do julgamento como exercício da jurisdição.

Resta, para completar, definir o que seja a função controlativa. E é nossa vez de perguntar: *Qu'est ce que donc que controller?* Embora alertado pelo exemplo de DUGUIT que certamente arrostou o *omnis definitio, periculosa*, quando definiu “julgar”, vamos apresentar uma definição de controle:

CONTROLAR é verificar a conformidade de atuação, de um ou mais sujeitos de uma ordem normativa, aos padrões

morais aplicáveis à espécie, autorizando (4) as atuações teleologicamente conformes a esse padrão e desautorizando os desvios teleológicos, e, neste caso, comunicando ao controlado e a quem de direito o resultado da verificação.

A palavra *verificar* é básica nesta definição. *Verificar* tem como raiz VER, que tem os sentidos de *iluminar* (sânscrito) e de *verdade*. Recorramos, de novo, a CARLOS GÓIS:

VER, verdadeiro. Cf. o adj. lat. *Ver-us, a, um*. Em ver-o e s. c. ver-az, ver-ac-i-dade, ver-as (subst. plural) = cousas verdadeiras, donde as expressões “de veras” e “com todas as veras”, ver-dade e s. c. Nos compostos *vero, veri*; ver-o-ssím-il, ver-í-dic-o, ver-i-fic-ar (*Raizes e Cognatos, op. cit., p. 374*).

Quanto ao sufixo FIC, mais a desinência AR, FICAR, tem o sentido de *fazer*:

FICAR — sufixo vernáculo verbal, oriundo do lat. *ficare*, que por seu turno procede de *facere*, fazer; exprime:

(a) Tornar, fazer; retificar (fazer, tornar reto); falsificar (fazer contravenção); estupidificar (tornar estúpido); solidificar (tornar sólido);

(b) Converter em: eterificar (converter em éter);

(c) Reduzir a: quimificar (reduzir a quimo); quilificar (reduzir a quilo); lapidificar (reduzir a pedra); fluidificar (reduzir a fluido).

É seu equivalente essencialmente vernáculo *fazer*, tanto que ocorrem formas, indistintamente servidas por um e por outro; liquefazer=liquidificar; putrefazer=putrificar (*Dicionário de Afixos e Desinências, op. cit.*).

Como se vê, a atividade de controle é de *verificação*, o que quer dizer: de tornar, converter em, reduzir a, fazer *verdade*.

Observação importante: o controle é atividade vestibular do julgamento, apura a verdade dos fatos, constata situações, localizações, estados, exatamente o que se faz, em todos os julgamentos na sua fase instrutória, no exame das provas trazidas para o processo. Isso é controlar. Só isso. A comunicação aos interessados, que parece finura suplementar, na realidade é a própria justificativa da existência de um

(4) Autorizar e desautorizar, aqui, referem-se ao preciso, etimológico e jurídico sentido de *auctoritas*, do direito romano, que significava “vínculo, garantia, fiança, referendo” do Estado ao ato praticado por funcionário seu dotado de *potestas* (Cf. SILVEIRA, V. César da. *Dicionário de Direito Romano*. São Paulo, Bushatsky, 1957).

controle, pois de que adiantaria um controle que permanecesse secreto, sem que tanto o que errou, ou acertou na sua conformidade ao padrão, como os aptos à correção do desvio nada soubessem a respeito?

Do último parágrafo decorrem duas conseqüências importantes: a primeira é a de que o controle é, de essência, inerte. Ao contrário da atividade jurisdicional do Poder Judiciário, que é inerte, o controle é inerte, ou seja, cessa suas atividades com a verificação dos fatos. A segunda decorrência diz respeito à publicidade de suas conclusões: tanto o que foi controlado como as autoridades capazes de corrigir o desvio teleológico ou reparar as lesões à ordem normativa precisam tomar conhecimento do resultado do controle. Mas há um interessado principal, aquele que, mais que ninguém, tem de saber como seus delegados estão cumprindo o mandato que dele receberam: o povo. O povo precisa estar informado do resultado do controle, quando não por outro motivo, para ter uma indicação de em quem votar ou não votar na próxima eleição, se o cargo em tela for eletivo.

Uma observação que nos parece cabível: não será por constituir atividade vestibular dos julgamentos que tem havido natural confusão entre *controlar* e *julgar*? O controle, conforme já vimos em outro local, entende somente com a *AUCTORITAS* e nada tem a ver com o *IMPERIUM*; assim, os Tribunais de Contas exercem, em sua plenitude, a *auctoritas*, enquanto que o Judiciário exercita o *imperium merum*, do Direito Romano. Ao nosso espírito, entretanto, impõe-se a idéia de que, após a constatação de um desvio, força é corrigi-lo. Mas o que nos escapa, freqüentemente, é que a correção do desvio exorbita da função de controle, podendo quando muito ser sugerida a providência cabível.

A sugestão de uma providência cabível, porém, deve ser entendida como sugestão, apenas. A autoridade competente, ao tomar conhecimento da atividade de controle, pesando a sugestão corretora oferecida, pode tomar outras medidas que julgar mais convenientes ou oportunas. Conveniência e oportunidade são privilégios da administração, é bom atentar para isso. Pode, também, acrescentar às sugestões do Tribunal de Contas outras providências destinadas à perfeita correção do desvio ou a impedir que, de futuro, venham de novo ocorrer. Como também pode... nada fazer.

Neste último caso, o Tribunal deverá, pelo Ministério Público, tomar as medidas que julgar convenientes para acionar o *imperium* estatal a fim de constranger a autoridade a corrigir o desvio. Mas, no instante em que assim age, transfere toda a responsabilidade pelo resultado final, ao Poder Judiciário. E este é livre e soberano para "dizer o direito", julgando. Em outras palavras: a atividade de controle se exaure com a mera imputação; a atividade judiciária se completa com a responsabilização e punição dos infratores ou absolvição dos inocentes, quanto à responsabilidade penal ou civil. Mas o Judiciário não pode julgar

contra a prova dos autos, e a "prova dos autos" já vem pronta, do controle.

Semelhantemente, no chamado contencioso administrativo, a atividade de controle nada mais faz que fixar a posição do Estado perante o indivíduo, seja concedendo-lhe de pronto o que ele, indivíduo, pleiteia, ou negando-lhe, fundamentada e claramente, a pretensão. O indivíduo tem, então, a opção de recorrer ao Poder Judiciário, caso se julgue lesado em seus direitos subjetivos. Entendendo o contencioso administrativo (que para nós não é nem contencioso, nem administrativo) como atividade de *controle* a ser exercida pelo Conselho de Controle Administrativo do futuro Poder Moderador, uma consequência se impõe juridicamente: o recurso ao Judiciário deveria contar apenas com as provas colhidas no âmbito do Conselho de Controle Administrativo, não se entendendo que essas provas fossem desautorizadas pelo Judiciário, nem que outras fossem aduzidas a não ser em caráter excepcionalíssimo, como novas provas, supervenientes.

Resumindo e recapitulando, supomos que nossa definição de *juízo* ajuda a extremar a noção, assemelhada, de *controle*, até aqui confundida freqüentemente. O controle não julga, controla. CONTROLAR é constatar a regularidade ou irregularidade, face a determinados padrões legais e morais, da atuação presente ou pretérita de funcionário ou particular, autorizando-a ou desautorizando-a e, no último caso, eventualmente indicando ao poder competente a providência cabível.

O controle só pode comparar-se à *faculté d'empêcher de MONTESQUIEU*, quando for prévio. Nesse caso, representa REFERENDO ou VETO para o ato ou atividade controlada. VETO ou REFERENDO, juridicamente, são *auctoritas*, em seu preciso sentido romano. O ato praticado sem a *auctoritas* não é ato de Estado, mas ato de particular e como tal deve ser tratado e considerado em seus efeitos. O veto ou referendo não impede o ato, não tem de ser obedecido, por força de *imperium*. Pode ser ignorado; entretanto, nunca será ato válido do Estado, mas de particular.

Sendo controle concomitante, ou sendo *a posteriori*, em ambos os casos pode determinar uma providência corretora do desvio teleológico dos fins legais ou morais — pela autoridade competente —, ou a mera sugestão de providência de reparação, comunicada ao controlado e ao poder respectivo.

O controle distingue-se do julgamento, principalmente por ser atividade inerte, embora não inerte, pois, pode e freqüentemente age de ofício.

De tudo que se disse, concluímos que os Tribunais de Contas pronunciam um *veredito* (vide supra a etimologia) e não exercem a jurisdição. Exatamente como acontece no Júri, onde os jurados são

juízes de fato — ficando o Juiz de Direito vinculado ao seu pronunciamento, não podendo alterá-lo —, também os Tribunais de Contas são soberanos nos seus vereditos.

Se os Tribunais do Judiciário prolatam *sentenças*, os Tribunais de Contas proferem *vereditos*. Para as sentenças temos o efeito da *res judicata*, para os *vereditos* dos Tribunais de Contas (e também dos demais órgãos do futuro Poder Moderador) temos o efeito de *res verdicta*, *res verdicta* essa sempre reconhecida de fato pelos Tribunais Judiciários, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, nos Mandados de Segurança nº 16.225 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 38, p. 249), e nº 19.973 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 77, pp. 29-48).

2. O Contencioso Administrativo: Natureza Jurídica

“Ce son là des questions théoriques auxquelles il n'est pas aisé de donner des solutions qui soient exemptes de toute contradiction interne, et, par suite, des questions sur lesquelles il reste toujours possible de rouvrir des controverses” (5).

De há muito temos que as *veratae quaestiones* indicam pontos doutrinários onde não se conseguiu ver a realidade jurídica por algum preconceito ou ponto de vista firmado anteriormente e que se não quer abandonar. Quando questionamos os pressupostos e reexaminamos os fundamentos de um campo jurídico e, com largueza de visão, abrimos nossa mente, notamos, surpresos, que a peça de quebra-cabeças, que so-
brava, encaixa-se perfeitamente no conjunto.

A pesquisa das origens é, por outro lado, muito esclarecedora. Ir às fontes, ou “começar tudo de novo”, é método trabalhoso e demanda muito tempo — por isso é evitado. Mas compensa grandemente e tem o condão de nos mostrar o ponto do caminho onde se tomou atalho errado. Interessante e confirmador do que se diz é o fato de haver, na História, épocas em que os fundamentos e as origens de ramos inteiros do pensamento são pesquisados com mais intensidade e carinho. São os períodos mais fecundos da história do pensamento, como, por exemplo, a sofística. Não fossem os sofistas e, provavelmente, não teríamos a tríade SÓCRATES, PLATÃO e ARISTÓTELES.

Parece que estamos atravessando outro período de questionamento das origens e dos pressupostos, no campo constitucional. No caso da separação dos poderes, ao lado dos que pretendem simplesmente negá-

(5) MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le Droit Constitutionnel français*. Recueil Sirey, Paris, 1922. T. 2^{ème}, p. 119 (nota de rodapé).

la, há os que, estudando sua gênese, percebem o erro inicial no pressuposto de que deveriam ser três apenas e não quatro, ou cinco, ou sete. . .

O contencioso administrativo é assunto que tem merecido muita discussão e nenhum consenso unânime, exatamente por ponto de vista firmado quanto aos três, somente três, poderes.

CARRÉ DE MALBERG, na extensa nota nº 3, p. 115, do seu *Théorie Générale de l'État* (op. cit.), dá-nos sugestiva resenha das discussões e dos posicionamentos dos juristas franceses quanto ao contencioso administrativo. Para este estudo, interessa apenas a relação que essa questão tem com a separação de poderes. E a História parece confirmar que as divergências surgiram apenas pela prisão mental trímica onde estavam encarcerados os que tentaram resolver a charada. Prova suplementar disso, vamos encontrar no posicionamento ímpar de BENJAMIN CONSTANT, o qual viu mais, embora não visse tudo quanto ao contencioso administrativo, quando sentiu a necessidade de um poder que pudesse conter, em seus limites legais, todos os outros poderes.

No interessante histórico resumido por CARRÉ DE MALBERG, vemos que o contencioso administrativo não foi "retirado do Judiciário", mas "permaneceu no Executivo", de onde era originário. Somente quando houve separação de poderes, com repartição de funções entre eles, é que se confirmou a localização histórica do contencioso administrativo no Executivo, "como decorrência lógica do princípio da separação dos poderes" (?). Vamos reproduzir um trecho dessa nota, confirmando o que acabamos de dizer e, em seguida, mostrar que, à época, o problema talvez fosse mal-entendido ou mal-examinado porque todos pensavam apaixonadamente, cremos, apenas em demolir o poder absoluto, supondo que, somente com isso, estar-se-ia defendendo o indivíduo perante o Estado.

"Aussi M. LARNAUDE (*Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1902, p. 217) a-t-il pu fort justement dire de ce système d'exclusion de l'autorité judiciaire en matière de contentieux administratif que "ce n'est pas tant à MONTESQUIEU que la France l'a emprunté qu'à sa propre histoire. Cette séparation des pouvoirs si particulière c'est un produit du sol français. C'est une règle essentielle de notre droit public dans le dernier état de l'ancien régime, formulée en termes plus nets, mais non inventée, par les hommes de la Révolution." M. ARTUR (op. cit., *Revue du Droit Public*, t. XVII, pp. 234 et s.) a été plus loin: il soutient que se ne sont nullement des considérations tirées de la nécessité de séparer les pouvoirs qui ont déterminé l'Assemblée constituante à attribuer le contentieux administratif à des autorités administratives; mais, au cours des débats qui ont eu lieu à plusieurs reprises sur cette question, les orateurs de la Constituante se sont attachés à des motifs d'un tout autre ordre, notamment à la nécessité de faire juger ce contentieux spécial dans des formes et par une autorité

spéciales, ou encore au danger de multiplication des difficultés et conflits de compétence qui naîtrait de la création de tribunaux d'exception (cf. ESMEIN, *La Question de la Juridiction Administrative devant l'Assemblée Constituante, Jahrbuch des öffentl. Rechtes*, 1911, pp. 22 et s. — V. aussi la note 29 du nº 267 (supra)”) (*Opus cit.*, p. 16, in nota de rodapé).

Como vemos, chegou-se a pensar até em tribunais de exceção ⁽⁶⁾ para retirar do Executivo o julgamento em causa própria (*neque sibi jus dicere debet*), uma vez que os constituintes sentiram que ao Judiciário não competiria julgar outro tipo de causas que não aquelas que dependessem do direito civil, conforme havia definido MONTESQUIEU ⁽⁷⁾. Parece que ninguém se lembrou de que, na repartição de poderes do Estado, deveria haver um que representasse o próprio povo, diretamente, no jogo político, à semelhança dos *tribuni plebis* romanos. Todos acreditavam firmemente que o Poder Legislativo fosse o representante do povo. Era, de certa forma, mas para fazer leis — tão-somente. Mas não se percebeu(?) de pronto que, dessa forma, o povo acabava sendo aliado do jardim do éden em que se transformaria fatalmente o Legislativo, como novo Senado Romano, tão logo o povo cumprisse sua obrigação de votar.

Não se pensou num quarto poder que resolvesse o dilema: julgamento pelo Judiciário ou julgamento em causa própria ⁽⁸⁾. Aliás, o dilema surgiu apenas devido a um pressuposto que esta dissertação pretende denunciar como descabido: o pressuposto de que o contencioso administrativo *judgue*. O contencioso administrativo, a rigor, nada tem a ver com julgamento. A função dos Conselhos deve ser *verificar* e *constatar* oficialmente uma situação de fato ou uma situação de direito objetivo. Verificar e constatar, podendo quando muito indicar uma providência, ou seja: controlar. Sua função é de controle, não de julgamento. É resolver mal-entendidos, e não reparar lesões. As lesões, via

(6) Os tribunais de exceção constituem a negação do princípio do juiz natural ou constitucional. Os tribunais *ad hoc*, as comissões e os chamados tribunais revolucionários constituem a negação da própria ordem jurídica, senão da Constituição. Mesmo o *Bill of Attainder*, do antigo direito inglês, que permitia ao Legislativo infligir penas sem processo judicial, constitui violação do princípio do juiz natural, pois nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual.

(7) “(...) la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil”. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *De l'Esprit des Loix*. Garnier, Paris, 1949, t. I, p. 163.

(8) BENJAMIN CONSTANT de Rebecque, 1767-1830, pensou mais: pensou num quarto e num quinto poder. É também o criador do Poder Neutro, que no nosso Império chamou-se Poder Moderador. Mas a atuação de BENJAMIN CONSTANT parece ter sido posterior aos debates sobre o contencioso administrativo, pois só em 1819 foi eleito deputado e passou a agir ativamente como orador feroz e eloquente e jornalista cintilante. Foi o campeão do individualismo e sentiu bem o alijamento do povo dos debates políticos. Percebeu claramente que à nobreza do sangue sucedeu outra despótica e irresponsável: a falsa “nobreza” eleita “democraticamente”...

de regra, são apenas potenciais e, raramente, atuais — quando se trata de controle ⁽⁹⁾.

A palavra contencioso sugere contenda, e contenda lembra lesões a direitos. Mas estas, na verdade, são, na quase totalidade dos casos, apenas meras possibilidades e, excepcionalmente, realidades. São semelhantes às “ações” declaratórias, onde não há nenhuma lesão de direito e, no entanto, uma situação de direito é esclarecida. Ora, não há contenda nas “ações” declaratórias, apenas se quer definir um posicionamento particular, dentro da ordem jurídica.

Neste particular, o “contencioso” administrativo pode ser comparado com as “ações” declaratórias e mesmo com a chamada jurisdição voluntária. Pode haver nelas uma *controvérsia* ou *dissenso* de opiniões que não se confunde com *situação contenciosa* ou lide ⁽¹⁰⁾.

Não se pode, dentro de rigor jurídico, dizer que o contencioso administrativo, as “ações” declaratórias e a jurisdição voluntária caracterizem atividades *jurisdicionais*, uma vez que o requisito prévio de *actum trium personarum* não se realiza como *conditio sine qua non*. Assim é que, no contencioso administrativo, não se poderá dizer, com propriedade, que o Estado seja... réu. Nas “ações” declaratórias, por sua vez, a legitimação passiva é imprecisa freqüentemente, uma vez que a declaração, sendo *erga omnes*, não precisa, necessariamente, ser dirigida contra alguém em especial, a não ser, possivelmente, na “ação” declaratória negativa. Na jurisdição voluntária, por sua vez, há tal identidade de interesse entre as possíveis partes que ou todos são autores, ou todos são réus... de fato.

A existência de um quarto poder, com funções de controle, nimiamente moderador em sua atividade, resolveria todas as dúvidas existentes quanto à delimitação entre funções administrativas e funções jurisdicionais. Em geral, salvo possíveis, mas não prováveis, exceções, o controle seria, ele próprio, esse território-limite entre jurisdição e administração. A função jurisdicional tem como alvo a justiça, o *suum cuique tribuere*, ao passo que a Administração, a função administrativa, tem como finalidade o interesse público. A função controlativa, entretanto, tem como *telos*, mais que a simples legalidade, a moralidade pública. Pela própria teleologia, o controle se constitui território de permeio entre a administração e a função jurisdicional.

Na França, onde surgiu, o contencioso administrativo continuou no Executivo e esse fato, posteriormente, foi dado não como consequência da divisão de poderes, mas como concorde, logicamente, com a se-

(9) As lesões atuais são mais comuns no controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, no campo financeiro, quando apuram alcances. No controle exercido pelo “contencioso”, entretanto, são praticamente inexistentes.

(10) Cf. FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 325.

paração de poderes. No Brasil, que conheceu os poderes já separados, o contencioso administrativo está sendo inserido, como cunha, entre as funções judiciárias e as administrativas, qual corpo estranho a ser encaixado num conjunto já armado. Isso, em parte, é bom, pois ressaltará todas as peculiaridades do contencioso administrativo que o fazem, entre o Judiciário e o Executivo, pertencente a um *tertium genus*: o Poder Moderador.

A principal distinção, aquela que gostaríamos de, pelo menos, esboçar, residiria no tipo de solução dada e que tipos de problemas específicos constituem o objeto do contencioso administrativo.

Suponho, inicialmente, que deverá haver diferença ontológica entre o ato de *judgar* e o ato de conferir e autenticar um fato. Assim, quando um pai examina a conduta de um filho que faltou às aulas sem um motivo justificado, e o pune — diremos que houve um julgamento. Da mesma forma, quando dois irmãos disputam a posse de um brinquedo, ou o direito de com ele brincar numa determinada hora, haverá julgamento paterno, se o caso for trazido para que o pai resolva com quem irá ficar o brinquedo. São dois exemplos típicos de julgamento; no primeiro caso, houve violação da ordem e houve punição para o violador; no segundo caso, a disputa entre os irmãos foi resolvida — sem que eles chegassem às vias de fato, microexemplo do *Kampf ums Recht* de VON-JHERING.

Há, entretanto, em toda família, outro tipo de acontecimentos parecidos, mas não iguais aos mencionados. Quando, suponhamos, uma mãe manda o filho aparar a grama do jardim, e este responde que é o irmão mais novo quem deverá fazer isso, pois o pai havia dito que quem tirasse dez em Matemática naquele mês estaria livre de tal tarefa, cria-se uma situação peculiar. A mãe pode acreditar no filho quanto à nota dez do boletim, mas duvidar de que o pai tenha dado tal ordem exatamente. Ou, ao contrário, duvidar do dez, e não duvidar da ordem. Ou, ainda, duvidar de ambas as coisas. Levado à presença do pai, este confirma que deu a ordem, e, examinado o boletim, constata-se que, de fato, o filho tirou dez. Esclarecido o caso, a mãe retira sua ordem ao filho mais velho e a dirige ao filho mais novo. As coisas podem, ainda, passar-se de outro modo: o pai pode negar que tenha feito tal promessa, embora se constate que o filho tirou dez em Matemática. A consequência será a de que o filho deverá aparar a grama e, certamente, ter de explicar sua mentira. Quanto ao aparar a grama, o assunto está encerrado e não nos parece que se possa chamar de julgamento o que houve. (Vamos deixar o caso da mentira para depois.)

Houve, em ambos os casos — tanto quando o filho provou que tirava dez e o pai confirmou que não precisaria cortar a grama, como quando negou que dera a ordem ou não ficou provado o dez em Matemática —, apenas e tão-somente uma verificação de *atos* e de *atos alegados* a serem confirmados ou negados pelo pai. Não me parece que isto constitua um julgamento, mas apenas uma conferência e autenticação de *atos*.

Há, na atividade paterna, tão-só o reconhecimento de fatos, exatamente como acontece quando se leva um documento em cartório para reconhecimento de firma ou para autenticação de uma cópia. E que significa, juridicamente, essa conferência e esse reconhecimento de fatos? Significa que a autoridade deu sua *auctoritas* aos fatos, ou seja, vinculou-se a eles, fê-los, de certa forma, atos seus. Qualquer recalcitrância da mãe, no caso, seria já um caso entre ela e o pai, ficando o filho fora da discussão. Qualquer insubordinação do filho, posteriormente à decisão paterna, será problema entre ele o pai, ficando de fora a mãe.

Falemos agora da suposta mentira do filho. A mentira, aqui, é outro assunto e este poderá ser objeto de um julgamento e conseqüente punição. Mas ao ser julgado — aqui é mesmo *julgado* — o filho pode alegar que entendera errado as palavras do pai e de tal modo justificar-se, que poderia ser perdoado pelo pai e até mesmo inocentado — da mentira. Mas este assunto, embora concomitante, ou imediatamente subseqüente, em nada influiria na constatação anterior, nem significaria que o filho, afinal, não deveria cortar a grama do jardim. São coisas diversas, apenas acidentalmente reunidas.

Mas nosso exemplo pode ser prosseguido com fruto. Suponhamos mais duas hipóteses. A mãe, apesar da constatação da veracidade do filho, insiste em impor-lhe a tarefa recusada. O filho recorrerá, ao pai, da desautorização materna, e a palavra *desautorização* está aqui empregada no seu límpido e jurídico sentido etimológico. Da mesma forma, se constatada a inexatidão das alegações do filho, este recusar-se a aparar a grama, a mãe voltará ao pai para que este constranja o filho a cumprir a determinação correta materna. Em qualquer dos casos, haverá um *julgamento*, mas este será assunto posterior entre o pai e a mãe, que o desautorizou, no primeiro caso; ou entre o pai e o filho recalcitrante, no segundo. Mas ambos os casos são outro assunto, outra matéria, outro tipo de problema, apenas ocasionalmente ligados aos fatos anteriores. E esta última sentença quer dizer exatamente isto: não se irá mais discutir, nesta fase ⁽¹¹⁾, se o filho tirara, ou não, dez em Matemática; nem se o pai prometera, ou não, que quem tirasse dez ficaria isento da tarefa; nem, muito menos, se o pai agira certo ou errado fazendo tal promessa. Reabrir discussão sobre tais assuntos seria o que chamo de “tumulto transprocessual” por motivos “cisprocessuais”.

Por que achamos que não houve julgamento quando a verdade das alegações do filho foram constatadas, autenticadas, reconhecidas pelo pai? Ou mesmo quando o não foram?

Em primeiro lugar, por tratar-se de mera constatação da conformidade de atuação das pessoas envolvidas, ou seja, de pesquisa do direito tão-somente. Em segundo lugar, porque, após a decisão, cada qual continua livre de agir como bem entender ⁽¹²⁾, conformando-se ou não

(11) Ou melhor: neste outro e diverso *affaire*.

(12) Tecnicamente, diríamos: essa decisão é *sine imperio*, embora *cum auctoritate*.

com o que agora sabe ser o certo ou ser autorizado ou não autorizado. Em terceiro lugar, por não poder-se dizer, com propriedade, que houve um vencedor e um vencido, nem que tenha existido um autor ou um réu, nem condenação ou absolvição.

Mas a principal razão é mesmo esta: pesquisa-se o direito objetivo, tão-somente. Se o direito objetivo é incerto, como falar-se em direito subjetivo, que dele deriva? Se não há, portanto, direito subjetivo, como falar-se em *pretensão*, que é o direito subjetivo resistido? Se não há *pretensão*, como falar-se em *lide*? E, se não há *lide*, como, de que forma, onde falar-se em julgamento?

Mas, se não há julgamento, que é que houve?

Houve, apenas, controle.

Mesmo que se compare o controle ao joio, ou por isso mesmo, há que separá-lo do trigo da justiça.

Como se viu, parece que há dois tipos bem nítidos e irreduzíveis de atividades até aqui confundidas e chamadas, indistintamente, de judicativas: uma, em que há *autor* e *réu* e na qual a força coativa legal (o poder) interfere para punir ou obrigar uma das partes a satisfazer a *pretensão* da outra; e outra, onde não se pode, com propriedade, falar em autor e réu e na qual o próprio poder é, necessariamente, integrante da relação, em situação assemelhada à da parte, de vez que sua *auctoritas* eventual é objeto de indagação relevante.

Neste último tipo de atividade estatal, não há condenação, nem absolvição, apenas uma declaração formal de que tal ou qual fato foi *constatado oficialmente* e conta com a eventual sanção do poder, caso venha a ser, de futuro, contestada. Esta segunda atividade apenas fixa o direito objetivo, esclarece uma situação legal ou de direito objetivo e, dessa forma, dá nascimento ao correspondente direito subjetivo, que só então passa a existir.

Em existindo direito subjetivo, então, sim, há possibilidade de falar-se em *pretensão resistida* e em julgamento da *lide*. Mas quando apenas se constata um fato, uma situação, onde o julgamento?

Lembrando a distinção feita entre *auctoritas* e *imperium*, parece que neste último caso trata-se, unicamente, de conseguir a *auctoritas* para um ato. Quando, no exemplo acima dado, o pai verifica uma situação e conclui dizendo: "Ele está certo, eu de fato fiz tal promessa e ele se enquadra na hipótese" — obteve o filho a *autorização* paterna para resistir à imposição da mãe ou do irmão mais velho. Qualquer contestação posterior passará a ser contestação à ordem paterna, que autorizou o filho mais novo.

O símile com o Estado é patente. Na atividade *jurisdicional*, o Estado se substitui a uma das partes do sentido de que empregará a força para que a outra parte satisfaça a *pretensão* da primeira. Na atividade controlativa, o Estado apenas constata a regularidade de procedimento de um seu agente face a um indivíduo, ou, então, a regularidade da resistência de um particular a determinada imposição de um agente estatal. (Deixamos de lado o julgamento penal, por irrelevante à essência do problema ora estudado.)

É questão de realismo jurídico a conclusão de que a atividade controlativa pode tornar despreciosa a provocação do Judiciário, no caso de ser reconhecida a regularidade de atuação do particular, embora o controle não torne dispensável a atividade jurisdicional toda vez que o indivíduo for, ou julgar ter sido, lesado em seus direitos subjetivos, pela decisão. Por isso, achamos, senão errado, pelo menos esquisito o art. 50 do Projeto de Lei do Contencioso, quando concede “a qualquer das *partes*” o direito de propor processo de revisão fiscal:

“Art. 50 — Qualquer das partes poderá propor, perante o Tribunal Federal de Recursos, processo de revisão fiscal, com o propósito de obter a reforma da decisão administrativa final.”

Em nosso entender, este artigo não apenas desautoriza os prolores da decisão administrativa, como subverte o próprio fundamento de todo o contencioso administrativo, que é a possibilidade que tem o indivíduo, perante a Administração, de ver reconhecida uma situação jurídica — evitando, desta forma, o recurso ao Judiciário. Ousamos dizer que tal artigo mostra total desconhecimento ou deplorável *ignoratio elenchi* quanto à essência jurídica do contencioso administrativo (13).

Retornando aos dois tipos diversos de “julgamentos”, notamos que na atividade jurisdicional existe, previamente, uma lesão de direito cuja reparação se pretende. Na atividade controlativa, como regra geral, tal lesão não existe ainda, ela é iminente, o que torna seu procedimento algo parecido com as medidas cautelares preparatórias. Mas mesmo já existindo lesão a direitos subjetivos *ad argumentandum*, ainda assim a atividade controlativa se exauriria com a constatação de sua extensão e a imputação do agente, não lhe competindo ir além,

(13) Em abono de nosso ponto de vista, temos algo semelhante na França: “La décision est-elle favorable aux particuliers, elle constitue une reconnaissance du droit d'une partie par l'État, dont le ministre est le représentant, et, par suite, comme le remarque très justement M. Laferrière, elle crée un lien de droit que l'État ne peut pas rompre; il y a droit acquis pour la partie au profit de laquelle la décision a été rendue (V. LAFERRIÈRE, t. 1, pp. 407 et 408, et. 2^e édit. t. 1, p. 459). Dans cette mesure, les décisions ministérielles, sans avoir l'autorité de la chose jugée, ont une force qu'on peut rapprocher de cette autorité. — Cf. GAUTIER, *Précis de Matières Administratives*, pp. 193 et 194. (Apud: LACOSTE, P. — *De la Chose Jugée en Matière Civile, Criminelle, Disciplinaire et Administrative*. 3^e édit., Paris Recueil Sirey, 1914, § 1.350, pp. 510 e 511).

quer responsabilizando alguém ou algum órgão, quer impondo reparações ou ressarcimento de prejuízos. Pode, quando muito, indicar uma providência cabível, a ser tomada pela Administração.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, não pode multar ninguém “por infração das leis e regulamentos relativos à Administração”, mas pode ordenar à autoridade administrativa que a execute. Vejamos o art. 53 do DL nº 199/67, Lei Orgânica do TCU:

“Art. 53 — As infrações das leis e regulamentos relativos à administração financeira sujeitarão seus autores a multa não superior a 10 (dez) vezes o valor do maior salário mínimo, independentemente das sanções disciplinares aplicáveis.

Parágrafo único — A multa de que trata o presente artigo será, à vista da comunicação feita pelo Tribunal, imposta *pela autoridade administrativa*, que, não atendendo a esta disposição, ficará sujeita às penas disciplinares e à multa referidas no parágrafo único do art. 51.”

Este artigo mostra claramente como deve ser a atuação do controle: constata um fato, imputa um autor e indica uma providência a ser tomada pela Administração. Esta é a teoria exata e correta, juridicamente. A prática não é diferente da teoria, apenas pode acrescentar à teoria outras variáveis, a serem levadas em conta. É assunto à parte o caso das multas no âmbito do Tribunal de Contas da União, especialmente no que se refere ao parágrafo único do art. 51 do DL nº 199/67, ao art. 50 e às “penas do Regimento”, do art. 49, da mesma Lei Orgânica (14).

Voltemos ao cotejo entre atividade controlativa e atividade jurisdicional, ou seja, distinção entre a função controlativa e a função judicativa.

Como já dissemos antes, a atividade controlativa é mera constatação de fatos e de situações jurídicas, embora possa indicar medidas corretoras em caso de desvio teleológico atual ou iminente, ou, ainda, imputação do agente quando houve dano consumado. Assim encarada, a atividade controlativa é vestibular, freqüentemente, da atividade jurisdicional. Na verdade, toda atividade jurisdicional se inicia com uma fase instrutória que é nimamente controlativa. Por isso, dizemos que, se o controle não é inerte, como o Poder Judiciário, é inerme, ou seja, não executa ele mesmo as reparações, ressarcimentos ou punições, nem anulações dos atos controlados.

O Poder Judiciário, se, por um lado, é inerte, por depender de provocação (*ne procedat iudex ex officio*), não é poder inerme, pois faz executar suas decisões.

(14) O Tribunal de Contas pode, na verdade, multar. Mas por outros motivos, fundados em *desautorização* de suas determinações por parte de *funcionários públicos*.

Poderíamos dizer que o controle diz mais respeito à *auctoritas* ⁽¹⁵⁾, enquanto que a jurisdição refere-se mais ao *imperium*. A *auctoritas* impõe-se, principalmente, aos demais poderes — o que torna absurdo o art. 50 do Projeto de Lei do Contencioso, quando dá ao Executivo o direito de recorrer de uma decisão administrativa. O *imperium* dirige-se mais aos administrados e só excepcionalmente aos demais poderes. Quando outro poder desobedece ao *imperium* do Judiciário, será caso de intervenção federal, se isso ocorrer nos Estados (arts. 10 e 11 e seus parágrafos, da Constituição); se, entretanto, ocorrer na esfera federal, dever-se-á recorrer ao Presidente da República (art. 76, *caput*) e, caso este se omita, incidindo, portanto, no crime de responsabilidade do art. 82, II, da Constituição, dever-se-á recorrer às Forças Armadas, com base no art. 91, *caput*, da Constituição, e, se mesmo assim nada se conseguir, então teríamos o que se poderia chamar de direito de revolução, pois toda a ordem jurídica constitucional estaria negada, fosse qual fosse o poder recalcitrante às ordens (*imperium*) do Judiciário.

Se houvesse um Poder Moderador, com a função de controle, a este poder estaria afeto o procedimento acima mencionado, no que se refere aos fatos e aos órgãos ou pessoas imputáveis. Ao Poder Moderador deveria também competir a apuração de crimes de responsabilidade das autoridades federais, de qualquer nível, embora não seja nossa intenção adentrar este assunto.

Esclarecendo mais o que acaba de ser dito com relação à *auctoritas* e ao *imperium*: tanto o controle, como o judiciário, ambos têm *auctoritas* e *imperium*, como faces de uma moeda; apenas a *auctoritas* é a face característica do controle, enquanto que o *imperium* o é da função jurisdicional. Dito de outra forma, se o *imperium* (*mixtum*) do controle pode ser discutido em alguns casos, sua *auctoritas* não pode. Na atividade jurisdicional, dá-se o contrário: se sua *auctoritas* pode ser questionada em certos assuntos, seu *imperium* (*merum*) não pode ser posto em dúvida.

Vamos a um exemplo: quando a administração decide, no contencioso administrativo (que *de lege ferenda* será dito: quando o controle constata um fato), contra o particular, este não está obrigado a conformar-se, pois poderá recorrer ao Judiciário ⁽¹⁶⁾. Isso significa que o *imperium*, no caso, não existe como integrante do resultado do controle. Mas, se o Judiciário decidir de novo contra o particular, este está obrigado a aceitar, quer queira, quer não. A decisão do Judiciário possui o *imperium* como característica.

A decisão do controle (contencioso administrativo) tem *auctoritas*: caso decida contra a administração, esta fica vinculada à decisão, e

(15) A *auctoritas* vincula o Estado ao ato praticado pelo funcionário competente. O *imperium merum* é o poder de comandar que conta com todos os meios de sanção para julgar e punir criminosos; o *imperium mixtum*, ou mitigado, consiste na porção de poder executivo que é necessário confiar a todo magistrado. Apud SILVEIRA, Valdemar César da. *Dicionário de Direito Romano*. São Paulo, Bushatsky, 1957.

(16) Somente se houver lesão de direito individual, entenda-se. Mais adiante, ver-se-á até que ponto o Judiciário poderá alterar uma decisão do controle.

não pelo *jus imperii* discutível *in casu*, mas por questão de mera coerência jurídica. De fato: como pode o Estado, pelo Poder Moderador (ou, *de lege lata*, pelo contencioso administrativo), dar seu *assentimento* à impugnação do particular e, logo em seguida, recorrer de seu próprio assentimento? Seria uma *des-auctorização*! Na verdade, há um laivo de comicidade no art. 50 do Projeto de Lei do Contencioso, de um ponto de vista estritamente jurídico.

Por outro lado, falar em *auctoritas* com relação ao Poder Judiciário, só se for por via reflexa, ou seja, como suposto decorrente do próprio *jus imperii*. Mas é certo que o Estado não se compromete irremediavelmente por uma decisão judicial, tanto assim que existem decisões divergentes, embora particularmente cada qual contenha a *auctoritas* suficiente para um caso concreto em especial. Quanto ao controle (ou, neste caso, o contencioso administrativo), suas decisões, carregadas de *auctoritas*, devem possuir o caráter de normatividade presumível *juris tantum* (17), sob pena de inconseqüência de seus pronunciamentos.

O importante a notar, em tudo que se disse, é que há nítida separação entre função jurisdicional e função controlativa, quando enfocadas com as lentes da *auctoritas* e do *imperium*. Dissemos função jurisdicional por respeito à terminologia usada por DUGUIT e pela maioria dos juristas. Mas, na nova terminologia que propomos, a função jurisdicional poderia ser chamada também de função judiciária (18), ou seja, a função maior que engloba as funções menores administrativa, normativa e controlativa, além da função predominante, judicativa. Por outro lado, dissemos também função controlativa, mas, no caso, deveríamos ter dito função moderadora, que é a função maior que enfeixa as funções menores: administrativa, judicativa, normativa e, ainda, a função preponderante controlativa. Redizendo, então, temos: o importante a notar, em tudo que se disse, é que há nítida separação entre função judiciária e função moderadora, quando enfocadas com as lentes da *auctoritas* e do *imperium*.

Além do exposto, com relação às diferenças entre as funções judiciária e moderadora, releva notar que uma deve respeitar o campo

(17) Ou seja: suas decisões constituem precedentes, como na *common law*. Vem a propósito uma citação de RIPERT contra os que pretendem uma jurisprudência muito flexível: "L'étude des faits sert à établir des règles, mais les règles établies imposent les faits. Un juriste doit enseigner la souveraineté de la règle stable et non l'adaptation de la règle à un fait particulier. Sa tâche propre n'est pas de constater l'évolution des mœurs, mais de dire s'il est possible de diriger cette évolution. Si l'étude du droit ne donne pas aux esprits la confiance dans la stabilité de l'ordre juridique, elle perd son indépendance et sa valeur" (RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*. Paris, R. Pichon, 1955, p. 51).

(18) Para nós, *jurisdicional* ou *judiciário* equivalem-se, são sinônimos, pois não aceitamos a distinção feita por DUGUIT, por considerá-la ofensiva às leis da definição lógica. Não servem *omni definito nem soli defnito*. Logo, são inúteis.

próprio e privativo da outra. A função moderadora não pode invadir a *res judicata*, e, por imposição de justiça lógica, a função judiciária não pode tocar na *res verdicta*. Há, atualmente, um símile perfeito para o que se quis dizer: as relações entre as jurisdições civil e criminal. Vejamos o art. 1.525 do Código Civil e o art. 65 do Código de Processo Penal:

“Art. 1.525 — A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

.....”
“Art. 65 — Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

Se compararmos o direito penal ao controle e o direito civil à função judiciária, veremos que o controle torna indiscutível o *fato* e a *autoria*, embora a questão da responsabilidade possa ser tão discutida como o é a responsabilidade civil em face de uma absolvição no crime.

É claro que não estamos querendo argumentar com base neste exemplo. Estamos apenas tentando tornar mais claro o que queremos dizer com a expressão *res verdicta*. A matéria, indiretamente, foi esquematizada no Mandado de Segurança nº 19.973, onde se assentou que nem o Presidente da República (Executivo), mesmo com o referendo do Congresso Nacional (Legislativo), poderia alterar uma decisão do Tribunal de Contas da União em ato de sua competência constitucional (Controle). Nesse mandado de segurança, entretanto, há uma ressalva que convém reproduzir, antes de discuti-la:

“Convém, finalmente, esclarecer que do julgamento do Tribunal de Contas sobre a ilegalidade de aposentadorias, reformas e pensões caberá sempre recurso para o Poder Judiciário, nos termos do § 4º do art. 153 da Constituição” (do voto do Sr. Ministro BILAC PINTO, Relator, *RTJ*, vol. 77, julho 1976, p. 77).

Nesse MS, em que se nega tanto ao Executivo como ao Legislativo, isolados ou conjuntamente, o poder de contrariar uma decisão privativa do Tribunal de Contas da União, parece que o trecho citado dá a entender que “apenas o Poder Judiciário” poderá mudar tal decisão. Não parece ter sido sequer pensamento de S. Exª o ilustre Sr. Ministro BILAC PINTO afirmar tal coisa. A decisão, proferida a 22 de maio de 1974, reporta-se ao § 4º do art. 153 da Constituição de 1969, antes da Emenda nº 7 (que deveria, a rigor, ser Emenda nº 6...), que dizia:

“§ 4º — A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Este § 4º do art. 153 afirma, apenas, que o Judiciário poderá ser provocado — sempre que houver lesão de direito individual. Mas não diz que o Judiciário possa invadir o território da competência constitucional de quaisquer dos poderes constituídos, ou de quaisquer órgãos que exercitem lícitamente sua competência constitucional. A *res veredicta* a que temos nos referido estaria inclusa no ATO JURÍDICO PERFEITO, e nem a lei pode atingi-lo. O Judiciário está também subordinado à lei e não pode desconhecer o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Isso é assim, mesmo porque a coisa julgada é outro modo de dizer-se ato jurídico perfeito específico do Poder Judiciário. Semelhantemente, chamamos de *res veredicta* o ato jurídico perfeito do futuro Poder Moderador, hoje mais representado pelos Tribunais de Contas. A *res legislatata* seria a lei publicada, depois de transcorrido o prazo da *vacatio legis*. A *vacatio legis* corresponde, perfeitamente, ao transcurso dos prazos para recurso de sentenças. Após o decurso do lapso da *vacatio legis*, temos a *res legislatata*. Tanto é assim que o § 4º do art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil diz:

“§ 4º — As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.”

Mas, ainda que efêmera a vigência da lei republicada após o transcurso da *vacatio legis*, nenhum dos poderes constituídos, nem mesmo o próprio Legislativo, poderá considerar sem efeitos a lei publicada com incorreções, nestas circunstâncias. É *res legislatata* e, como tal, inatacável. Da mesma forma, quando o Presidente da República, no caso do art. 55 da Constituição *cum emendationibus*, expedir decretos sobre as matérias enumeradas nos itens I a III deste artigo, estes, uma vez publicados, terão vigência imediata. Esse decreto deverá ser aprovado ou rejeitado pelo Congresso Nacional, dentro de sessenta dias, findos os quais, em não havendo deliberação, será considerado aprovado tacitamente. Mas, esclarece o § 2º desse art. 55:

“§ 2º — A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.”

É que a publicação com vigência imediata faz *res legislatata*, tal qual se houvesse decorrido o prazo da *vacatio legis*.

A *res legislatata*, dizíamos, é o ato jurídico perfeito específico do Poder Legislativo (pois mesmo no caso do art. 55, ainda que tacitamente, há participação do Congresso Nacional).

Semelhantemente, e não apenas por geometria jurídica, como poderá, descabidamente, parecer, impõe-se a nosso espírito a existência de uma *res consummata*, correspondente ao ato jurídico perfeito do Poder Executivo e à já mencionada *res veredicta* — ato jurídico perfeito do Poder Moderador que preconizamos.

E, da mesma forma que o próprio Poder Judiciário não poderá entrar no *mérito administrativo* da *res consummata*, também não poderá decidir *contra legem*, nem julgar, negando *atos* e *imputações* realizados pelo Controle. O Judiciário poderá, por exemplo, absolver um administrador quanto a crime que lhe tenha sido imputado pelo Controle, mas não poderá livrá-lo da reposição do alcance a que for condenado pelo Tribunal de Contas da União. Isto é decorrência lógica do princípio da divisão ou separação de poderes, basilar na Constituição.

Quanto se disse aqui a respeito de Controle e de Tribunais de Contas pode ser transposto, *mutatis mutandis*, para o contencioso administrativo, que, para nós, nem é contencioso, nem é, de forma alguma, administrativo. É puro controle e pertence, por imposição lógica e como decorrência da ordem natural das coisas, ao futuro Poder Moderador, que por fim, esperamos, a inúmeras questões controvertidas e, sem ele, insolúveis. Pelo menos, as soluções que se encontrarem serão sempre provisórias e altamente contestáveis por diversos ângulos e por variadas e justas razões.

A principal coisa, entretanto, a ser repensada neste assunto é o falso suposto de que o "contencioso" "administrativo" julgue⁽¹⁹⁾. Não há julgamento em sentido próprio, nem se pode falar em processo quando nos referirmos ao contencioso administrativo. Não há direitos subjetivos em jogo. Não há falar em condenação ou absolvição, quando se tratar de contencioso administrativo. Não há pretensão resistida. Não há juiz, no contencioso administrativo. Não existem partes em disputa, não há autor, nem há réu. Não se cuida de responsabilidades, no sentido que se dá a esse termo em juízo, mas tão só de imputações. Não se cuida, a não ser incidentalmente, de direitos subjetivos privados ou públicos, no contencioso administrativo. Como, então, a que título, por que motivo, qual a razão de se insistir em falar em julgamento, em partes, em processo e em exigência processual, no Projeto de Lei do Contencioso?

Quando finalmente essa crisálida do contencioso administrativo irá libertar-se do casulo judiciário e surgir à luz do sol como a linda borboleta do Controle Público?

(19) JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, in *Revista do Direito Público*, n.º 19, pp. 37-50, comentando a expressão "contencioso administrativo", diz: "Composta de dois vocábulos — "contencioso e administrativo" — de sentido antitético, que se repelem por exprimirem idéias inconciliáveis (contencioso é o mesmo que litigioso, e administrativo é o mesmo que gracioso, voluntário), a expressão global contencioso administrativo é uma "contradictio in terminis", porque não é possível haver contenda ou litígio onde há, ao mesmo tempo, ausência de direito violado. (...) Dividindo-se, com efeito, a jurisdição em contenciosa e administrativa, ocorrendo a primeira quando a relação de direito é conflitante, verificando-se a segunda quando existe plena comunhão de interesses, encontro de vontades que não se contrapõem, ou, quando contrapostas, o interessado não tem a respectiva *actio* que o proteja; notando-se, por outro lado, que a Administração exerce, por excelência, funções estranhas à função jurisdicional, afeta esta ao Judiciário — é claro que, à primeira vista, os dois termos da expressão "contencioso administrativo" são incompatíveis".

Princípio da legalidade e desvio de poder no Direito Administrativo

THEREZINHA LUCIA FERREIRA CUNHA
Assessora na Consultoria Jurídica do
Ministério da Justiça

"Pour qu'on ne puisse abuser de pouvoir,
il faut que, par la disposition des choses, le
pouvoir arrête le pouvoir."

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*.

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
 - 1. O crescimento do poder do Estado
 - 2. Limites ao poder do Estado
- II — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
 - 1. O princípio da legalidade
 - 2. Os poderes da Administração
 - a) Poder vinculado
 - b) Poder discricionário
 - 3. Discricionariedade e arbitrariedade
 - 4. Legalidade e finalidade
 - 5. Circunstâncias excepcionais
- III — DESVIO DE PODER
 - 1. Abuso e desvio
 - 2. Legalidade e desvio
 - 3. Alcance do desvio de poder
- IV — CONCLUSÃO
- V — BIBLIOGRAFIA

I — INTRODUÇÃO

Limita-se o presente estudo à apreciação do desvio de poder na prática do ato administrativo e sua relação com o princípio da legalidade. Assim, analisaremos o princípio, que é pressuposto de todo ato administrativo, para depois apreciarmos os casos em que o administrador, no exercício de suas funções, abusa do poder que lhe é conferido, desviando-se da finalidade prevista na lei.

1 — O crescimento do poder do Estado

É de grande relevância fixarmos, primeiramente, a noção de que a Administração Pública é um desdobramento do poder do Estado. Não possui ele um poder absoluto, mas a tendência universal é a de aceitar-se o processo de mudança, pelo qual o Estado deixou de ser somente o Estado-polícia, para se transformar no Estado-serviço-social. Ampliaram-se os poderes estatais. O Estado não mais se limita a guardar a ordem pública, mas converte-se num órgão de execução de serviços, cuja atividade tem crescido incessantemente.

O Estado moderno ampliou o campo de atividades da Administração, estendendo sua intervenção ao quadro social e econômico e, em consequência, dilatando-lhe o poder.

Sobre o assunto, é bem clara a assertiva do Prof. JOSAPHAT MARINHO:

“O Estado é um centro de poder: o maior centro de poder na sociedade humana. Editando leis, expedindo regulamentos, policiando, distribuindo justiça, formulando e executando programas e planos, a afirmação final do Estado é sempre um ato de poder, de autoridade. Embora diversificadas suas funções, pela multiplicidade crescente dos problemas sociais, políticos, econômicos, financeiros, técnicos, que exigem soluções também diferenciadas, ora decisões formais, ora serviços, ora obras, ora coordenação de órgãos públicos e de instituições privadas, ora negociação no campo internacional, a ação do Estado exprime, em princípio, mando e soberania” (1).

Caracterizando bem essa ampliação do campo de atividades do poder público, prossegue, mais adiante, o insigne Mestre:

“O Estado-empresário nasce no curso dessa transmutação do Estado liberal-individualista, por índole e historicamente abstencionista diante do fato econômico, em Estado-serviço-social, por natureza e finalidade intervencionista” (2).

Observe-se, assim, a evolução do Estado-polícia, de índole tipicamente liberal, para o Estado-empresário dos dias atuais. Já não mais se limita a interferir nas divergências entre os indivíduos, como no Estado liberal: torna-se, agora, instrumento de intervenção incessante na vida da coletividade, participando de seu desenvolvimento.

2 — Limites ao poder estatal

Como consequência do alargamento do poder público, e sendo este deslocamento de poder cada vez maior, à medida em que intervém na ordem econômica e social e nas relações dos indivíduos, faz-se necessário estabelecer um ponto de equilíbrio, a fim de que o Estado use de seu poder corretamente, sem chegar ao abuso. A coletividade deve preocupar-se em encontrar um limite para alcançar este ponto, impondo restrições, para que o poder estatal não seja extrapolado.

(1) e (2) JOSAPHAT MARINHO — Seminário realizado em Salvador, 1981, págs. 1 e 3.

A competência estatal deve ser bem definida, evitando-se que o indivíduo se torne apenas um instrumento da atividade do Estado; o indivíduo deve continuar a ser participante do desenvolvimento, devendo-se preservar-lhe a iniciativa no campo econômico e social. O Estado deve observar as necessidades coletivas, mas não pode inverter os papéis. Sua posição, ao intervir, é a de assegurar a liberdade, apenas dando o apoio necessário e tutelando os interesses individuais e coletivos.

Sobre este ponto, comenta CAIO TÁCITO:

“É necessário, assim, garantir à administração o uso do poder discricionário, eliminando qualquer espécie jurisdicional de controle de oportunidade, mas **também proteger** o indivíduo contra os riscos da pleora administrativa.

Dentro dos limites legais, a vontade do administrador é livre e plena; quando deles se aparta é irrita e arbitrária. No primeiro caso, o direito a fortalece e prestigia; na última hipótese a repudia e nulifica” (3) (grifo nosso).

O Estado exerce atos políticos e administrativos. Estes últimos são os que nos interessam no presente estudo. Os primeiros visam a traçar planos de governo, enquanto estes, os atos administrativos, têm como objetivo tornar tais planos efetivos.

Os atos administrativos realizados para assegurar o bem-estar da coletividade devem ser praticados somente com a finalidade de atender-lhe os interesses e sempre de maneira que o administrador não exacerbe de sua autoridade. Para realizá-los, a administração pública necessita de certos poderes, os poderes administrativos, que não se confundem com os Poderes estruturais do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Analisaremos aqui apenas os poderes vinculado e discricionário, vez que, através deles é que o administrador poderá praticar o desvio de poder, ferindo de ilegalidade o ato por ele praticado.

II — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1 — O princípio da legalidade e os poderes da Administração Pública

O particular, ao administrar seu patrimônio, gerindo seus interesses próprios, tem plena liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Diversamente, na Administração Pública, a autoridade somente poderá praticar os atos autorizados pela lei. A legalidade é, pois, pressuposto de cada ato administrativo. A vontade pessoal do administrador não pode prevalecer; estará ele sempre adstrito ao mandamento legal e ao atendimento ao bem comum, de que não pode se desviar.

De se ressaltar, ainda, que o poder para praticar atos dentro da lei importa no dever de praticá-los, para atender ao bem comum, vez que as leis administrativas existem justamente para sobrepor o interesse coletivo ao pessoal.

(3) CAIO TÁCITO — *Direito Administrativo* — Ed. Saraiva, 1975, pág. 3.

O princípio da legalidade, no Direito Administrativo, visa a estabelecer o equilíbrio a que já nos referimos, entre o progressivo aumento dos poderes da Administração, intervindo no plano social e econômico, e o uso desses poderes pela autoridade administrativa. Para tanto, a lei estabelece a competência do agente estatal, pois não pode ele ter poder ilimitado. Com isso, não se pretende restringir totalmente sua ação, mas discipliná-la e estabelecer, através da ordem jurídica, os limites necessários e adequados ao exercício de suas funções.

Para que tenha validade, o ato administrativo deve-se ajustar às disposições previstas em mandamento legal. Só será legítimo, se praticado conforme a lei. Não pode ir contra ela, implícita ou explicitamente: deve respeitar-lhe os limites.

Neste sentido, ANDRÉ DEMICHEL diz que o respeito à regra de direito pela autoridade administrativa significa:

- “— fonder son action sur la règle de droit;
- conformer son action à la règle de droit;
- assurer l'application de la règle de droit” (4).

Assim, além de usar de seus poderes dentro dos limites legais, deve o administrador assegurar sua correta aplicação: há o dever, para a autoridade, não só de se conformar com a lei, mas de aplicá-la corretamente ao caso concreto. E, ao nos referirmos ao princípio da legalidade, que norteia todo ato administrativo, não nos referimos a uma determinada lei escrita, mas ao ordenamento jurídico vigente no Estado.

O administrador, entretanto, não é tolhido, ou subjugado totalmente pela lei. Tem ele certa liberdade para produzir os atos administrativos. Sob esse aspecto, podemos classificar os poderes do agente administrativo em poder vinculado e poder discricionário.

No exercício de tais poderes, estará a autoridade sempre vinculada à ordem legal e limitada por ela. Um terá mais amplitude, outro menos, mas nenhum ato será arbitrário. Não há poder ilimitado, visto que não o é nem mesmo o poder discricionário.

O princípio da legalidade, sempre sustentado pela doutrina, é definido, entre nós, pela Lei nº 4.717/65, art. 2.º, c, e parágrafo único, c (Lei de Ação Popular):

- “c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

2 — Poderes da Administração

Sempre obedecendo aos parâmetros legais, a Administração realiza seus atos sob duas formas: ou o faz obedecendo à lei estritamente, dela não se afastando em hipótese alguma, ou pode apreciar-lhes a conveniência e oportunidade, mas, ainda assim, dentro das determinações previstas.

(4) ANDRÉ DEMICHEL — *Le Droit Administratif* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, pág. 89.

Na primeira hipótese acha-se a autoridade no exercício do poder vinculado; na segunda, exercitando o poder discricionário.

a) Diz-se, portanto, que o poder é vinculado, quando a lei regula como a autoridade deverá praticar o ato administrativo. A definição que transcrevemos é de HELY LOPES MEIRELLES:

“Poder vinculado ou regrado é aquele que o direito positivo — a lei — confere à Administração Pública, para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.

Nesses atos a norma legal condiciona a sua expedição aos dados constantes de seus textos. Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, o agente público fica preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações” (5).

No poder vinculado, a lei impõe à autoridade a obrigação de agir daquele modo, ditando-lhe o comportamento. A autoridade competente deve agir dentro das condições legais. Os atos, porém, não estão rigidamente traçados pela lei: estão nela delimitados. O administrador não pode ir além dos limites, mas, ainda assim, há sempre uma margem de discricião, vez que a lei não pode especificar todas as hipóteses. A lei procura estabelecer certos parâmetros ao agente público, mas este pode e deve ajustá-los à realidade, sempre dentro de sua competência e da finalidade visada: o bem público.

b) Já no uso do poder discricionário, a Administração tem a prerrogativa de apreciar a conveniência ou oportunidade de seus atos. Sua atividade é bem mais ampla. Ao exercer este poder, não pode o agente público eximir-se da lei: o ato há de ser jurídico, correto e legítimo. O que se lhe reconhece é a iniciativa de apreciação da conveniência, do melhor meio, do modo mais oportuno para praticá-lo. É o que explica JEAN RIVERO:

“La loi, en créant une compétence, laisse l’agent auquel elle la confie libre d’apprécier, au vu des circonstances, si, et comment, il doit l’utiliser: par exemple, les jurys d’examen, compétents pour décider de l’admission des candidats, sont libres de noter selon leur jugement personnel la valeur des épreuves. Cette liberté d’appréciation constitue ce qu’on appelle le *pouvoir discrétionnaire* de l’Administration, par opposition à la compétence liée” (6).

No poder discricionário, há maior liberdade de ação que no poder vinculado. Tal liberdade, todavia, não é ilimitada, para não transformar-se em arbitrariedade.

O agente poderá apreciar a conveniência, o objeto e a oportunidade do ato, mas continua vinculado à competência, à forma e finalidade, do mesmo modo que ao realizar o ato vinculado. Apesar da liberdade de escolha do melhor procedimento, ao analisar cada caso, deverá sempre

(5) HELY LOPES MEIRELLES — *Direito Administrativo Brasileiro* — Editora Revista dos Tribunais — 7.ª ed., 1979, pág. 92.

(6) JEAN RIVERO — *Droit Administratif* — Dalloz, Paris, 1970, pág. 79.

colimar o interesse público protegido pela lei. O poder discricionário consiste em poder decidir, escolhendo a melhor maneira, mas sem se afastar da lei e da finalidade, nela prevista, para a prática do ato.

Importante é, ainda, ressaltar-se que não há ato totalmente discricionário, como também não o há absolutamente vinculado: este precisa, constantemente, acompanhar as mudanças sociais, que a lei não pode prever; aquele não pode dar liberdade irrestrita ao agente público, sob pena de se tornar arbitrário. Há sempre uma limitação geral da lei.

3 — Discricionariedade e arbitrariedade

Ato discricionário não é ato arbitrário. No ato discricionário, a liberdade do administrador continua limitada pela lei. Esclarece JEAN RIVERO:

“L’existence du pouvoir discrétionnaire n’est pas en contradiction avec le principe de légalité, il se définit, par rapport aux exigences de la légalité, de façon résiduelle: il commence là où elles s’arrêtent; puisque l’administration agit discrétionnairement, elle n’agit pas contre la légalité, puisque, par définition, sa liberté résulte de ce que la légalité, sur ce point, ne lui impose rien. La mesure du pouvoir discrétionnaire est donc fixée, pour chaque acte, par les exigences de la légalité à l’égard de cet acte” (7).

A arbitrariedade, de seu turno, é conduta antijurídica, é negação do direito. O agente público, agindo arbitrariamente, o faz baseado em sua livre vontade apenas.

Não pode a autoridade confundir o ato discricionário, lícito, em que lhe é concedida uma parcela de liberdade, para melhor atingir o fim comum, com o ato arbitrário, que se realiza com finalidade outra que não o bem público, ou de forma diversa daquela prevista em lei, visando apenas à satisfação de seus próprios interesses e fundando-se somente em sua livre vontade: este será sempre ilícito e nulo.

4 — Legalidade e finalidade

O princípio da legalidade, constante em toda a atividade administrativa, sistematiza-a juridicamente, amparando-lhe a organização e, ao mesmo tempo, protegendo o interesse geral. Através do princípio da legalidade, limitam-se os poderes do administrador, para que deles não extrapole e abuse.

Já o princípio da finalidade orienta o administrador no sentido de que ele só pode praticar o ato administrativo no sentido de atingir ao fim legal. Este fim será o bem público, o interesse coletivo, que estará sempre acima das situações particulares e interesses individuais.

Assim, a autoridade deve assentar os elementos de suas decisões nas necessidades públicas, que fundamentam toda a atividade administrativa. A finalidade do ato administrativo é outro de seus pressupostos genéricos e fundamentais. Será sempre dirigido a satisfazer a um fim: o de melhor

(7) JEAN RIVERO — op. cit., pág. 81.

servir à coletividade. Boa administração é aquela que acentua o valor comunitário do fim de seus atos.

As leis ora estabelecem fins gerais, ora fins determinados, privativos de determinada autoridade. Se o agente pratica o ato com finalidade legal, porém diverso daquele previsto na lei, há o desvio, ainda que realizado para atender a interesse público.

Sobre o desvio de finalidade, comenta ANDRÉ MAST:

“Il existe différentes sortes de détournement de pouvoir:

- 1 — La première est celle où l'organe administratif, oublieux de l'intérêt général, met son pouvoir en oeuvre aux fins de servir un intérêt particulier, que cet intérêt lui soit propre ou que ce soit celui d'un tiers.
- 2 — Mais l'acte entaché de détournement de pouvoir n'est pas nécessairement voué à la réalisation d'objectifs étrangers à l'intérêt public. Il peut avoir été pris en vue d'un intérêt général visé par la loi” (8).

Se o ato é praticado sem objetivar o interesse público, por motivos pessoais, caracteriza-se o desvio de poder. Se é praticado, embora atingindo o interesse público, porém com fim diverso daquele previsto em lei, caracteriza-se, também, o desvio de finalidade, e, conseqüentemente, o desvio do poder.

A Lei de Ação Popular define, em seu art. 2º, parágrafo único, alínea e, o desvio de finalidade:

“e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

5 — Circunstâncias excepcionais

Como ficou bem fixado nos itens anteriores, o princípio da legalidade tem por função a proteção ao bem comum e, além disso, assegurar a boa administração e conformá-la, ideologicamente, ao regime do Estado.

Entretanto, cumpre ressaltar que o princípio da legalidade pode comportar raras exceções, vez que, em certas circunstâncias, pode não ir de encontro à realidade. É um princípio geral, amplo e permanente: mas, não absoluto.

Em toda sociedade, há momentos de crise e de circunstâncias excepcionais, não previstas em lei. Assim, o princípio pode sofrer limitações, quando ocorrem tais circunstâncias, aqui bem explicadas por JEAN RIVERO:

“Par circonstances exceptionnelles, on entend certaines situations de fait qui ont le double effet de suspendre l'autorité des règles ordinaires à l'égard de l'administration, et de déclen-

(8) ANDRÉ MAST — *Précis de Droit Administratif Belge*, Éditions Scientifiques, Bruxelles, 1966, págs. 376, 377.

cher l'application à ces actes d'une légalité particulière dont le juge définit les exigences" (9).

As circunstâncias excepcionais representam aqueles fatos especiais, no curso da vida dos povos, como a guerra, a revolução, a ameaça de greve geral, os graves problemas sociais. Tais situações, anormais e imprevisíveis, podem exigir que o administrador não observe a lei, para proteger o bem comum, somente diante de tais circunstâncias, e provisoriamente, até que a situação se normalize. As regras gerais da ordem jurídica são flexibilizadas, a fim de que possa a autoridade agir de maneira mais eficiente e célere, para atender ao interesse coletivo. Todavia, continua o administrador sob o império da lei. É o que RIVERO denomina "legalidade de crise":

"L'autorité administrative est liée par la "légalité de crise", définie par le juge; de cette légalité, les éléments fondamentaux concernent, d'une part, le but poursuivi — l'acte du temps de crise doit nécessairement chercher à faire face à la crise; d'autre part, les moyens mis en oeuvre qui doivent être adaptés à ce but" (10).

Como se observa, durante tais crises, a autoridade continua sob o império da lei. Apenas a urgência na realização dos atos pelo administrador justifica, por exemplo, a prorrogação de competência, ou a inexigência de formalidades que possam retardar atos necessários ao atendimento do bem comum.

III — DESVIO DE PODER

1 — Abuso e desvio

A Administração Pública, no uso de seus poderes, procura atender ao bem-estar coletivo, disciplinando direitos e obrigações e garantindo legalmente a proteção às pessoas físicas e jurídicas. Os atos administrativos, por sua vez, situam-se dentro da legalidade e da finalidade, para sustentar os direitos individuais e, ainda, o bem público.

Entretanto, em todo governo, há sempre um instante de uso e um instante de abuso do poder. Não obstante as garantias de legalidade, há sempre um extravasamento de autoridade, caracterizando o abuso do poder.

Já preconizava MONTESQUIEU:

"La démocratie et l'aristocratie ne sont point des États libres pour leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin des limites.

Pour qu'on ne puisse abuser de pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une Constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire

(9) e (10) JEAN RIVERO — op. cit., págs. 83 e ss.

les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi permet" (11).

Ao realizar um ato com os poderes que lhe são conferidos, a autoridade administrativa pratica um ato sempre lícito; ao abusar do poder, o ato será sempre irregular e ilícito.

A doutrina, muitas vezes, usa as expressões abuso, excesso e desvio de poder como sinônimas. Podemos caracterizar, no entanto, o abuso como gênero, de que o excesso e o desvio são espécies. O abuso assinala a irregularidade e ilicitude do ato, compreendendo o excesso e o desvio. Existe excesso de poder, quando a autoridade pratica ato ultrapassando a competência que lhe foi legalmente conferida. Já no desvio, a autoridade restringe-se à sua competência, porém pratica o ato com finalidade diversa daquela especificamente prevista na lei.

A teoria do desvio de poder aparece no século XIX: é o "détournement de pouvoir", teoria criada pela jurisprudência do Conselho de Estado da França.

O móvel do desvio é sempre pessoal: quer por vingança, quer por motivo político ou religioso, ou, ainda, para favorecer a terceiros, a autoridade desvia-se do fim desejado pela lei, levada por sua intenção apenas.

O vício se apresenta sempre que o ato se afasta do fim legal. A investigação do vício deve ficar circunscrita à contradição entre o ato e o fim perseguido. Mas deve ser investigação zelosa, pois, movido por interesse pessoal, não irá o administrador inquirir o ato de vício flagrante. Procurará sempre fazê-lo de modo o mais dissimulado possível, tentando velar-lhe as distorções e mostrá-lo com toda a aparência de legalidade. Há que se fazer a apreciação das circunstâncias e comparar a intenção do legislador com a intenção da autoridade. Pode o ato apresentar-se de maneira perfeita e regular, mas haver contradição com aquele fim previsto em lei, causando prejuízo ao interesse coletivo.

Essencial, portanto, é acentuar-se que, no desvio de poder, o agente administrativo é competente para praticar o ato, mas usa de seus poderes para fim diverso daquele previsto legalmente.

2 — Legalidade e desvio

A lei fixa certa finalidade para o ato a ser realizado pela autoridade administrativa. Se a autoridade substitui esta finalidade, deturpando-a, há ilegalidade por desvio de poder. Mesmo em havendo efeitos de finalidade pública, a finalidade deve ser aquela prevista na lei que será aplicada.

A ilegalidade por desvio fixa-se, pois, no fato de a autoridade abusar do poder que lhe foi conferido para, usando de sua competência, atender a um fim diverso daquele prescrito em lei. Contrariando a finalidade, fere também a legalidade.

No excesso de poder, a discordância entre a lei e o ato administrativo é flagrante: a autoridade excede-se dos limites traçados à sua competência. No desvio, a contradição é mais sutil, mais difícil de ser revelada, por

(11) MONTESQUIEU — *De l'Esprit des Lois* — Tomo I, Ed. Garnier Frères, Paris, 1961, págs. 162/163.

praticado por autoridade competente: há desvio de finalidade objetiva, da determinação dos fins visados pela lei. Não basta que a finalidade pública seja invocada; faz-se necessário que esteja de acordo com a finalidade prevista na lei, sem distorções.

A relação legalidade-desvio de poder é bem esclarecida por CRETELLA JÚNIOR:

“O desvio de poder consiste num afastamento do espírito de lei, ou seja, para empregar uma expressão adaptada do direito penal numa **aberratio finis legis**.

Base para a anulação dos atos administrativos que nele incidem, o desvio de poder difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar se os **móveis** que inspiraram o autor de um ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam, realmente, inspirá-lo” (12).

Desviando-se da finalidade, abusando de seus poderes, há violação interna da legalidade do ato administrativo. O desvio do poder é, portanto, vício de legalidade interna que deturpa o ato administrativo e o torna passível de anulação.

3 — Alcance do desvio de poder

Objeto de discussão doutrinária é se o desvio de poder ocorre somente quando a autoridade administrativa abusa de seu poder discricionário, ou se também poderá fazê-lo quando pratica um ato no exercício do poder vinculado.

Evidentemente, ao usar do poder discricionário, o administrador tem maior liberdade para a apreciação e decisão do ato que irá realizar, ficando-lhe mais facilitado o desviar-se da finalidade perseguida. Sendo ela competente para praticá-lo e tendo maior amplitude na escolha dos meios, mais facilmente poderá desvirtuar o fim legal.

A maior parte dos doutrinadores sustenta somente haver o desvio do poder discricionário. Entre estes, podemos citar MARCELO CAETANO que, ao referir-se ao desvio do poder, diz:

“Como se vê, trata-se de um vício que apenas pode surgir com o exercício de poderes discricionários.

.....

De forma que tudo é legal nesta opção, contanto que o fim marcado pela lei seja atingido” (13).

Parece-nos, entretanto, não ser tão absoluta a afirmativa, podendo o desvio ocorrer também, mais raramente, no ato exercitado através do

(12) JOSÉ CRETELLA JR. — *Tratado de Direito Administrativo*. — Vol. II, 1.ª edição, Ed. Forense, 1966, pág. 242.

(13) MARCELO CAETANO — *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo* — Ed. Forense, 1977, Rio, pág. 177.

poder vinculado. Conforme esclarecemos anteriormente, o desvio de poder nunca é feito às claras, de maneira evidente, pelo administrador. De maneira dissimulada, poderá não estar violando a lei, mas sua finalidade específica. Poderá estar atingindo a finalidade do bem comum. Mas sua intenção, a parte subjetiva, o espírito da lei, e não a lei mesma, pode estar sendo distorcido. Por isso, o desvio é tão difícil de ser provado nos atos discricionários. Pode também sê-lo no vinculado. Deve-se dar ao juiz poderes amplos, para apreciar o ato, quando há dúvida fundada de desvio de poder, permitindo-se que o Judiciário compare a intenção do legislador e a intenção da autoridade que executou o ato, analisando as circunstâncias que o envolveram, inclusive apreciando o mérito, para, através do fato, apreciar-lhe a legalidade.

Isto tudo, porque a autoridade raramente praticará o desvio grosseiramente: o fim pode parecer legal.

A finalidade, que a lei especifica, é elemento integrante da legalidade do ato administrativo. Ainda quando o pratica com poderes discricionários, a autoridade está vinculada a ela. Assim, em ambos os poderes, tanto no vinculado, como no discricionário, a finalidade é vinculada. Sendo vinculada nos dois e podendo ocorrer em um, será passível de ocorrer em outro. O que se facilita no poder discricionário é a escolha dos meios, não do fim. Este, inclusive, delimita o âmbito de discricionariedade.

Além disso, como já dissemos anteriormente, mesmo no poder vinculado, os atos não estão rigidamente traçados pela lei: há sempre uma pequena margem de discricção, por não poder a lei prever todas as hipóteses e mudanças sociais.

Em todo ato administrativo, portanto, a finalidade e a legalidade são essenciais à perfeição do ato e use a administração dos poderes que usar, deles não poderá extrapolar, desviando-se da finalidade.

Observa CAIO TÁCITO:

“A competência discricionária ou vinculada varia de intensidade, abrangendo uma parcela mais ou menos ampla do ato administrativo. Mesmo nos atos de maior amplitude discricionária subsiste, porém, um elemento vinculado: a competência do agente e a finalidade da ação” (14).

Assim será o agente sempre vinculado à finalidade. E, sendo o desvio de poder o desvio de finalidade, poderá, dissimuladamente, realizá-lo nas duas hipóteses.

IV — CONCLUSÃO

No Estado moderno, o conceito de poder estatal e da delimitação da atividade governamental transformou-se grandemente. O Estado já não mais se restringe à defesa e guarda da ordem pública. Intervém e regula grande parte das atividades individuais, sempre zeloso do bem-comum. Em decorrência disto, ampliaram-se suas obrigações e, simultaneamente, seus poderes

(14) CAIO TÁCITO — *op. cit.*, pág. 101.

Para realizar todos os atos que julga necessários, o Estado intervencionista precisa de mais autoridade. Ao mesmo tempo, requer-se um controle legal constante sobre eles, para evitar que o uso dos poderes do Estado não se transforme em abuso. O limite desejado é aquele em que o Estado seja poderoso, dentro dos limites legais, funcionando legitimamente.

O princípio mais genérico, que alcança todos os atos administrativos, e fundamental em toda a atividade realizada pela autoridade é o da legalidade: tudo deve ser feito conforme a lei. Esta é a linha divisória entre o uso e o abuso do poder.

O princípio da legalidade abrange o da finalidade: não pode o agente da Administração contrariar a finalidade que a lei especificamente prevê; se o faz, há desvio de poder, infringindo a finalidade e a legalidade do ato e tornando-o passível de anulação.

O desvio de poder, espécie do abuso de poder, tem como característica o fato de ser praticado por autoridade competente, porém com distorção da finalidade prevista em lei. Não podem as autoridades usar seus poderes para fim diverso daquele previsto em lei, para aquele determinado ato.

No direito brasileiro, tanto na jurisprudência como na doutrina, a teoria do desvio de poder está ainda em formação. Mas já se encontram referências doutrinárias e alguns casos de anulação de atos administrativos em decisões de nossos tribunais. A legislação, ainda tímida, resguarda, no entanto, o indivíduo e a coletividade contra atos abusivos por parte da Administração: na Constituição, no art. 153, §§ 4º, 20 e 21; e na legislação ordinária, a Lei nº 221, de 21 de novembro de 1894, art. 13, § 9º; Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, art. 4º; Lei nº 1.207, de 25 de outubro de 1950; Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951; Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

BIBLIOGRAFIA

CAETANO, Marcelo — **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. Ed. Forense, Rio, 1977.

CRETELLA Júnior, José — **Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder**. Ed. Forense, Rio, 1978.

——— — **Tratado de Direito Administrativo**

DEMICHÉL, André — **Le Droit Administratif**. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978.

MARINHO, Josaphat — Anotações de Aula do Curso de Mestrado da UNB.

——— — Seminário realizado em Salvador, 1981.

MAST, André — **Précis de Droit Administratif Belge**. Éditions Scientifiques, Bruxelles, 1966.

MEIRELLES, Hely Lopes — **Direito Administrativo Brasileiro**. Edit. RT, 7ª edição, São Paulo, 1979.

RIVERO, Jean — **Droit Administratif**. Dalloz, Paris, 1980.

TÁCITO, Caio — **Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, 1975.

WALINE, Marcel — **Précis de Droit Administratif**. Éditions Montchrestien, Paris, 1969.

A correção monetária nos tribunais

ROBERTO ROSAS

Professor da Universidade de Brasília.
Advogado.

Com a Lei nº 4.357, de 16-7-64, estabeleceu-se a correção monetária dos débitos fiscais e com a Lei nº 4.380 estabeleceu-se a correção monetária das prestações dos imóveis do Sistema Financeiro da Habitação. No entanto, a jurisprudência antecipou-se à legislação como ocorreu com a atualização da pensão alimentícia, a indenização decorrente do acidente do trabalho, e a pensão decorrente da indenização por responsabilidade civil, calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustada às variações ulteriores (Súmula do STF nº 490).

De destacar-se o impulso dado à correção monetária, no chamado Diagnóstico para a Reforma do Poder Judiciário, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal em 1975:

“A pleora de processos cíveis, entre mais razões que a explicarão, encontra estímulo no desgaste do poder aquisitivo da moeda e na inexistência de atualização ou correção monetária das condenações” (item 9).

O fenômeno inflacionário despertou no jurista a necessidade de encontrar-se a solução para obviar as conseqüências da inflação sobre as relações jurídicas (WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA — *Direito Econômico*, Saraiva, 1980, pág. 538).

A história do direito indica o famoso caso do fornecimento de carvão para iluminação à cidade de Bordéus, na França, durante a Primeira Guerra Mundial (1918). Os contratos celebrados anteriormente ao evento catastrófico (1914) correspondiam mais à realidade econômica, e, por isso, o Conselho de Estado francês permitiu a atualização dos valores contratuais, para que ficassem consentâneos ao verdadeiro cumprimento do contrato. O adquirente não se locupletava das dificuldades do fornecedor que não podia mais encontrar o carvão prometido pelo preço fixado.

Dessa histórica decisão, o mundo jurídico foi alertado para a repercussão econômica nas obrigações, e quanto mais distante o cumprimento, maior era a desvalorização do *quantum* devido ou prometido.

Adotaram-se fórmulas de atualização, e essas soluções chegaram ao Brasil. Primeiro, com o desprestígio da moeda nacional, na fixação dos valores em libras esterlinas ou outra moeda estrangeira, levando o governo a editar o decreto de 1933 obrigando ao curso forçado da moeda brasileira. Não se admitia mais a contratação em moeda estrangeira, evidente burla ou sôfrega medida para evitar o esvaziamento dos contratos, salvo em situações excepcionais indicadas pela própria legislação. Após 1964 novas medidas são alvitadas pelo governo nos campos habitacional, locativo, fiscal e financeiro. Institui-se no Brasil a chamada correção monetária, solução econômica que tivera o respaldo jurídico, e ficou integrada no arsenal de soluções contra a inflação, ou a desvalorização da moeda.

O ressarcimento do dano pessoal foi o primeiro a clamar a atualização do valor. O atraso no cumprimento da obrigação de indenizar era deveras lastimável, e o credor da obrigação muitas vezes aguardava anos para o recebimento.

É o dano causado por lesões físicas ou morais à pessoa. Por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal já assentava na Súmula nº 490: a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se às variações ulteriores.

A indenização por dano pessoal tem caráter alimentar, a própria manutenção, a subsistência do indivíduo. Não pode ser postergada. Dessa forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal passou a aceitar a correção monetária na indenização do dano pessoal (Ex.: RE nº 70/289 — RTJ 57/439; RE nº 71.549 — RTJ 58/764), não sem antes exigir a previsão legal (RE nº 72.648 — RTJ 59.626), exigência superada.

As várias regras do Código Civil impunham o pleno ressarcimento do dano. O obstáculo era encontrar-se a fórmula de atualização do valor, isto é, o valor entre a época do dano e a época do pagamento da indenização, muitas vezes mediando anos entre esses termos.

O ponto básico da indenização das perdas e danos é a indenização do dano patrimonial previsto no art. 1.059 do Código Civil, o que efetivamente se perdeu. Logo, o desfalque no patrimônio de quem sofreu o dano, donde a observação de CLÓVIS BEVILÁQUA, em comentário ao art. 1.060, de que a reparação deverá ser a mais completa que for possível. Essa reparação se dá com a moeda nacional, que reflete um valor econômico, como impõe o art. 1.534 do Código Civil.

CARVALHO SANTOS ainda observa que o verdadeiro conceito de dano representa toda a diminuição do patrimônio do credor, a perda ou diminuição do patrimônio que o credor sofreu (interpretação do art. 1.059).

Outro ponto norteador está no art. 1.536 do Código Civil. Para a liquidação de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio termo do preço entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhe os juros da mora.

No direito alienígena a questão do valor do dano a ser ressarcido é matéria para ser enfocada pelos doutrinadores ao regram a responsabilidade civil.

ADRIANO DE CUPIS, ao apreciar o ressarcimento do dano como objeto da responsabilidade civil, assinala que a reintegração do pedido consiste em restituir ao sujeito lesado o seu valor econômico, restaurar o equilíbrio comprometido (*Il Danno*, 2ª ed., pág. 212).

HENRI LALOU levanta o problema da desvalorização da moeda para admitir a necessidade da atualização do valor, como forma de ressarcimento pleno (*Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, 6ª ed., § 186).

O Zivilprozessordnung (ZPO), o Código de Processo Civil alemão, em seu art. 323, assinala a possibilidade de modificação fundamental das circunstâncias que foram tidas em conta para a condenação ou a determinação da quantia da prestação ou da duração desta; cada parte está autorizada a reclamar a modificação da sentença.

Já no CPC brasileiro a liquidação da sentença por arbitramento (art. 606) dá-se por exigência da natureza do objeto da condenação, e até por imposição do § 1º do art. 1.536 do Código Civil, ou pela substituição da prestação na espécie ajustada, pelo seu valor em moeda corrente (art. 1.534 do C.C.). AMILCAR DE CASTRO refere-se expressamente às obrigações resultantes de ato ilícito, que conduzirão à liquidação por arbitramento, com a nomeação de perito para fixar o valor (*Comentários ao CPC*, vol. VIII, pág. 125, Ed. Revista dos Tribunais).

Por último, chegamos ao enriquecimento sem causa do lesante, em contraposição ao lesado, na diferença entre a situação real e a situação

atual do patrimônio do lesado, como se encontraria se a conduta não fosse praticada. O que o BGB (§ 812) identifica como enriquecimento, através da chamada doutrina do *Suweisungsgeklit* (conteúdo da destinação) ou, como denominam os doutrinadores alemães chefiados por KARL LARENZ e ESSER, o lucro obtido pela intervenção no direito alheio, é feito em desfavor do titular do direito sempre que se apresenta como realização do valor econômico, que lhe pertence.

Ficara excluída a atualização da indenização de danos patrimoniais. TULLIO ASCARELLI não discrimina o dano patrimonial do dano pessoal. Para ele ambos devem ser reembolsados num valor suscetível de atualização, proporcionando a reparação integral do dano.

O obstáculo à atualização decorria da inexistência de previsão legal, em obediência ao nominalismo monetário. E assim, o Supremo Tribunal negara reiteradas vezes a correção monetária na indenização do dano patrimonial, à falta de lei autorizativa, como ocorria, na indenização pela desapropriação (exs.: RE nº 82.291 — RTJ 76/752 — 72/137; RE nº 71.050 — RTJ 59/848; 69/260).

De longa data, o Min. Aliomar Baleeiro votava vencido nessa tese para admitir a correção monetária. Não era crível aceitar-se, num regime monetário de evidente inflação, o desfalque na reposição do valor patrimonial atingido por outrem. A restituição do *quantum* não mais correspondia à realidade econômica, e o devedor enriquecia indevidamente (RTJ 53/378; 56/858; RE nº 70.019).

A despeito da oposição pretoriana maior, alguns juízes se posicionaram em favor da atualização do valor da indenização do dano patrimonial (exs.: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro — RT 484/167; votos no Tribunal de Justiça de São Paulo, entre os quais o do então Des. Rodrigues de Alckmin). Com o ingresso deste ilustre magistrado na Suprema Corte, o Min. Baleeiro recebia um aliado para a sua tese. As vezes clamava pelo reajuste, e até com argumentos meta-jurídicos, porém, convenientes ao debate.

O congestionamento forense com causas fundadas na responsabilidade civil era intenso, principalmente de danos materiais, e em especial em consequência de acidentes de veículos. Como diz o importante Diagnóstico para Reforma do Poder Judiciário, oferecido pelo Supremo Tribunal, em 1975 (§ 9º): a plethora de processos cíveis, entre mais razões que a explicarão, encontra estímulo no desgaste do poder aquisitivo da moeda e na inexistência de atualização ou correção monetária das condenações. Obrigado pelo Estado a recorrer-lhe à jurisdição, para obter reparo de lesão do seu direito, o demandante vencedor obtém reparação incompleta e desvaliosa, pela indispensável demora da demanda, com benefício do litigante sem razão. Assim se expressa o

Diagnóstico na reforma mais veraz possível. Assim já ocorrera com as indenizações. O poder público sempre procrastinava, para pagar quantia insignificante.

Já o clássico do direito português, COELHO DA ROCHA, afirmava que a reparação se deve até ao concorrente valor da utilidade, tirada do fato, que causou o dano.

Por esse caminho, o dano material indeniza-se e a indenização converte-se numa dívida de valor, e, por isso, suscetível de atualização (ARNOLDO WALD, *A Correção Monetária no Direito Privado Brasileiro*).

No RE nº 79.663, julgado em 18-9-1975, o Supremo Tribunal consagrava a tese da atualização da indenização decorrente do dano material. Eis a ementa do acórdão: “Responsabilidade civil. Danos materiais — Dívida de valor — Correção monetária — Decisão que determina a atualização da importância dos danos, no pagamento, pela aplicação dos índices de correção monetária, por ser de valor a dívida. Para que haja completa reparação do dano, a indenização, como dívida de valor, deve ser atualizada com relação à data do pagamento”.

Após essa histórica decisão, a Suprema Corte impõe a indenização dos danos materiais (RTJ 75/978; 76/314; 76/883; RE nº 84.829; RE nº 84.468; RTJ 86/560; RTJ 87/549; RTJ 88/581). E finalmente consubstanciou-se em enunciado da Súmula nº 562: “Na indenização de danos materiais, decorrentes de atos ilícitos cabe a atualização de seu valor, utilizando-se para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária”.

É bom frisar-se que a tese predominante admite a atualização do valor da indenização pelo dano material. Não está radicalmente ligada à correção monetária, mas a qualquer critério de atualização que possa conduzir ao reajustamento do valor. O Min. Moreira Alves observou com propriedade sobre a excelência dos índices de correção monetária para obviar as sucessivas avaliações e conseqüentes perícias (RTJ 76/885).

Enfim, a atualização do *quantum* indenizatório está assegurado em relação às dívidas de valor, aos danos pessoais e aos danos materiais. Ainda se persegue o ideal absoluto do reajustamento total nas dívidas em geral, dentre elas a dívida em dinheiro.

O fenômeno inflacionário despertou no jurista a necessidade de encontrar-se a solução para obviar as relações jurídicas.

Como conseqüência dessa evolução pretoriana foi baixada a Súmula nº 562 do STF: “na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária”.

Sem dúvida, não se pode olvidar a grande contribuição do Ministro Allomar Baleeiro. Por isso, com justiça transcrevemos os pontos essenciais de sua contribuição:

“Por outro lado, numa época em que a inflação não é mais a endemia do Brasil e dos povos mal desenvolvidos com surtos epidêmicos e breves nas nações maduras feridas pela guerra — a correção monetária passou a ser um imperativo ético e jurídico, que o legislador, a jurisprudência e a doutrina cumprem a passos largos.

A preocupação dos economistas e juristas em torno dos problemas teóricos e práticos suscitados pela indexação ou pela correção da moeda mostra-se bem intensa nos últimos 20 anos, quando ainda se não generalizara no mundo o impacto inflacionário com a política árabe do petróleo neste momento.

Reporto-me aos ensaios de E. JAMES, HAMEL (que fez conferências no Rio), JUGLART e H. VIAUX (este sobre o Direito Comparado) na *Revue Économique* (Paris, março de 1955, págs. 161 a 221). Ou aos trabalhos de E. L. BACH, J. BARRIÈRE, A. DECOCQ, J. P. DOUCET, M. GENDREL e O. KUHNMUNCH, reunidos pelo Prof. PAUL DURAND sob o título *Influence de la Dépréciation Monétaire sur la Vie Juridique Privée* (Paris, 1961).

Aliás, no Brasil, há mais de 15 anos, ocupa-se com o problema o Prof. ARNOLDO WALD em monografias e artigos.

Contra o mito clássico do nominalismo e de estabilidade do dinheiro nas leis, há muito considera-se autônomo um ramo jurídico, o direito monetário, de que é obra das mais completas a de ARTHUR NUSBAUM *Derecho Monetario Nacional e Internacional* (trad. esp., Buenos Aires, 1954).

O Supremo Tribunal, ainda que um tanto tímido, *data venia*, vem construindo pretoriamente uma revisão de conceitos, para remediar a lentidão do legislador, que, por enquanto, só trouxe soluções parciais e discriminatórias, agravando o mal pelas desigualdades reinantes: uns recebem a correção, outros são espoliados pelo mais desenvolvido locupletamento indebito.

Lembro as dúzias de acórdãos sobre a correção monetária na impropriamente chamada “desapropriação indireta”, consociação de reivindicatória convertida em ação de perdas e danos. Igualmente, os muitos julgados em indenização de atos ilícitos.

Alguns passos decisivos no aperfeiçoamento pretoriano de nosso direito, nesse campo, foram dados por acórdãos inesquecíveis, como, por exemplo, o de LUIZ GALLOTTI, de 18-3-74, da 1ª Turma, unânime, no Recurso Extraordinário nº 77.803, em que a correção foi concedida na devolução de preço por unidade de venda de imóvel de área inferior ao módulo legal. Outro de igual avanço, o de ADAUCTO LÚCIO CARDOSO, da 2ª Turma, unânime, de 18-6-68, no Recurso Extraordinário nº 64.122, *RTJ* 45/500, caso de correção admitida em rescisão de contrato de compra e venda pela culpa do vendedor.

Esses e outros julgados mostram que, ao invés de divergir, o venerando acórdão embargado segue as tendências do pensamento do Supremo Tribunal na solução do dificultoso problema. E não percamos de vista que estamos diante dum caso de indenização por atos criminosos dos órgãos jurídicos da empresa embargante.

Afinal, o Supremo de 1974 é aquele mesmo que CAMPOS SALES modelou no Decreto nº 848, de 11-10-1890, à imagem da Corte Suprema dos Estados Unidos, com as mesmas *funções de freio e também de acelerador do Poder Legislativo*. E desse agosto Tribunal americano MARTIN SHAPIRO escreveu que, entre as suas tarefas, tem a de cientista político, legislador trabalhista, elaborador de diretrizes políticas (policy-maker) e economista (*Law and Politics in the Supreme Court. New Approaches to Political Jurisprudence*, N. Y., 1964).

Em nenhum outro assunto atual, pois, é mais urgente a ação construtora do Supremo do que nessa da correção monetária, sem a qual o cumprimento das obrigações se degrada numa irrisão” (Embargos — RE nº 75.504).

No âmbito da desapropriação atendeu-se à proposição constitucional da justa indenização.

Dispõe a Lei nº 4.686, de 21-6-1965, que, decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o Juiz ou o Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado.

Toda a discussão passou a girar em torno da expressão “decisão final” porque, em tese, essa lei trouxe lenitivo a muita injustiça em matéria de desapropriação infundável, contra o dispositivo constitucional do justo preço.

Argumentou-se que essa expressão encerrava a decisão do Juiz de primeira instância, e não poderia ser aplicado o princípio à apelação.

No voto do Min. Victor Nunes (*RTJ* 46/205) demonstrou-se a aplicação da correção monetária aos processos pendentes. (Nesta sú-

mula aplicou-se a regra de que a lei nova incide nos processos pendentes.)

Em exaustivo voto o Min. Aliomar Baleeiro demonstrou a aplicação da correção monetária, também em recurso extraordinário (RE nº 65.395 — RTJ 52/711; 75/882 e 941; 65/750). A correção monetária é a forma de ajuste da indenização conforme exige a Constituição Federal, isto é, o valor atual e justo. Por isso, a lei que a instituiu nos processos de desapropriação deve ser aplicada imediatamente, em qualquer fase, pois a Constituição manda indenizar pelo valor real (RE nº 71.625).

A correção monetária deferida pela Lei nº 4.686/65 dimana do preceito constitucional da justa indenização pela perda da propriedade. Caracteriza-se a indenização pelo depósito da condenação. Se ele não se efetuou, logo deve haver a atualização (Súmula do STF nº 561).

Alguns pontos têm surgido na aplicação da correção monetária. Em essência a correção monetária é a atualização da dívida. Portanto, é compatível a cumulação de perdas e danos com a correção monetária. É cumulável a cláusula penal com a correção monetária e também possível a cobrança da correção monetária com juros.

A consagração da correção monetária como forma de atualizar os débitos é perfeita. Para ilustrar o casuísmo basta relemos as recentes aplicações na jurisprudência do Supremo Tribunal. No ilícito contratual (RE nº 92.780 — RTJ 96/444). Na apuração de haveres comerciais (RE nº 86.791 — RTJ 97/264).

Uma observação econômica adverte para a correção monetária como fonte realimentadora da inflação, invocando-se o exemplo da Finlândia. Na verdade, não serão os débitos fixados pelo Poder Judiciário que irão afligir o fenômeno inflacionário, porque no conjunto econômico eles representam uma pequena parcela dos débitos em geral, sejam dívidas de dinheiro ou dívidas de valor. Injustiça seria pagar-se com moeda defasada.

A matéria mais discutida no momento decorre da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, que determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial. Exprime o art. 1º: a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive custas e honorários advocatícios. Num caso concreto, o Supremo Tribunal incluiu a correção monetária a partir de 8-4-81, com índice da ORTN (Ação Rescisória nº 948 — DJ de 31-8-81).

Essa Lei nº 6.899 será uma lei processual? Logo, invocariamos o direito intertemporal, isolando os atos anteriores. Seria lei de direito

material, porque apenas aparente lei processual, mandando atualizar o débito. Logo, fixa o valor da indenização, o *quid* da indenização, a expressão monetária, tornando-a contemporânea com a atualidade da condenação. Portanto, distinguir-se-ão: a dívida de dinheiro (*quantum*) da dívida de valor (*quid*). Na primeira, o respeito à coisa julgada e, na segunda, a execução, aplicando a lei.

O único obstáculo à correção monetária na dívida em dinheiro era a não-previsão legal. Portanto, nesse pormenor está superada a omissão, e, por isso, aplicável a correção monetária. Também não há dúvida da desnecessidade do pedido para a condenação com correção monetária. A falta de pedido não importa em condenação superior ao demandado, pois a reparação deve ser ampla, assim tem entendido o Supremo Tribunal (RE nº 92.832; RE nº 93.415 — Juriscível do STF nº 101/86), e até admite-se com pedido oral do advogado da tribuna (TFR — AC nº 66.386 — DJ de 15-10-81 — pág. 10.248).

Veja-se importante decisão do STF:

“Correção monetária. Lei nº 6.899/81. A entrada em vigor dessa lei, no tocante à aplicação da correção monetária, independe da forma de seu cálculo (interpretação dos arts. 2º e 4º). Ademais, o Plenário do STF já firmou o entendimento de que tal correção é devida apenas a partir da entrada em vigor desse diploma legal, que a criou.

Com base nessas premissas, as custas já pagas anteriormente a essa lei deverão ser corrigidas monetariamente a partir da vigência dela, e, em caso contrário, a partir do momento em que foram pagas; quanto aos honorários advocatícios que foram fixados em valor certo (aferível por mero cálculo) no momento da condenação, quando se levaram em conta os critérios do § 3º do art. 20 do CPC, a atualização monetária somente ocorrerá a partir da data dessa condenação” (RE nº 93.644 — Rel. Min. Moreira Alves — DJ de 6-11-81, pág. 11.102).

Qual a natureza dessa lei? Afirmam-na lei processual (ARNOLDO WALD — *Revista de Informação Legislativa*, 69/260). No entanto, ela é lei material, aparentemente lei processual. Ela manda atualizar o débito, preexistente à execução, logo o valor da indenização, o *quid* da indenização, a expressão monetária tornando-a contemporânea com a atualidade da condenação (*quantum*).

Qual o momento inicial da incidência da correção monetária?

Há precedente legislativo mandando aplicar a correção monetária a partir da lei (Lei nº 4.862 c/c Lei nº 5.670). No entanto, na presen-

te lei necessita-se da distinção. Se é dívida em dinheiro, somente a partir da lei poder-se-á exigir a correção, pois o suporte legislativo ausente surgiu com a Lei nº 6.899. Mas para as dívidas de valor, não. Para estas a correção começa a partir da citação, porquanto instalou-se a relação processual (TFR — AC nº 34.397 — DJ de 8-10-81, pág. 9.984; STF — RE nº 92.657 — RTJ 97/867). Se na dívida de valor houver correção monetária anterior à lei, é uma involução, pois antes do diploma legal era tranqüila a incidência da correção monetária, e até hilariante. Se alguém fosse condenado a pagar dívida de valor no dia 8 de abril de 1981, pagaria correção monetária a partir da citação da ação. No entanto, se essa sentença fosse prolatada no dia 10 de abril (9 de abril — data da publicação da lei), ela incidiria a partir da Lei nº 6.899. A Reunião dos Juizes das Varas Cíveis da Capital de São Paulo considerou, por maioria, a aplicação da correção nas causas pendentes de julgamento a partir do ajuizamento da ação. Diversas decisões do Tribunal Federal de Recursos aplicam a lei aos processos em curso (AC nº 66.810 — DJ de 17-9-81, pág. 9.117); às custas e honorários (AC. nº 71.163 e nº 71.244 — DJ de 17-9-81, pág. 9.109; STF — RE nº 93.644 — DJ de 6-11-81).

Também aplica-se a correção monetária na execução (TFR — AC nº 72.671 — DJ de 8-10-81, pág. 9.986), visto que a lei fala em aplicação em todas as causas pendentes de julgamento (art. 3º), logo, se ainda não houver a execução, há pendência de julgamento (TFR — AC nº 70.410 — DJ de 17-9-81, pág. 9.118 — liquidação não efetivada). Invoca-se recente decisão do Supremo Tribunal, por despacho de seu ilustre Presidente na Ação Rescisória nº 948, em fase de execução. S. Exª mandou aplicar a correção monetária a partir da lei, e com os índices da ORTN. Essa decisão foi agravada, e o Pretório Excelso manteve a decisão. No caso concreto, são vencimentos atrasados; portanto, essa orientação não pode ser aplicada a todos os casos.

Aplica-se a Lei nº 6.899 à liquidação do julgado, a partir de sua vigência, com base na ORTN (TFR — AC nº 70.330 — DJ de 25-3-82, pág. 2.493; AC nº 70.949 — DJ de 25-3-82, pág. 2.493). Na execução da sentença, se não houve pedido inicial, aplica-se a lei a partir de sua vigência (TFR — AC nº 74.574 — DJ de 18-2-82, pág. 1.042; AC nº 74.559 — DJ de 11-2-82, pág. 727).

Com o advento dessa importante lei, e com sua regulamentação (Decreto nº 86.649, de 25-11-1981), muitos trabalhos foram publicados com excepcional contribuição: ADA PELEGRINI GRINOVER — “A Correção Monetária nos Tribunais” — *O Estado de S. Paulo*, 21-2-82, pág. 35; PAULO RESTIFFE NETO — *O Estado de S. Paulo*, 29-11-81; IRINEU STRENGER — *O Estado de S. Paulo*, 8-11-81; ROBERTO MORTARI CARDILLO — *Ibidem*, 29-11-81; LUIZ BENINI CABRAL — *Ibidem* — 24-11-81; FRANCISCO CESAR PINHEIRO RODRIGUES — *Ibidem*, 19-11-81; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO — *Vox Legis*.

A correção monetária e a regulamentação da Lei n.º 6.899, de 8-4-81

SEMY GLANZ

Magistrado e Professor no Rio de
Janeiro

Continua a controvérsia sobre a lei que manda aplicar a correção monetária a “qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios”. Já tivemos ocasião de comentar alguns aspectos, especialmente os do direito intertemporal (**Revista dos Tribunais** 549/35). Vieram à luz diversos trabalhos, em que, conforme a conveniência ou interesse dos comentadores, são indicados dois aspectos que afastam a plena vigência da lei: a vedação da retroatividade, sustentando-se a aplicação da lei apenas a contar de sua publicação; e a regulamentação, que impede a plena aplicação e a vigência da lei.

Função da moeda. Como sabido, a moeda tem várias funções, sendo uma delas a de medir valores. No trabalho acima indicado, já tivemos ensejo de afirmar que, em época de acentuada inflação, a moeda passa a ser simples **medida de valor momentâneo**. Uma dívida de dois mil cruzeiros, hoje, não é mais a mesma se for paga dentro de um mês. Se a dívida consiste em dar ao credor certa quantidade de moeda, fazendo-o o devedor no vencimento, além de privar o credor da quantia esperada, ainda o lesa, e a ninguém é lícito lesar a outrem. Ora, quem deve moeda e pode reter o pagamento sem qualquer sanção tentará sempre pagar depois — quanto mais tarde melhor. Sabemos de casos em que o devedor, tendo de pagar ao credor um débito de cinqüenta mil cruzeiros, preferiu aplicá-los em caderneta de poupança, que rende juros e correção, além de permitir abatimento do imposto de renda. Torna-se ainda mais injusta a situação se for permitido aos maus devedores recorrer ao Poder Judiciário, estorvando ainda mais o seu precário funcionamento com inúmeras ações, afinal julgadas contra o devedor, mas em verdade premiando-o, por admitir-se o pagamento em moeda desvalorizada.

Dívidas de dinheiro e de valor. Para obviar tal injustiça, a doutrina formulou a concepção jurídica das dívidas de valor, distinguindo-as das dívidas de dinheiro, ou dívidas pecuniárias; as primeiras só convertidas em certo número de moedas no instante do pagamento, pois que o devedor não deve, originalmente, uma soma monetária, mas deve satisfazer uma necessidade, como os alimentos ou a indenização. Assim, quem causa dano ao automóvel de outrem não deve mil, ou dois mil cruzeiros; deve o **valor** do conserto, que hoje pode custar dois mil e daqui a um mês pode custar quatro mil cruzeiros. O responsável pelo dano deve um valor: o custo do conserto, cuja quantia se apura no momento do pagamento. Diverso é o caso de alguém que pediu o empréstimo de uma quantia. Recebeu dois mil cruzeiros e só deve dois mil cruzeiros, mais os juros contratados. Ora, para a dívida de valor já a doutrina e a jurisprudência haviam consagrado a correção, que, conforme demonstramos em trabalho anterior (**Revista dos Tribunais** 519/21), já era admitida pelo Código Civil. A jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, na **Súmula**, adotou tal entendimento e acabou consagrando a dívida de valor corrigível. Restava, porém, a dívida de dinheiro, que, em época inflacionária, deixava ao desamparo grande número de credores. Os maus devedores, como vimos, estimulados pela aceitação da fixidez do montante do débito, preferem usar o Judiciário, mesmo arcando com os juros, custas e honorários. Só por isto sobreveio a Lei nº 6.899, de 1981.

Alcance da nova lei: só dívidas de dinheiro. Se a dívida de valor já admitia pacificamente a correção monetária (a nosso ver, repita-se, desde a vigência do Código Civil), seria inútil a nova lei se apenas viesse confirmá-lo. A nova lei estendeu a correção às chamadas dívidas de dinheiro ou dívidas pecuniárias, em que ainda havia discrepância em nossa jurisprudência.

Pletora do Judiciário. Recorrendo ao Judiciário, mesmo sabendo não ter razão, o mau pagador acabava obtendo vantagem, pois era condenado a pagar o mesmo valor nominal, apenas acrescido de juros legais, com prejuízo para os credores.

Fato mais grave ainda é que, com tais entendimentos, não havendo lei que mandasse corrigir os débitos, os devedores relapsos procuram obstruir de qualquer modo o funcionamento dos diversos juízos (até mesmo pela corrupção, que é vantajosa), para não permitir o julgamento, usando de qualquer recurso com fins protelatórios. Assim, a falta de correção de dívidas de dinheiro, salvo raros casos, estimulou a multiplicação das causas e dos recursos.

Retroatividade e direito adquirido. Diz um dos argumentos contra a nova lei: se a lei nova cria um direito material, não pode ser retroativa. Cabe indagar: terá a nova lei criado um direito material? A nosso ver, não. O que se consagrou na nova lei foi algo que já vinha sendo adotado, mas timidamente, e previsto em lei anterior. A regra antiga é: todo aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 159 do Código Civil). O que se compreendeu é que, pagando a destempo e sem razão, o devedor está causando dano ao credor, pois a moeda não mais corresponde à solução do débito. Logo, ou se corrige a moeda “errada” ou se consagra o dano ao credor. Por outro lado, não vale argumentar com os juros legais, sabendo que são de apenas meio por cento ao mês, se a inflação atinge a taxa de sete ou oito por cento ao mês. Ainda que o devedor pague os juros de 0,5% ao mês, o devedor estará lucrando cerca de 7% ao mês. Não importa também que o Código Civil tenha a regra do art. 1.061, dizendo que as perdas e danos consistem nos juros de mora e custas, pois este deve ser lido dentro do sistema, e o art. 948 do mesmo Código Civil diz (desde 1917) e está em vigor: “Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor [da moeda] mais favorável ao lesado.” Lesado é o credor que, por culpa do devedor, recebe com atraso. Veja-se: o legislador do Código Civil não considerava a moeda tão estável e, ao contrário, mandava pagar ao lesado pelo valor mais favorável da moeda. Assim, se a moeda do momento de pagar é pior (desvalorizada), lesando o credor, deve a quantia ser corrigida. Isto foi consagrado pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (Súmula 561).

Portanto, a nova lei não criou um direito material: confirmou o direito já vigente no Código Civil, desde 1917. O chamado princípio da reserva legal (não há correção sem lei) era decorrente de má perspectiva do intérprete. Por outro lado, é preciso afastar a concepção de que a lei não pode ser retroativa: a lei pode e muitas vezes é retroativa. Até no direito penal é admitida a retroatividade, para beneficiar o réu. Logo, a lei só não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido. Cabe perguntar: terá o devedor em mora o “direito adquirido” de lesar seu credor? Recordemos a correção monetária dos débitos fiscais. Antes, o mau pagador tinha só vantagem em pagar imposto com multa e juros, e só em parte a correção os desestimulou. Terá o devedor direito adquirido de não pagar o que deve? Se o devedor paga no vencimento e não se estipulou a correção, a dívida é o que foi estipulado. Mas se o pagamento é feito em cruzeiros e o devedor prefere discutir, sem razão, indo a juízo, terá “direito” de pagar o mesmo número de moedas? Se o credor ajuizou ação dois anos antes da lei em comento, e pagou custas e honorários, deve receber só parte do seu crédito, embora seja o devedor condenado? Entender de tal

modo é negar a vigência do art. 159 do Código Civil. Mas se uma lei manda corrigir a moeda, que já não vale o mesmo que valia no dia do vencimento da dívida, para dar ao credor o direito de receber o que já devia ter recebido antes, como entendê-la retroativa?

O mesmo ocorre com as custas e honorários, desde que se consagrou a regra processual do sucumbimento. Esta manda apenas reembolsar o que foi o autor obrigado a despende. O reembolso é dívida de valor, já o dizia TULLIO ASCARELLI (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., 1969, pág. 184. *As Dívidas de Valor*, págs. 165 e segs.). Assim, corrigindo o débito a partir do vencimento, não vemos em que se esteja atingindo o direito adquirido do devedor. Ao contrário, o direito do credor é que está sendo menos violado. Pois mesmo corrigindo a moeda, ainda estará lesado o credor, que não recebera a tempo. Conclusão: a lei não é retroativa, mas, se o fosse, não atingiria qualquer direito adquirido do devedor.

O tardio regulamento. Após longos meses, quando já se pensava que não mais haveria regulamentação, surgiu o Decreto nº 86.649, de 25-11-81, publicado no **DO**, de 26-11-81. O art. 1º manda corrigir a dívida líquida e certa pela aplicação da variação das ORTNs. Fala-se em mês do vencimento do título. Convém lembrar que o título não significa apenas título de crédito (como letra de câmbio e nota promissória), mas também o documento em que se constituiu o débito (como qualquer contrato). No entanto, o parágrafo único do art. 1º deixa dúvida quanto ao seu alcance: o **caput** se refere a dívida líquida e certa; o parágrafo diz: “nos demais casos, o divisor será o valor da ORTN no mês do ajuizamento da ação”. Quais serão os demais casos? Por oposição ao **caput**, teríamos a conclusão de que são as demais dívidas não líquidas. Ora, a redação deste parágrafo está de acordo com o texto da própria lei (§ 2º do art. 1º da Lei nº 6.899/81). Como fixar tal dívida? Sem dúvida, não foi feliz o legislador. Como sabemos, já se havia consagrado em nossa jurisprudência, após longa exposição doutrinária, a chamada dívida de valor (no Brasil, é de rigor destacar a notável contribuição teórica do jurista ARNOLDO WALD).

Assim, não restava mais dúvida quanto à dívida de valor: a partir de sua existência, embora não seja líquida, o valor em cruzeiros, se apurado em momento diverso do efetivo pagamento, devia ser corrigido. Incluem-se os alimentos e as indenizações em geral, inclusive o reembolso de despesas, como visto. Até para os danos materiais, em que a jurisprudência relutou, sem fundamento sério, já que a natureza é a mesma, já se pacificara o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com a Súmula 561.

Ora, se alguém causa um dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, é bom repetir. Se a moeda varia, se a inflação altera os preços, é claro que só corrigindo o que se deve e ainda não se pagou se poderá atenuar a diferença do valor do débito em dinheiro.

Se alguém deixou de pagar alimentos, que são dívidas de valor, não pode beneficiar-se para só corrigi-lo após o ajuizamento da ação. Como ninguém vai a juízo imediatamente, só recorrendo ao Judiciário se falham as tentativas, como beneficiar ao devedor, para só corrigir o que deve a partir do ajuizamento? Por outro lado, se fosse uma nota promissória, seria corrigida desde o vencimento. Se cuidamos de alimentos, bem mais importantes, como corrigir após o ajuizamento?

Assim, a interpretação lógica, cabível, leva a concluir que os demais casos são muito raros. Seria, por exemplo, uma dívida líquida em que não se fixou o vencimento. Ainda assim, constituído o devedor em mora, antes do ajuizamento, não vemos por que desprezar a fixação do vencimento. Se alguém cobra uma dívida e interpela o devedor, por não ser fixado o vencimento, a partir da interpelação deve incidir a correção. Na indenização há regras tradicionais e em vigor, não revogadas; é o caso do art. 962 do Código Civil: "Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou".

Ora, geralmente a ação é movida após tentativas de solução amigável. Como, neste caso, corrigir o débito a partir do ajuizamento? Por outro lado, convém não confundir a correção com o pagamento de juros, cujas regras variam em casos previstos no Código Civil. Nada impede que os juros se contem da citação inicial, embora a correção monetária se faça a partir do momento em que era devido.

Exemplifiquemos: alguém causa dano a um veículo alheio. Fica logo obrigado a repará-lo; desde que o fez, ou, na linguagem do Código, desde que perpetrou o delito (no sentido de ato ilícito), está em mora; mas qual o débito? Só apurando o valor do conserto. Avaliado o conserto, sabe-se o valor devido. Por outras palavras, faz-se a liquidação da dívida, isto é, fica-se sabendo quantos cruzeiros correspondem à indenização. Mas não sendo o dano pago imediatamente, preferindo o devedor discutir durante meses ou anos, em face da acentuada inflação, não é possível pagar a mesma quantidade de cruzeiros, porque nenhuma oficina aceitará o valor de um conserto avaliado anteriormente. Acresce que os preços não acompanham sempre as variações das ORTNs e vice-versa. A variação das ORTNs costuma ser abaixo dos preços correntes de bens e serviços. A variação

das ORTNs é mensal. Se a dívida é liquidada em data do início do mês e o devedor a paga no fim do mesmo mês, não se faz a correção. Mas a oficina dificilmente aceitará o mesmo valor.

Quanto às custas, o art. 2º deu regra lógica: o cálculo se faz a partir do pagamento delas.

As causas pendentes de julgamento. O art. 3º do regulamento fixou regra que já vinha sendo aplicada, mas altamente discutível. Diz que, nas causas pendentes de julgamento ao entrar em vigor a lei, e nas execuções de dívidas líquidas após a vigência da lei, a correção se fará a partir de 9-4-1981. Qual a razão lógica? Respondem alguns que é evitar a retroatividade da lei. Mas, como vimos acima, o entendimento vem de errônea perspectiva: a de que a retroatividade seria prejudicial ao devedor. Com isto, prejudica-se o credor, em benefício do devedor, atribuindo-se a este um estranho "direito adquirido" de prejudicar o seu credor. Pior ainda: sabendo que a correção só incide a partir da vigência da lei, ou seja, 9-4-81, ante a acentuada inflação, estimula-se o mau pagador a protelar ao máximo o pagamento e o desfecho da demanda. Todos os recursos (e são muitos) serão usados e ainda os não comprováveis (a corrupção, a advocacia desonesta, como a retirada de autos pelo advogado, que só os devolve depois de intimado, não sendo ele punido na maioria dos casos).

Mais ainda: a esperança de que as ações iriam diminuir pela ameaça de eficiente correção não haverá. O Poder Judiciário continuará abarrotado, não só pelas dificuldades de meios de pagamento, como pelas facilidades de não se corrigir o débito, salvo parcialmente. Assim, será melhor depositar o valor devido em caderneta de poupança (que rende juros, correção e ainda permite o desconto do imposto de renda) do que pagar ao credor o que é devido.

Os débitos da Fazenda. O art. 4º do regulamento ressalva os débitos da Fazenda. É preciso lembrar que não foram estes bem regulados. A Fazenda Pública, se não é paga no vencimento, exige multas e correção, o que nos parece correto. Mas a recíproca não é aplicada. Se a Fazenda nos deve e não paga ou não devolve, não há correção, salvo se reconhecidas em sentença (o que, aliás, já foi consagrado por nossa Suprema Corte, com base no princípio da isonomia).

Deveria ficar claro que a repetição de indébito em favor do contribuinte importa sempre em correção monetária, desde o momento do pagamento. Afinal, a correção monetária não é pena, mas um simples reajuste, e não podemos aplicar dois pesos e duas medidas para a mesma questão.

O crime no Anteprojeto de Código Penal de 1981

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPe, Membro do Conselho Nacional de Política Penitenciária. Advogado Criminalista

SUMÁRIO

- 1 -- *Introdução*
- 2 — *Relação de causalidade*
- 3 — *Tentativa*
- 4 — *Crime doloso e crime culposo*
- 5 — *Erro de fato*
- 6 — *Erro de direito*
- 7 — *Coação irresistível e obediência hierárquica*
- 8 — *Exclusão de ilicitude*
- 9 — *Da imputabilidade penal*
- 10 — *Do concurso de pessoas*

1 — *Introdução*

O Anteprojeto de Lei que altera dispositivos do Código Penal e dá outras providências, conforme o texto final, aprovado em Belo Horizonte, na reunião de seis de novembro de 1981, pelos três membros da ilustre Comissão Revisora,

Trabalho lido e debatido em São Luís, na Primeira Jornada Maranhense de Direito Penal, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Maranhão, realizada nos dias 13, 14 e 15 de janeiro do corrente ano.

N.R. — O Anteprojeto do Código Penal (Parte Geral) foi publicado no *Diário Oficial* de 11-3-81 para recebimento de sugestões. Vide Quadro Comparativo do Anteprojeto e do Código vigente in *Revista de Informação Legislativa*, nº 70, abril/junho 1981, p. 305.

Professores FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, MIGUEL REALE JÚNIOR e JAIR LEONARDO LOPES, conserva, nas suas linhas gerais, o espírito do Título II — *Do Crime* — do Código Penal de 1940. Exceção feita à profunda reforma substancial da matéria do erro de direito, as demais alterações contidas no Anteprojeto referido, Títulos II, III e IV, que compreendem os arts. 13 a 31, valem como aperfeiçoamento, ou busca de aperfeiçoamento, do Código Penal em vigor. A história falou alto e bem. No trabalho em prol do aperfeiçoamento, algumas vezes o Anteprojeto inspira-se em orientação doutrinária diferente da doutrina que inspirou o Código Penal de 1940, e, na maioria das vezes, procura uma redação mais precisa ou, simplesmente, uma terminologia nova. Tentemos uma análise dos Títulos II, III e IV do Anteprojeto de Lei em estudo, conforme a ordem dos artigos. E vejamos se tudo que conserva é de conservar; se tudo que inova é de inovar; e se a inovação é sempre feliz e digna de acolhimento legislativo.

2 — *Relação de causalidade*

O Código Penal, no art. 11, *caput*, disciplina a relação de causalidade deste modo:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Por sua vez, o Anteprojeto, no art. 13, *caput*, preceitua:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido.”

Duas alterações foram feitas. A primeira, de linguagem, consistente na substituição do indicativo *depende* pelo subjuntivo *dependa*. Assim, em vez de “O resultado, de que depende a existência do crime”, o menos expressivo “O resultado, de que dependa a existência do crime”. Agora, é de perguntar: por que a substituição do indicativo pelo conjuntivo? Sem pedantismo gramatical, sabe-se que o encontro do presente do indicativo, como o verbo da oração principal, com o presente do subjuntivo, como o verbo da oração subordinada, seja esta substantiva ou adjetiva, sucede, entre outras hipóteses, quando o modo conjuntivo exprime algo futuro e incerto. Assim, “desejo que venhas”, “tenho necessidade de que faças alguma coisa”. No art. 13 do Anteprojeto, tudo é exposição, é indicação; logo “o resultado, de que depende a existência do crime”, ou seja, o resultado de que depende, na apreciação pelo presente, a existência do crime, o resultado real, acontecido, o fato, numa palavra. E não “o resultado, de que dependa a existência do crime”. A redação do art. 11 do Código Penal, além de mais enérgica e elegante do que a redação do art. 13 do Anteprojeto, é a redação correta. Ainda fazendo finca-pé nesta questão de linguagem, seja lembrado, não de passagem apenas, que o art. 40 do Código italiano, sob a rubrica *rapporto di causalità*, aonde o legislativo foi buscar inspiração para

redigir o art. 11 do Código Penal, exprime-se no modo indicativo, e desta maneira: "L'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato". E não de que "dipenda la esistenza del reato", no modo subjuntivo. O art. 40 do Código italiano é este:

'Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.'

Afastada, porém, não está a possibilidade de um erro de datilografia, que passou despercebido aos eminentes membros da Comissão.

A segunda alteração diz respeito à orientação doutrinária. O Código Penal considera a ação e a omissão como *causa* do resultado. O Anteprojeto considera o agir como causar, e o omitir como não impedir o resultado. É o antigo e atual problema da causalidade da omissão. Aqui não é o lugar para discuti-lo. Mas, por que mudar o discutível pelo igualmente discutível? Se nenhum progresso para a lei e para a prática, melhor conservar o art. 11 do Código Penal, cuja redação é melhor do que a do art. 13 do Anteprojeto. Além do mais, pode-se considerar o "não impedir o resultado" como forma de "causar o resultado", e tudo volta para a estaca zero. Outro caminho é o escolhido pelo Código alemão, que deixa o problema da relação de causalidade para a doutrina e fixa os limites da omissão punível. Veja-se que a causalidade é uma *relação*. E observe-se que o Código Penal não disciplina *relações*: tipicidade, antijuricidade, culpabilidade, punibilidade. Em tese, a melhor solução, pensamos.

Como defrontamos, porém, uma tradição legislativa, que deita raízes no Código italiano, e como a doutrina e a jurisprudência nacional vêm trabalhando, há quarenta anos, e apontando dúvidas e as removendo, e fixando limites, e fazendo esclarecimentos vários, tudo sobre o campo legislativo da relação de causalidade, pensamos, igualmente, que não traz prejuízo para a prática, e para a atividade da justiça penal, o fato de conservar-se, no Código Penal, a disciplina da relação de causalidade, mantida, repetimos, a redação do art. 11, acrescentando-se, conforme o Anteprojeto, dois parágrafos, o primeiro, sobre a causa superveniente, acrescido da palavra adverbial *relativamente*, e o segundo, sobre a relevância penal da omissão, com as modificações a seguir propostas e discutidas.

Para a *superveniência de causa independente*, o Código Penal destina o parágrafo único do art. 11, e o Anteprojeto, o parágrafo 1º do art. 13. O Anteprojeto (na redação final), embora conservando a rubrica "superveniência de causa independente", acrescenta, no texto do parágrafo 1º, o advérbio *relativamente: causa relativamente independente*. A distinção entre causas absolutas e relativamente independentes, em que pese a ser doutrinariamente duvidosa, oferece, contudo, na observação do Professor BASILEU GARCIA, interesse prático que justifica o parágrafo primeiro do art. 13 do Anteprojeto, que pretende colocar, na lei, a interpretação do parágrafo único do art. 11 do Código Penal, feita pelo Ministro Nelson Hungria.

O Código Penal não estabelece norma para a *relevância da omissão*. O Anteprojeto (na redação final), acertadamente, o faz, no parágrafo 2º do art. 13, desta forma:

“A omissão é penalmente relevante, quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Cinco observações queremos fazer.

Pela primeira observação, temos o intuito de pedir ao legislador que medite sobre a possibilidade de ser atenuada, facultativamente, a pena para os casos de omissão imprópria. Sabe-se que, de modo geral, a ação revela, mais do que a omissão, uma personalidade mais decidida, de mais iniciativa, para a prática do crime. Por outro lado, verifica-se que a chamada *omissão própria* é apenada com mais suavidade do que os crimes por ação. Para ilustração, leia-se o Capítulo III — *Da Periclitación da Vida e da Saúde* —, Título I — *Dos Crimes Contra a Pessoa* —, do Código Penal. E note-se, após a leitura, que todos os crimes previstos no Capítulo referido — perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave, perigo para a vida ou saúde de outrem, abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido e maus tratos —, todos são sancionados com pena mais grave do que a pena que sanciona a omissão de socorro: detenção de um a seis meses, ou multa de seiscentos cruzeiros a quatro mil cruzeiros. Para introduzir no Código Penal a atenuação da pena para o crime omissivo, o legislador brasileiro dispõe de um bom modelo: o parágrafo 13 (2), combinado com o parágrafo 49 (1), do Código alemão: “Die Strafe kam nach § 49 Abs. 1 gemildert werden” (A pena pode atenuar-se conforme o § 49).

Agora a segunda observação. No *caput* do art. 13 e na alínea *b* do § 2º, lê-se *impedir* o resultado; e no § 2º, lê-se *evitar* o resultado. Para maior precisão, deve-se usar, no *caput* e no § 2º, ou o primeiro ou o segundo termo: ou *impedir* ou *evitar*. O termo *evitar* parece-nos mais preciso do que *impedir*. Basta recordar a frase “evitar um perigo”. Já “impedir um perigo” não soa bem, ou não soa tão bem quanto “evitar um perigo”. Sem dúvida, o “impedir”, que surge, também, no art. 13 do Código Penal, embora este Código empregue, no art. 20, o “evitar”, resultado da influência da leitura doutrinária e do Código italiano.

A terceira observação é esta: em vez de “devia e podia agir para evitar o resultado”, basta dizer “devia e podia evitar o resultado”, porque o verbo *evitar* constitui uma forma de *agir*.

A quarta observação diz respeito à ordem das alíneas *a*, *b* e *c* do § 2º do art. 13 do Anteprojeto. Entendemos que o que está sob a alínea *b* deve passar

para a alínea *c*, e vice-versa. Há duas formas especiais do dever de agir: a *obrigação legal* e o *comportamento anterior*. Logo a forma geral, ou *de outra forma*, deve ocupar o último lugar, ou seja, ficar sob a alínea *c*.

A quinta e última observação diz respeito às palavras *risco* e *ocorrência*, que surgem na alínea *c*: “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. Assim, em vez de “risco da ocorrência do resultado”, pode-se dizer, com mais técnica e concisão, “perigo do resultado”. E, se o perigo já é o resultado, diz-se simplesmente, “evitar o perigo”. Com mais técnica, porque “risco” é termo da linguagem do direito privado. No direito penal, não se diz, por exemplo, “risco de vida”, “risco de desabamento”, mas “perigo de vida”, “perigo de desabamento”. Com mais concisão, porque manifesta é a economia de linguagem na expressão “perigo do resultado”.

A nosso ver, o § 2º do art. 13 deve ter a seguinte redação:

“A omissão é penalmente relevante, quando o omitente devia e podia evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) com seu comportamento anterior, criou o perigo do resultado;
- c) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado.”

Com a relevância penal da omissão contida na alínea *c* do § 2º do art. 13 do Anteprojeto, alcançam-se práticas omissivas que têm dignidade penal e que escapavam no Anteprojeto Hungria. Deste modo, na alínea *c* referida, estão incluídos os chamados deveres de comunidade, que podem continuar obrigando mesmo que a comunidade continue existindo sem a causa inicial que lhe deu origem. O caso real, por exemplo, do jardineiro que, após ser despedido, permanece alguns momentos na área do jardim e, por vingança, deixa uma criança tenra, filha do patrão, afogar-se no poço em redor do qual costumava recrear-se, pode ser alcançado pela alínea *c*, porque, mesmo tendo desaparecido o vínculo empregatício, a comunidade continuou existindo pela presença do jardineiro no jardim e, com a existência da comunidade, o vínculo do dever de comunidade. Na hipótese, encontramos, com JIMÉNEZ DE ASÚA, um homicídio, e não, como pretende SEBASTIÁN SOLER, uma simples omissão de socorro.

3 — Tentativa

O art. 14 e parágrafo único do Anteprojeto reproduz o art. 12 e parágrafo único do Código Penal. Nenhuma desvantagem enxergamos na disciplina legal do crime consumado. Como está, está bem.

O art. 15 do Anteprojeto na redação final, em lugar de dizer, como diz o art. 13 do Código Penal, na matéria da desistência voluntária e arrependimento eficaz, “desiste da consumação do crime”, expressa-se melhor dizendo “desiste de prosseguir na execução”. Para unificação de termo, em lugar de “impede

que o resultado se produza” do art. 13 do Código Penal, e do art. 15 do Anteprojeto, diga-se “evita que o resultado se produza”.

No tratamento do crime impossível, o art. 17 do Anteprojeto reproduz as palavras do art. 14 do Código Penal. É redação que acolhe tradicional doutrina. O Anteprojeto suprime a aplicação de medida de segurança, verificada a periculosidade do agente, como está nos arts. 14 e 76, parágrafo único, do Código Penal, combinados. Supressão acertada. Periculosidade em crime impossível?...

Na matéria geral da tentativa, o Anteprojeto introduziu uma novidade legislativa: a que está contida no art. 16, sob a rubrica *arrepentimento posterior*. Trata-se de norma inspirada em costume policial verificado no Brasil inteiro. Costume policial que não é inteiramente digno de censura, *de lege ferenda*. Diz o art. 16 do Anteprojeto (na redação final):

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

A norma é louvável. Todavia, o lugar dela não é o Título II — *Do Crime* —, mas o Título V — *Das Penas* —, precisamente o Capítulo III — *Da Aplicação da Pena*. A observação que estamos a fazer agora, fizemo-la quando de uma das reuniões da Comissão de Redação do Código Penal, à qual comparecemos atendendo ao honroso convite de seus ilustres membros. Sem dela ter tomado conhecimento, observação idêntica foi feita pelo Professor ALCIDES MUNHOZ NETTO, no colóquio realizado em Goiânia, para o estudo do Anteprojeto de Código Penal. Deste modo, não somente um, mas dois professores de Direito Penal manifestaram-se a respeito da matéria em foco, razão suficiente, cremos, para um reexame da futura posição, no Código Penal, do “arrepentimento posterior”.

Observe-se que o chamado arrepentimento posterior difere, substancialmente, do arrepentimento eficaz, não se devendo sobrepor a identidade nominal a duas realidades distintas. Observe-se, ainda, que o Código Penal e o Anteprojeto, ao contrário do Código Penal de 1969, tratam o erro de execução, a *aberratio delicti*, no capítulo da aplicação da pena, e não no título correspondente ao crime, onde o erro sobre a pessoa encontra o lugar certo. Deste modo, o tratamento unitário do erro, na doutrina, não implica o tratamento unitário na lei. Sabe-se que existe um *sistema* tanto na doutrina quanto no Código, funcionando o sistema doutrinário conforme a arte da didática e a ordem da ciência, e o sistema legislativo, conforme a técnica da lei e a prática da justiça. Diga-se o mesmo, repetindo, quanto ao “arrepentimento eficaz” e o “arrepentimento posterior”, e com uma ressalva: tanto o erro sobre a pessoa quanto o erro sobre a execução pertencem à dinâmica do crime, estão dentro da ação, da atividade criminosa, o que não acontece com o “arrepentimento eficaz” e o “arrepentimento posterior”, uma vez que no “arrepentimento eficaz”, embora esgotada a execução, o crime ainda não está consumado, e no “arrepentimento posterior” a consumação já se tinha verificado.

4 – Crime doloso e crime culposo

O Anteprojeto, no art. 18, I e II, e parágrafo único, trata do crime doloso e do crime culposo, reproduzindo o art. 15, I e II, e parágrafo único, do Código Penal. Apenas uma observação no art. 18 do Anteprojeto. Ao tratar do crime doloso (I), o art. 18 preceitua: “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Entendemos melhor a seguinte redação: “quando o agente quis o fato ou assumiu o risco de produzi-lo”. A segunda redação, aqui proposta, é mais aberta à discussão doutrinária, porque, ao dizer-se “resultado”, toma-se a posição doutrinária de que todos os crimes têm resultado, e, dizendo-se “fato”, deixa-se a questão de crimes com ou sem resultado aos cuidados da doutrina, doutrina esta que é o certo e único lugar daquela questão.

Uma novidade surge, porém, no Anteprojeto, no que respeita à disciplina do crime doloso e do crime culposo. A novidade encontra-se no art. 19, sob a rubrica *agravação pelo resultado*. Trata-se de velha orientação doutrinária, que busca, agora, penetrar o Código Penal. Alguns comentários merece o art. 19 do Anteprojeto. Tentemos fazê-los.

O resultado *morte*, por exemplo, pode ser produzido por ação dolosa de matar – *animus necandi* –, ou por ação culposa (homicídio culposo). Acontece que a *morte* pode ser resultado de uma ação dolosa de lesão corporal – *animus laedendi*. Na terceira hipótese, alguns autores apontam uma duplicidade de resultados e uma duplicidade de elementos subjetivos: dolo pela lesão e culpa pela morte. Deparamos com a teoria do crime misto de dolo e culpa, que encontrou acolhida no Código sardo e no Código toscano, e no atual Código alemão:

“§ 18 – Schwerere Strafe bei besonderen Tatfolgen. Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine Schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt” (Quando a lei comina uma pena mais grave a um especial resultado do ato, esta só se aplica ao autor ou ao partícipe se produziu o resultado ao menos culposamente).

Seguimos a doutrina que explica o resultado agravante como exemplo de responsabilidade objetiva dentro do direito penal, porque nos parece inconcebível que uma só ação possa ser, ao mesmo tempo, dolosa e culposa, e também porque o resultado menos grave é absorvido pelo resultado mais grave (EVERARDO DA CUNHA LUNA, “Os crimes qualificados pelo resultado”, in *Ciência Penal* – 3, Bushatsky, São Paulo, 1974, pp. 285-315). Sucede que estamos diante de uma doutrina que vem triunfando e penetrando as legislações, em que pese às sérias críticas que vem sofrendo da parte de um pequeno e seletivo número de autores alemães. (Consulte-se, a propósito, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. de MIR PUIG Y MUNOZ CONDE, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 786, especialmente a nota 45.) E a doutrina está presente no Anteprojeto (redação final), art. 19, sob a rubrica *agravação pelo resultado*:

“Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado, ao menos, culposamente.”

Não adianta, neste momento, gastar latim com objeções. Tudo indica que o art. 19, acima transcrito, incorporar-se-á ao Código Penal. O mais prático, portanto, é tentar dizer como deve ser ele interpretado e aplicado. Vejamos.

Em primeiro lugar, a culpa referente ao resultado mais grave, indicada no art. 19, não deve ser considerada como a culpa do crime culposo, isto é, como elemento constitutivo subjetivo do crime, mas como circunstância judicial subjetiva, prevista no art. 42 do Código Penal sob a denominação de "gradação da culpa". Pode, à primeira vista, parecer estranho falar de "gradação de culpa" em crime doloso. As coisas se aclaram, todavia, desde que seja exigida, para a fixação de responsabilidade pelas conseqüências do crime, a previsibilidade dessas conseqüências. O Anteprojeto (na redação final), no art. 59, sob a rubrica *fixação da pena*, substitui as expressões "intensidade do dolo" e "gradação da culpa", do art. 42 do Código Penal, pelo termo "culpabilidade", entendida a culpabilidade, a nosso ver, como circunstância judicial subjetiva para o fim da aplicação da pena.

Em segundo lugar, deve-se oferecer à teoria da equivalência das condições, para os casos de agravação especial pelo resultado em estudo, o corretivo da teoria da causalidade adequada. Para produzir o resultado *morte*, causa adequada, de regra, é uma paulada na cabeça, e causa inadequada, por exemplo, uma lesão pequena e rasa no dedo da mão.

Em terceiro lugar, e isto para evitar o perigo de tratamento desigual na aplicação da justiça aos casos concretos, deve-se exigir, como "grau de culpabilidade", a "culpa grave", a "imprudência temerária".

Em quarto e último lugar, a agravação da pena, prevista em vários artigos do Código Penal, deve ser modificada em favor do abrandamento. A pena, por exemplo, de quatro a doze anos de reclusão, para a lesão corporal seguida de morte, é indefensável. O critério do Código Penal de 1969 é aceitável, podendo servir de modelo à futura reforma da Parte Especial do Código Penal.

5 – *Erro de fato*

O art. 20 do Anteprojeto, sob a rubrica *erro sobre elementos do tipo*, trata do erro de fato desta maneira:

"O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se prevista em lei."

Duas observações a fazer.

A primeira quanto à substituição do termo *fato*, tradicional, pelo termo *tipo*, moderno. O termo tradicional é o preferível, não só porque tradicional, mas também porque o termo moderno *tipo*, talvez mesmo por ser moderno, é passível, em doutrina, de múltiplas interpretações. Por *tipo* ora se entende o conjunto dos elementos objetivos do crime; ora os elementos objetivos, com algumas referências subjetivas e valorativas; ora o conjunto de todos os elementos constitutivos do crime, objetivos e subjetivos, fatuais e valorativos. Sem

mencionar que alguns doutrinadores falam de “tipo de erro”, “tipo de justificação” etc. É termo, portanto, que deve ser reservado à doutrina. Por último, veja-se que o próprio Código alemão, no parágrafo 16, não usa, como rubrica, a expressão *erro de tipo*, que seria *Irrtum über Tatbestand*, mas a expressão *erro sobre circunstâncias do fato* — *Irrtum über Tatumstände*. O termo *Tatbestand*, aliás velho termo da legislação alemã, talvez inspirada pela linguagem jornalística, só surge no corpo do artigo 16.

A segunda observação, quanto à redação do art. 20. O emprego do verbo *permitir* foi infeliz. Sabendo-se que as normas jurídicas são imperativas, proibitivas e permissivas, é evidente que a punição de um fato como crime emana de uma norma proibitiva e jamais permissiva. A expressão, contida no art. 20, “o erro permite a punição por crime culposo” padece de dois equívocos incontornáveis. Primeiramente, o que *permite* não é o *erro*, mas a *norma*. Em segundo lugar, a permissão contém a idéia de concessão, de faculdade, por isso é que, no direito penal, são normas permissivas, por exemplo, as normas da exclusão de criminalidade, como legítima defesa, estado de necessidade etc. Em síntese, uma norma que incrimina um fato ou é imperativa, ou é proibitiva: jamais permissiva. A impropriedade técnica, apontada, pode ensejar, na prática, a seguinte interpretação: faculta-se a punição do erro culposo. Absurda não a interpretação, mas a possibilidade dela.

Na redação final, ao *caput* do art. 20 seguem-se três parágrafos: o primeiro, sob a rubrica *discriminantes putativas*; o segundo, sob a rubrica *erro determinado por terceiro*, que reproduz o *caput* do art. 17 do Código Penal, na parte referente às justificantes putativas, bem como os §§ 1º e 2º do artigo referido; e o terceiro, que reproduz o art. 17, § 3º, do Código Penal, sob a rubrica *erro sobre a pessoa*. Não houve modificação na estrutura das frases dos parágrafos, mas na ordem delas: o § 1º do art. 20 do Anteprojeto conservou, na sua segunda parte, o § 1º do Código Penal, e acresceu-se da disciplina das discriminantes putativas.

Por que alterar o art. 17, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Código Penal, e alterar, *data venia*, para pior? A nosso ver, o artigo e parágrafos referidos devem continuar como estão no Código Penal: *erro de fato* (art. 17), *erro culposo* (§ 1º), erro determinado por terceiro (§ 2º) e erro sobre a pessoa (§ 3º). Além de tudo, com a conservação sugerida, faz-se economia de palavras.

6 — Erro de direito

A modificação mais importante ao Código Penal, contida no Anteprojeto, é a do art. 21 e parágrafo único, sob a rubrica *erro sobre a ilicitude do fato*, pela qual se introduz, em nossa legislação penal comum, a relevância do erro de direito. Trata-se de uma solução de transação e transição, que deve ser louvada em sua essência e finalidade. Esta a redação final;

“Art. 21 — O desconhecimento de lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único — Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa circunstância.”

O art. 21 do Anteprojeto (na redação final), acima transcrito, inspirou-se no § 17 do Código alemão. A rubrica, no Código alemão, é *erro de proibição* — *Verbotsirrtum* —, que o projeto traduz, livremente, por *erro sobre a ilicitude do fato*. Tradução livre por tradução livre, por que não manter-se a expressão tradicional *erro de direito*? Veja-se que a versão argentina da Parte Geral do Código Penal alemão, de autoria de JULIO CÉSAR ESPÍNOLA (Depalma, Buenos Aires, 1976), traduz a rubrica do § 17 — *Verbotsirrtum* — por *error de derecho*, mantendo, assim, a frase romanista, a frase da latinidade e da romanidade. Agora, no corpo do artigo, a expressão “erro sobre a ilicitude do fato” merece aplauso. Julgamos preferível o termo *ilicitude* ao termo anti-juridicidade, antijuricidade, injuricidade, por, no mínimo, quatro razões: 1ª) é o termo tradicional, na linguagem do direito brasileiro; 2ª) é o termo que unifica, lingüísticamente, um só e único conceito para todos os ramos do direito; 3ª) é o termo que corresponde, no direito penal, à antiga expressão *ilícito penal*; e 4ª) é o termo de mais fácil pronúncia e de ortografia definitivamente fixada.

Sucede, porém, que o Anteprojeto, logo na primeira parte do art. 21, faz um acréscimo desnecessário ao espírito do artigo referido: “O desconhecimento da lei é inescusável”. Dizemos “acrécimo”, porque essa inescusabilidade do desconhecimento da lei não figura no art. 17 do Código alemão:

“Fehlt dem Tater bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Tater den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. gemildert werden” (Se no momento do ato, falta, por erro inevitável, a consciência do ilícito, exclui-se a culpabilidade do autor. Se o autor podia evitar o erro, a pena pode ser atenuada conforme o § 49, n.º 1.)

Nem podia figurar, porque o erro inevitável sobre a ilicitude do fato implica, necessariamente, o inevitável desconhecimento da lei, seja por simples ignorância, seja por errada compreensão. Deste modo, a segunda parte do art. 21 do Anteprojeto — “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena” — anula, irremediavelmente, a primeira parte do artigo referido e mais uma vez transcrita: “O desconhecimento da lei é inescusável.” E também porque, se o erro evitável sobre a ilicitude do fato não isenta de pena, inteiramente desnecessário é dizer que “o desconhecimento da lei é inescusável”.

Toda a confusão provém de que o art. 16 do Código Penal — “A ignorância ou a errada compreensão da lei não isenta de pena” — considera inescusável tanto o desconhecimento da lei sob o aspecto formal, isto é, o preceito legal, como o desconhecimento da lei sob o aspecto material, isto é, a ilicitude do fato. Para abrandar o férreo comando, porém, é que doutrina e jurisprudência dissociam, às vezes, os dois aspectos de uma só e única realidade jurídica,

dizendo, por exemplo, que a ignorância da lei não isenta de pena, mas a consciência do ilícito integra o dolo. Puro expediente prático para, fugindo da letra do Código Penal, melhor servir à justiça material, mais nada.

Sucedee, ainda na matéria do erro de direito, que o Anteprojeto (redação final), no elenco das circunstâncias atenuantes, inclui, entre tais circunstâncias, "o desconhecimento da lei" (art. 65, II). A nosso entender, aqui o desconhecimento da lei implica o conhecimento da ilicitude, porque, se assim não fora, teríamos o erro de direito evitável, ou inevitável, já previsto no art. 21. Deste modo, o art. 65, II, do Anteprojeto conduz à seguinte interpretação: quando o agente, ou omitente, pratica o fato com a consciência da ilicitude e sem conhecer a lei que o define como ilícito, a pena deve ser atenuada. Num país, como o Brasil, de analfabetismo crônico reinante, a regra é o desconhecimento da lei, ou do artigo de lei. Então, o reconhecimento da circunstância atenuante, em estudo, passa a ser a regra geral. Pelo menos, sob o ponto de vista pedagógico, não somos favoráveis à presença de tal circunstância, porque a finalidade educativa da lei deve visar, em primeiro lugar, a formar, nos espíritos, o respeito pelo direito, ao conhecimento material, daquilo que deve ou não deve ser. O conhecimento da lei, em relação ao conjunto das pessoas, ocupa o segundo plano, ressalvada a classe dos especialistas em leis, ou seja, os homens de direito, que têm a obrigação, por dever profissional, de conhecer os meandros legais.

Como, porém, assunto puxa assunto, e as palavras vivem realmente, o conteúdo da circunstância atenuante, em estudo, sugere-nos não outro caminho, mas o mesmo caminho apontado, com distância diminuída. Sabe-se que, muitas vezes, o agente, ou o omitente, pratica o fato com a consciência de sua ilicitude, conhecendo que aquilo que faz "não está direito", não é aprovado pela sociedade em que vive, e, contudo, age, ou omite, na plena convicção de que não está praticando um crime, alguma coisa que desperta a polícia e "dá cadeia". Com a convicção de que está praticando uma simples irregularidade, digamos, uma simples irregularidade administrativa. Assim, por exemplo, o funcionário público que permanece no exercício do cargo após completar os setenta anos de idade, e que, embora sabendo que a Constituição não o permite, fica realmente surpreendido quando alguém o informa que aquela sua permanência indevida no cargo, além de ofender o interesse da administração, constitui o crime de *exercício funcional ilegalmente prolongado*, previsto na segunda parte do art. 324 do Código Penal. Uma circunstância assim deve atenuar a pena, razão pela qual sugerimos que se dê ao art. 65, II, do Anteprojeto a seguinte redação:

"Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – *omissis*;

II – o desconhecimento da lei penal."

Um segundo acréscimo existe no *caput* do art. 21 do Anteprojeto, que reputamos feliz: é a fixação do *quantum* para o efeito da diminuição da pena – um sexto a um terço, quando o erro é evitável. Feliz a fixação; o

quantum, não tanto. Por que não fixar os limites da diminuição, ou redução, da pena, na hipótese em estudo, de modo a unificar as reduções especiais da pena contidos no Título II e Título III, Parte Geral, do Código Penal? Ou seja, *um a dois terços* (art. 12, parágrafo único; art. 20, § 2º; art. 22, parágrafo único, e art. 24, parágrafo único)? Veja-se que, mesmo assim, a pena é muito mais grave do que a que sancionaria o crime culposo. E o erro evitável é, na essência, um erro culposo.

O parágrafo único do art. 21 do Anteprojeto é também, com referência ao Código alemão, um acréscimo. Tivemos a honra de colaborar, através de correspondência, com o Coordenador da Reforma Penal, o eminente Professor e Procurador da República FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, na redação do parágrafo referido. Depois, verificamos ser desnecessária uma definição legal da evitabilidade. Evitável é tudo que não for inevitável: tentar conceituar, na lei, a evitabilidade é como tentar conceituar, também na lei, a imprudência, ou a negligência. A definição, ou a fenomenologia, da evitabilidade deve ser tarefa da jurisprudência e da doutrina. Além do mais, suprimindo-se o parágrafo único do art. 21 do Anteprojeto, ganha-se em economia de linguagem.

7 – Coação irresistível e obediência hierárquica

O art. 22 do Anteprojeto, que disciplina a coação irresistível e a obediência hierárquica, reproduz o art. 18 do Código Penal. Trata-se de causas de exculpação, além das quais nada se pode acrescentar, a não ser, na exclusão da ilicitude, implícito no art. 23, parágrafo único, do Anteprojeto, o *excesso sem dolo e sem culpa*, ou seja, a *exclusão da ilicitude subjetiva* (estado de necessidade subjetiva, legítima defesa subjetiva, estrito cumprimento de dever legal subjetivo e exercício regular de direito subjetivo). A chamada inexigibilidade de outra conduta, modernamente, como demonstra JESCHECK, na obra acima citada, II, pp. 686-689, não pode ser entendida como causa geral de exculpação supralegal, constituindo, no máximo, para certas hipóteses, um *princípio regulativo*.

8 – Exclusão de ilicitude

No art. 23, III, do Anteprojeto, em lugar do “em estrito cumprimento do dever legal”, deve-se pôr “em estrito cumprimento de dever legal”, assim como está dito “no exercício regular de direito”, e não “no exercício regular do direito”. Além da unificação da linguagem das duas frases, o emprego da preposição *de* é de melhor técnica do que o emprego da contração “do”.

Sabe-se que a riqueza de sinonímia é virtude da prosa artística. Na linguagem da lei, porém, a multiplicidade, ou a dualidade, de sinônimos é desaconselhável não só estilisticamente, como porque pode trazer dificuldades para a boa interpretação. Deste modo, quando o Anteprojeto, no art. 24, que disciplina o estado de necessidade, preceitua “Considera-se em estado de necessidade”, deve empregar o mesmo verbo *considerar* no art. 25, que disciplina a

legítima defesa, dizendo, em lugar de “Entende-se em legítima defesa”, “Considera-se em legítima defesa”. Por que preferir *considerar* a *entender*, quando ambos os verbos podem ter a significação de *julgar*? Porque “considera-se em” é mais eufônico do que “entende-se em”, frase esta em que o som /en/ ouve-se, ecoando, três vezes seguidas, sem falar na subsequente palavra *quem*. Aliás, como se sabe, a dualidade sinonímica encontra-se no Código Penal, pelas palavras que iniciam os arts. 20 e 21.

Do mesmo modo que na exculpação, não existe na exclusão de ilicitude justificação suprallegal. A excludente do exercício regular de direito abrange todas as possíveis hipóteses de exclusão de ilicitude não abrangidas pelo estado de necessidade, pela legítima defesa e pelo estrito cumprimento de dever legal. O direito penal é um *hortus clausus* que está aberto, no campo da licitude, ou da justificação, a todos os ramos do direito, ou melhor, ao direito como um todo.

9 – Da imputabilidade penal

A imputabilidade penal ocupa o Título III, Parte Geral, do Anteprojeto, compreendendo os arts. 26, 27 e 28.

O art. 26 do Anteprojeto (na redação final) reproduz o art. 22 do Código Penal, substituindo, porém, a rubrica *Irresponsáveis* por *Inimputáveis*, e, no *caput*, o adjetivo *criminoso* por *ilícito*, melhorando a redação vigente.

O parágrafo único do art. 26 do Anteprojeto (na redação final) também reproduz o parágrafo único do art. 22 do Código Penal, substituindo igualmente a rubrica – em vez de *redução facultativa da pena*, coloca *redução de pena* – e substituindo também o adjetivo *criminoso* por *ilícito*, melhorando a redação vigente. No parágrafo em estudo entendemos que a frase “não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato” etc. (redação idêntica à do Código Penal) deve ser substituída pela frase “não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato” etc. E isto porque a capacidade, ou incapacidade total ou parcial, de entendimento e determinação, a rigor, não *se possui*. Deste modo, alguém é, ou era, capaz ou incapaz. Trata-se de uma qualidade, permanente ou transitória, da própria pessoa. E é por isso que a imputabilidade é, ao mesmo tempo, *pressupostot* e *elementot* da culpabilidade. Pressuposto, porque pode existir antes, ao tempo e depois do crime; elemento, porque existe na dinâmica do crime, enquanto o crime é executado. Teremos, então, no art. 26, que alguém “era inteiramente incapaz”, e, no parágrafo único, que alguém “não era inteiramente capaz”. Estes argumentos valem para os §§ 1º e 2º do art. 28 do Anteprojeto, sobre o qual temos algo a sugerir, logo depois de ligeira apreciação do art. 27, sob a rubrica *menores de 18 anos*, que substituí o termo *irresponsáveis* pelo termo *inimputáveis*.

Lê-se, no art. 27 do Anteprojeto, que “os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis”. A nosso ver, a rigor, esses menores não são “penalmente

inimputáveis”, porque os seus atos, materialmente típicos, não são sancionados com medidas jurídico-penais, mas com medidas de natureza pedagógica, educativas ou reeducativas. Diz-se, com razão, que os menores estão fora do Direito penal. Mas, se são considerados inimputáveis, são trazidos para dentro do Direito penal, porque a imputabilidade é uma categoria jurídico-penal. Com o apoio de tais argumentos, entendemos que o termo “irresponsáveis”, do art. 23 do Código Penal, é de técnica mais precisa do que o termo “inimputáveis”, do art. 27 do Anteprojeto.

Voltemos ao art. 28, precisamente ao inciso II, que, sob a rubrica *embriaguez*, preceitua, repetindo o inciso II do art. 24 do Código Penal, o que segue:

“Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal:

I – *omissis*;

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.”

A embriaguez completa, voluntária ou culposa, é um exemplo de responsabilidade objetiva no direito penal e que até à data presente continua incontornável. Aqui, cede o dogma da culpabilidade. A segurança, por exceção, sobrepõe-se à justiça material. Deparamos com uma antinomia no campo do Direito penal. Os Anteprojetos HUNGRIA e SOLER procuraram vencê-la, mas lutaram em vão. Da luta, porém, algo pôde resultar.

Sugerimos que o crime praticado em estado de embriaguez culposa seja sancionado com pena reduzida. Guardando a unidade das reduções de pena, contidas nos Títulos II e III, Parte Geral, do Anteprojeto, a redução especial da pena, na embriaguez culposa, pode ser *de um a dois terços*. Se considerada muito avançada, achamos justa a redução *de um sexto a um terço*, à semelhança da “participação de menor importância”, disciplinada no art. 29, § 1º, Título IV, do Anteprojeto. E se, porventura, o espírito conservador predominar sobre o espírito de vanguarda, que seja criada, pelo menos, uma nova circunstância legal atenuante, a figurar no elenco do art. 65, que pode ser redigida assim:

“Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – *omissis*;

II – *omissis*;

III – ter o agente:

a) *omissis*;

b) *omissis*;

c) *omissis*;

d) *omissis*;

e) *omissis*;

f) cometido o crime em estado de embriaguez completa e culposa.”

Por sua vez, deixará de ser circunstância legal agravante, à semelhança do que aconteceu, no passado, com a *premeditação*, o "ter o agente cometido o crime em estado de embriaguez preordenada". A embriaguez preordenada passaria a funcionar, juntamente com a embriaguez voluntária, como circunstância judicial.

10 — Do concurso de pessoas

O concurso de pessoas ocupa o Título IV, Parte Geral, do Anteprojeto, compreendendo os arts. 29 a 31.

Temos apenas uma sugestão a fazer. É que o art. 29 do Anteprojeto reproduza, fielmente, o art. 25 do Código Penal:

"Art. 29 — Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas."

A frase final "na medida de sua culpabilidade", colhida no Código alemão, não tem por que figurar no Código Penal. Vejamos.

Tomamos a liberdade de repetir, aqui neste trabalho, as palavras finais de nosso trabalho anterior, intitulado "O erro de direito e o concurso de pessoas no Anteprojeto de Código Penal de 1981", e apresentado e debatido no Seminário sobre a Reforma Penal, realizado em junho de 1981, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, por iniciativa do Professor LICÍNIO LEAL BARBOSA (*). Com as referidas palavras finais, encerramos o presente trabalho.

A cláusula "na medida de sua culpabilidade", do art. 29 do Anteprojeto, foi inspirada pelo § 29 do Código alemão: "(...) *Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten*. Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft" (*Penalidade pessoal do partícipe*. Sem consideração pela culpabilidade dos demais partícipes, cada um deles será punido segundo a sua própria culpabilidade). Perguntamos, agora: qual o fundamento do § 29 do Código Penal alemão, acima transcrito?

O parágrafo em exame, que reproduz o espírito da reforma penal alemã de 1943, tem um especial fundamento: afastar a dúvida, diante da lei, entre acessoriedade estrita e limitada. E, ao fazê-lo, deu preferência à acessoriedade limitada, ou seja, aquela que exige, para a existência da acessoriedade, não que a ação do autor principal seja culposa, mas que seja típica e antijurídica, pelo que representa, dentro do espírito da reforma penal alemã de 1975, um reforço dos §§ 26, 27 e 28 (SCHNÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1976, pp. 330 e ss. e 376; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 1978, p. 141). Dessa forma, se o autor ou co-autor

(*) Trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa* nº 72, outubro/dezembro 1981, p. 173.

agem sem culpabilidade, os instigadores e os cúmplices serão punidos por sua culpabilidade. E se o autor age sem culpabilidade, os co-autores (se existirem), os instigadores e os cúmplices serão castigados por sua culpabilidade.

Ora, se o Anteprojeto de 1981, dentro de nossa tradição legislativa penal, adota fórmula unitária do concurso, que equipara, em abstrato, para fim de punição, todos os que concorrem no crime, admitindo, porém, em concreto, diferentes graus de pena, dentro dos limites legais do mínimo e máximo, para cada um dos partícipes na conformidade de sua pessoal participação, perguntamos: que necessidade tem a nossa futura lei penal de uma referência expressa à acessoriedade limitada? Pensamos que nenhuma. E isto pela simples razão de que o Anteprojeto mantém a doutrina do concurso unitário.

Pode-se dizer que, no Anteprojeto, a cláusula “na medida de sua culpabilidade” funciona não como fixação, na lei, da acessoriedade limitada, mas como reforço, no concurso unitário, do princípio de que a equiparação dos partícipes é temperada pela individualização da pena. O mesmo pode-se dizer em relação ao Código Penal Tipo para a América Latina, considerando-se a “medida da culpabilidade” como “medida de valoração” e como medida do que “exista de subjetivo no objeto valorado” (ENRIQUE RAMOS MEJIA, “El principio de la culpabilidad en la legislación penal argentina”, in *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973, p. 146). Essa possível resposta merece dois reparos. Vejamos.

Em primeiro lugar, no Código Penal alemão, como dissemos acima, o fundamento primeiro do § 29 é estabelecer o princípio da acessoriedade limitada, segundo a qual rege o princípio da independência da culpabilidade. Deste modo, se o referido parágrafo funciona como fundamento da medida da culpabilidade, o faz combinado com os parágrafos que disciplinam a aplicação da pena a autores, instigadores e cúmplices. Observe-se a essencial ligação do § 29 não só no que respeita à acessoriedade limitada, mas também no que toca à medida da culpabilidade, com os parágrafos que disciplinam a instigação, a cumplicidade e as especiais características pessoais (26, 27, 28), (JOHANNES WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, pp. 76-77 e 108; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, pp. 380-383 e 537-538).

Em segundo lugar, pensamos que o preceito, contido no art. 30 do Anteprojeto, sobre a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, bem como o preceito do art. 62, sobre agravantes no caso de concurso de agentes, e o elenco de todas as circunstâncias legais e judiciais do Anteprojeto dispensam uma referência legal especial à culpabilidade de cada partícipe, porque a culpabilidade é, em última instância, uma circunstância de caráter pessoal.

Diante das razões, acima expostas, sugerimos a supressão, no art. 29 do Anteprojeto, da cláusula “na medida de sua culpabilidade”, permanecendo a redação do art. 25 do Código Penal. A doutrina do concurso unitário dispensa a presença na lei da cláusula referida, cláusula que pode complicar, ao invés de melhor esclarecer, a árdua matéria do concurso de pessoas.

Da cominação das penas no Anteprojeto

LICÍNIO LEAL BARBOSA
Livre-Docente de Direito Penal da Uni-
versidade Federal de Goiás

SUMÁRIO

- I — Considerações preliminares
- II — Introdução
- III — Conceito
- IV — A matéria, no Anteprojeto
- V — Discussão da matéria
- VI — Algumas ilações
- VII — Apreciação final

I — Considerações preliminares

A implantação de um regime político, ou a introdução de correções, em seus rumos, não implica, apenas, mudanças da Carta Magna: projeta-se, igualmente, no sistema penal, pois, de acordo com os valores cristalizados no sistema de governo, tutelam-se, igualmente, os bens jurídicos de relevância penal. Daí o Código Criminal do Império, de 1830, haver sido promulgado como consequência da proclamação da Independência; o Código Penal de 1890, no ano seguinte à implantação da República; a transformação da Consolidação das Leis Penais em virtual Código Penal, dois

anos após a revolução que levaria, pela primeira vez, ao poder Getúlio Vargas. Com o golpe que introduziria, no Brasil, o Estado Novo, viria novo Código Penal, três anos após, com vigência a partir de 1940.

Restaurada a democracia, em 1945, reacender-se-ia o anelo por um novo Código Penal, de que cuidaria o Presidente Jânio Quadros, encomendando ao Ministro Nelson Hungria, em 1961, um moderno Anteprojeto de Código Penal, que seria apresentado em 1963 e transformado, pelo Decreto-Lei nº 1.004, no chamado Código Penal de 1969, o qual, após quase uma década de *vacatio*, seria revogado, em 1978, pela Lei nº 6.578, sem jamais haver estado em vigor. O advento da abertura política, iniciada pelo Presidente Geisel, repercutiria no Código Penal, alterado pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

E a ampliação das franquias democráticas, no Governo do Presidente Figueiredo, não se contentaria com as alterações por que passariam o Código Penal, a Lei das Contravenções Penais e o Código de Processo Penal, há quatro anos. Daí por que o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, tão logo chegou ao Ministério da Justiça, cuidou de elaborar uma profunda reforma em todo o sistema penal brasileiro, dotando o País de novos estatutos, Código Penal, Lei das Contravenções Penais, Código de Processo Penal, e revigorou a idéia de dotar-se o País de um Código de Execuções Penais, por quatro vezes anteriormente tentada, embora sem êxito.

Pela Portaria ministerial nº 1.043, de 27 de novembro de 1980, seria constituída comissão de alto nível, sob a presidência do Prof. Francisco de Assis Toledo, e composta dos eminentes juristas Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, comissão que, em tempo extremamente exíguo, entregaria a primeira parte do trabalho ciclópico, representada pela Parte Geral do Código Penal, e prosseguiria na realização da magna tarefa.

Logo no início deste ano, pela Portaria nº 192, o Ministro da Justiça mandaria publicar a Parte Geral do Código Penal, para receber sugestões (*).

Em várias partes do território nacional, os juspenalistas se reuniram para debater o trabalho ingente realizado pela comissão ministerial.

Em Goiás, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás promoveria, com a presença das mais expressivas figuras da inteligência nacional, no campo jurídico-penal, inclusive a quase totalidade dos membros da douta comissão ministerial, o Seminário sobre a Reforma Penal, em junho de 1981, emitindo, a seu término, a "Moção de Goiânia II", aprovando, em suas linhas gerais, o Anteprojeto debatido, reafirmando os princípios da "Moção de Goiânia I", e recomendando que "as contribuições

(*) N.R.: — Vide Anteprojeto do Código Penal (Parte Geral) comparado à legislação vigente, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 18, n. 70, abr./jun. 1981, pág. 306.

dos participantes do seminário” referido fossem “encaminhadas à Comissão Revisora do Anteprojeto, como sugestões para o seu aperfeiçoamento”.

A promoção do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, em Brasília, sob a égide do Ministério da Justiça, com o apoio da Universidade de Brasília e do Governo do Distrito Federal, se inseriu na linha de estudos que, em profundidade, se vêm fazendo, em todo o País, sobre a iniciativa ministerial e os trabalhos até então publicados pela aludida Comissão de alto nível.

II — Introdução

O Anteprojeto concernente à Parte Geral se conteve, por deliberação da douta comissão ministerial, nos cento e vinte artigos que estruturam a Parte Geral do Código Penal vigente. Com isso se pretendeu manter a tradição, que vem de 1940, fazendo coincidir o crime de homicídio com o art. 121; e, de consequência, várias outras figuras típicas da Parte Especial.

Sem embargo, várias alterações foram introduzidas, sobretudo no que se refere ao título das penas.

Muito já se disse, e bem mais ainda poder-se-ia dizer sobre as inovações introduzidas pelo Anteprojeto em estudo. Entretanto, como não é possível abrangerem-se, aqui, todas essas inovações, imprescindível destacar-se um dos tópicos da reforma ministerial, para o exame setorial.

Dáí haveremos escolhido como objeto de nossas considerações o Capítulo II do Título V — “Da Cominação das Penas”.

Foi esse o tema abordado, no Seminário de Goiânia, pelo eminente criminalista Prof. ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, uma das figuras estelares das ciências penais do País, e que reparte com JAIR LEONARDO LOPES a primazia no estudo dos problemas penais, em Minas Gerais.

Contudo, o Prof. ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, no referido seminário, preferiu focar a matéria inter-relacionada com os demais tópicos que estruturam o título “Da Pena”, abrangente dos artigos de 32 a 95.

Por isso, o Capítulo II do Título V do Anteprojeto está a merecer estudo específico, sem prejuízo de sua projeção num contexto mais amplo, o título genérico “Da Pena”.

III — Conceito

Principiaremos o exame do tema pelo enfoque de seu conceito, eis que imperativo destacar, *ab initio*, o que entendemos por *cominação de pena*. Pois que, sem esse entendimento liminar, impossível chegar-se, logicamente, às considerações finais.

Genericamente, **cominação** é a “atribuição de sanção para determinada conduta contrária a preceito, contrato ou mandato”. É a “prescrição legal” (**Enciclopédia Saraiva**, verbete, vol. 16, pág. 192).

Com efeito, “a fixação de sanções objetiva evitar que se pratiquem os atos especificados, ou conseguir determinado resultado, ou garantir cumprimento de obrigações assumidas.

São cominadas sanções de ordem penal (no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais e em outros textos da legislação repressiva), civil (no Código Civil e em leis especiais), ou tributária (nos diplomas correspondentes) e assim por diante.

Os contratos costumam conter a cominação de penas pecuniárias para o inadimplemento (v. CC, arts. 916 e ss.)” (**op. cit., ibidem**).

Especificamente, **cominação penal** é a “fixação de uma penalidade para determinada conduta reprimida. Atribuição de sanção para a ocorrência de certos fatos capitulados na lei. Previsão em contrato de penalidade para a hipótese de descumprimento” (**idem**, pág. 193).

Não se trata, no entanto, de fixação de penalidade **in concreto**.

Em verdade, três momentos há na vida da sanção penal: a **cominação**, momento em que a **sanctio** é prevista, abstratamente; a **aplicação**, momento em que a norma abstrata se concretiza na sentença penal condenatória, visando a um determinado acusado; e **execução**, momento em que a **sanctio** se materializa, no dia-a-dia do condenado. O primeiro momento pertence ao direito penal; o segundo momento se refere ao processo penal; o terceiro momento concerne ao direito penitenciário.

Após conceituar a **pena** como mal que o Estado, em virtude de lei anterior, por seus órgãos competentes e processo judicial, inflige ao delinqüente, por motivos de seu delito e com o fim de evitar novos delitos, o eminente GALDINO SIQUEIRA considera:

“Por este conceito, vê-se primeiramente que a pena se manifesta por duplo aspecto.

Primeiramente, como **advertência e ameaça**.

Vem depois a execução penal, a confirmação da vontade da ordem jurídica pela coação resultante da pena e por onde esta desenvolve toda a sua forma peculiar” (**Tratado de Direito Penal**, Ed. José Konfino, 2.^a ed., vol. 2, pág. 708).

E prossegue o eminente jurista:

“A lei distingue esses dois aspectos de **cominação** e de **execução**, prescrevendo regras gerais sobre a pena, discriminando

suas classes e princípios peculiares e provendo sobre sua aplicação e conseqüente execução.”

E esclarece, finalizando:

“Para distingui-los, usa SALEILLES das expressões **individualização legislativa e individualização judicial e administrativa**, por isso que a discriminação é feita pela lei, aplicada pelo juiz e executada sob sua direção pela administração pública” (*idem, ibidem*).

Também ANIBAL BRUNO, o grande mestre do Recife, distingue entre a **cominação** (momento legislativo) e **aplicação** da pena (momento judiciário):

“A pena é fixada na norma penal pelo legislador, vindo em seguida à descrição da figura típica, como a conseqüência jurídica específica da sua realização e a mais grave que o sistema de direito pode impor para assegurar a observância dos seus imperativos” (**Comentários ao Código Penal**, Editora Forense, 1ª ed., vol. II, pág. 88).

E adianta:

“Essa fixação da pena na lei, em cada caso, com os seus limites de um máximo e um mínimo, constitui o momento da **cominação**, momento legislativo, em que se inicia o destino da medida penal” (*idem, ibidem*).

Para concluir:

“Uma vez cominada, a pena começa a exercer a sua função de prevenção geral contra o crime. Prevenção pela intimidação, isto é, pela coação psicológica resultante da ameaça da pena contida na lei, a que FEUERBACH atribuía posição particular na luta contra a criminalidade.

Também na cominação da pena cumpre-se a ação educativa, social-jurídica do direito penal” (*op. cit.*, pág. 90).

Ao tratar da individualização da sanção, a ilustrada Prof.^a ARMIDA BERGAMINI MIOTTO destaca os momentos da **cominação**, da **aplicação** e da **execução**.

Para a ilustre mestra, **cominação** é a “individualização legislativa (mais propriamente previsão legislativa dos pressupostos da individualização), compreendendo: tipificação dos delitos e cominação das respectivas penas qualitativamente adequadas e quantitativamente variáveis entre um mínimo e um máximo determinados; cominação de pena única (v.g., art. 121 do Código Penal); cominação alternativa (v.g., art. 147 do Código Penal); cominação cumulativa (v.g., art. 283 do Código Penal); possibilidade de substi-

tuição de penas (v.g., art. 155, § 2º, do Código Penal); possibilidade de conversão de uma pena em outra (v.g., art. 38 do Código Penal e art. 9º da Lei de Contravenções Penais); previsão de escusas absolutórias (v.g., art. 181 do Código Penal); previsão de perdão judicial (v.g., art. 240, § 4º, do Código Penal) (**Curso de Direito Penitenciário**, Ed. Saraiva, 1975, 1º vol., págs. 234 e 236).

Ao retomar a abordagem da matéria, alhures, a eminente penalista sintetiza seu pensamento.

“(. . .) A pena é **cominada** pelo legislador, na lei, configurada no preceito sancionatório; é **aplicada** pelo órgão competente do Poder Judiciário, na sentença; é **executada** pelos órgãos competentes do Poder Judiciário e do Poder Executivo, harmonicamente, em recinto prisional ou fora de semelhante recinto, na comunidade” (**Enciclopédia Saraiva**, vol. 57, pág. 395).

Em resumo: não se confundem cominação, aplicação e execução da pena.

IV — A matéria, no Anteprojeto

Esse parece não ser, **data venia**, o entendimento da douta comissão ministerial, cristalizada no Anteprojeto.

Com efeito, nenhum dos dispositivos legais que estruturam o Capítulo II do Título V, em foco, compreendendo os arts. 55 a 58 do Anteprojeto, induz à convicção de que esse capítulo tenha razão de ser, como se acha esboçado.

O art. 55, com o **nomen juris** de “penas privativas de liberdade” é norma pertinente ao Capítulo I do Título V — “Das Espécies de Pena” —, ou, mais precisamente, à Seção I daquele capítulo, intitulada “Das Penas Privativas da Liberdade”.

O art. 56, sob a marginália “penas restritivas de direitos”, disciplina matéria de que cuida a Seção II do Capítulo I do Título V, ou seja, “Das Penas Restritivas de Direitos”, abrangendo os arts. 43 **usque** 48 do Anteprojeto.

Por sua vez, os arts. 57 e 58, que tratam da multa pecuniária, concernem a matéria disciplinada na Seção III do Capítulo I do Título V, sob a epígrafe “Das Penas Patrimoniais”.

Doutra parte, as disposições legais a que se refere o art. 56, **caput** e seus incisos, notadamente os incisos III e IV, bem assim a contida no art. 58 do Anteprojeto, estariam mais adequadamente no Capítulo III do Título V — “Da Aplicação da Pena”. Outra não pode ser a ilação decorrente da interpretação gramatical desses dispositivos: a) o art. 56, **caput**, fala em

“penas restritivas de direitos (...) aplicáveis (...)”; b) o inc. III do art. 56, referindo-se às “penas de interdição”, diz “**aplicam-se** para todo crime cometido no exercício de profissão (...)”; c) o inc. IV do referido art. 56 preconiza que “a pena de interdição (...) e a de aprendizado compulsório (...) **aplicam-se** aos crimes culposos de trânsito”; d) o art. 58, que não traz qualquer *marginália*, dispõe que “a multa reparatória **aplica-se** (...) para todo crime que cause prejuízo material (...)”. Todos esses dispositivos, pela semântica dos núcleos verbais que lhes irradia o sentido, constituem, inequivocamente, disposições legais cuja matéria basilar vem tratada no capítulo seguinte, o Capítulo III do Título V.

Já o art. 55, que abre o capítulo em foco, disciplina o óbvio, sendo, pois, inócuo.

Assim, no Capítulo II do Título V do Anteprojeto, o que se não encontra deslocado carece de justificação para existência do preceito.

V — Discussão da matéria

Feitas essas considerações de ordem geral sobre a disciplina da matéria, em capítulo autônomo, passemos, agora, a outras considerações, como a construção de cada dispositivo, a acepção técnica dos termos empregados, a própria razão de ser do dispositivo discutido etc.

O art. 55, que tem como *marginália* “penas privativas de liberdade”, assim está concebido:

“Art. 55 — As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.”

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES já observou, com propriedade, que não só o *nomen juris* do art. 55 como, igualmente, os dos arts. 56 e 57 foram cunhados impropriamente. Pois cada *nomen juris*, concernente a esses dispositivos, se refere aos limites mínimos e máximos das três espécies de penas: privativas da liberdade, restritivas de direitos e patrimoniais.

Pela redação do art. 55, *ter-se-ia*, *prima facie*, a impressão de que o dispositivo concerne aos limites genéricos, mínimo e máximo, das **penas privativas de liberdade**. Tal, contudo, não ocorre. Porquanto, o art. 75, sob o *nomen juris* “limites das penas”, disciplina, claramente, esse limite estabelecendo:

“A duração das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.”

Se se pretende disciplinar os limites específicos, perde-se em tarefa inócua, eis que esses limites estarão fixados, na Parte Especial, na *sanctio* atinente a cada infração penal. E se virá especificada na Parte Especial, não

há razão para fazê-lo na Parte Geral, sobretudo quando o dispositivo em foco não quantifica esses limites, nem poderia fazê-lo por absoluta impossibilidade.

Quanto à construção do dispositivo em si — na hipótese inverossímil de justificável sua existência —, seria de bom alvitre eliminar-se a expressão “legal de crime”, que completa o nome **tipo**, eis que por tipo se entende a figura típica, o **praeceptum juris**.

Porém, se se insistir na permanência do dispositivo — a nosso ver, desnecessário — no sistema do Anteprojeto, poder-se-ia enxugar sua construção, sem perda da semântica, dando-lhe a seguinte redação:

“Art. 55 — As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo.”

E, como **nomen juris**, dar-se-ia o de “limites específicos das penas privativas da liberdade”. Já que o limite genérico já está definido no referido art. 75 do Anteprojeto.

O art. 56 — que poderia ter como marginália o **nomen juris** “aplicação das penas restritivas de direitos” — não explicita se elas podem ser aplicadas cumulativa, alternativa ou isoladamente, embora se possa inferir que sua aplicação se possa fazer em qualquer das hipóteses, **ex vi** do art. 44, **caput**, ao assinalar que “as penas restritivas de direito são **autônomas**” (grifou-se).

Ademais, ao dizer que “as penas restritivas de direitos são aplicáveis (...) nos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não for superior a três anos”, fica no ar certa ambigüidade. Pois a pena máxima, privativa da liberdade, é de 30 anos, **ex vi** do art. 75, referido. Aí se cuida do **máximo** da pena privativa da liberdade cominada ao crime imputado a certo agente.

Trata-se, pois, aí do **máximo específico**. Daí ser de toda a conveniência que fique explícita, no dispositivo legal, essa especificidade para não dar margem a interpretação equívoca.

Doutra parte, como no inciso I (do art. 56) se faz referência aos arts. 46 e 47, como alusão às penas de “prestação de serviços à comunidade” e de “interdição temporária de direitos”, conviria adotar idêntico procedimento na redação do inciso II (do mesmo art. 56), onde se explicita a pena de “aprendizado compulsório”, disciplinada no art. 48 do Anteprojeto. Para harmonia de critério de redação, ou se faria referência expressa, no inciso I, às penas disciplinadas nos arts. 46 e 47, ou se suprimiria a explicitação feita no inciso II, remetendo-se ao art. 48 do Anteprojeto.

Identificam-se, ainda, na construção do art. 56 e seus incisos, bem assim no art. 58, três regências do verbo **aplicar**, núcleo que irradia o sentido desses dispositivos: a) “(...) são aplicáveis (...) nos crimes (...)” (art. 56,

caput); **b**) (...) aplicam-se **para** todo crime (...)” (art. 56, inc. III); **c**) (...) aplicam-se **aos** crimes culposos de trânsito” (art. 56, inc. IV). Ou seja, a regência pelas preposições **em** (nos), **para** e **a** (aos).

Parece-nos que a melhor regência seria a da preposição **a**, eis que, em todas essas passagens, o verbo **aplicar** está empregado pronominalmente (vide, a propósito, **Dicionário de Verbos e Regimes**, de FRANCISCO FERNANDES, Editora Globo).

O art. 57 — cujo **nomen juris** adequado seria “limite da multa penitenciária” — constitui, **data venia**, uma excrescência. Pois, para explicitarem-se os limites **genéricos** da pena de multa penitenciária, não se precisa construir mais um dispositivo, além do art. 49. Ademais, além de ser dispensável a expressão (tipo) “legal de crime”, pelas razões expostas, **também o é** a referência ao parágrafo único do referido art. 49. Se se pretende destacar a cabeça do artigo, basta que se lhe refira ao **caput**. Na ausência da referência, a alusão concerne a todo o artigo, que, evidentemente, compreende o **caput** e seus parágrafos.

Já o art. 58, que não tem marginália, e que poderia ter por **nomen juris** “aplicação da multa reparatória”, poderia ter sua redação enxugada, eliminando-se a expressão “e tem os limites fixados no art. 53 e seu § 1º”, além de substituída a regência de **para** por **a** (todo crime que cause prejuízo material). A supressão da parte final se justifica pelo próprio dispositivo a que faz referência o art. 53 e seu § 1º, sendo de destacar-se que o **caput** desse dispositivo já remete ao art. 49, concernente à **multa penitenciária**, cujos preceitos se lhe aplicam, **mutatis mutandis**.

VI — Algumas ilações

Após todas essas considerações, já podemos tirar algumas ilações, a propósito da matéria.

Os dispositivos configurados nos arts. 55 e 57 são excrescências, por desnecessários, no bojo do Anteprojeto, podendo, sem prejuízo de sua compreensão, ser eliminados.

Os arts. 56 e 58 podem ter sua construção aprimorada, bem assim os dispositivos precedentes, se — mesmo constituindo redundância — se insistir em mantê-los, à guisa de reafirmação de uma linha de pensamento substanciada no Anteprojeto.

De qualquer forma, desapareceria o atual Capítulo II — “Da Cominação da Pena”. E seus dispositivos passariam a integrar o capítulo “Da Aplicação da Pena”.

Uma outra alternativa, já preconizada por ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, na referida **comunicação** ao Seminário de Goiânia, seria a inclusão dos atuais dispositivos do Capítulo II do Título V, em foco, numa seção

(Seção IV) do Capítulo I do Título V — “Das Espécies de Pena” —, seção que se intitularia “Disposições Gerais”.

Uma terceira alternativa seria transportar os dispositivos integrantes do atual Capítulo II do Título V a uma seção (Seção Única) do Capítulo III do Anteprojeto — “Da Aplicação da Pena” —, intitulando-se-lhe, igualmente, de “Disposições Gerais”.

Se não se admitir a supressão pura e simples do dispositivo configurado no art. 55, deveria ele ser deslocado para logo após o art. 36, que disciplina as “regras do regime aberto”, passando a figurar como o art. 37.

VII — **Apreciação final**

Feitas essas considerações, já se poderia apontar redação alternativa para os dispositivos ora contidos nos arts. 56 e 58.

Art. 56 (que tomaria outro número, face ao imperativo de seu deslocamento) — **Nomen juris**: “Aplicação das penas restritivas de direitos”:

“As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação expressa, aos crimes cujo limite superior da pena privativa da liberdade, especificamente cominada ao crime, não exceda a três anos, observando o seguinte:

I — a duração das penas previstas nos arts. 46 e 47 será determinada pelos limites específicos da pena privativa da liberdade cominada ao crime;

II — a duração da pena prevista no art. 48 não poderá exceder ao limite mínimo da pena privativa de liberdade especificamente cominada ao crime;

III — as penas de interdição, previstas no art. 47, incisos I e II, aplicam-se a todo crime cometido no exercício de profissão, atividade, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes;

IV — a pena de interdição, prevista no art. 47, inciso III, e a de aprendizado compulsório, estabelecida no artigo 48, aplicam-se aos crimes culposos de trânsito.”

Art. 58 (que, igualmente, tomaria outro número, feito seu deslocamento) — **Nomen juris**: “Aplicação da multa reparatória”:

“A multa reparatória aplica-se, independentemente de cominação expressa, a todo crime que cause prejuízo material.”

A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no País

Prof. ANTÔNIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito da USP.
Autor de *Adoção, Adoção Simples, Adoção Plena*

SUMARIO

- 1 — *Lei competente: da nacionalidade*
- 2 — *Do domicílio*
- 3 — *Tendência à aplicação da lei mais favorável ao filho*
- 4 — *Legislações que desconhecem a adoção*
- 5 — *Direito brasileiro*
- 6 — *Proibições. Forma. Condições, cautelas*
- 7 — *Convenções internacionais*
- 8 — *Adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes*
- 9 — *Adoção de crianças estrangeiras não residentes por brasileiros*
- 10 — *Adoção simples por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País*
- 11 — *Efeitos*
- 12 — *Impugnação. Revogação*

1 — *Lei competente: da nacionalidade*

Muito agradeço aos organizadores deste magnífico II Encontro Nacional de Adoção e, principalmente, ao Dr. Saul Nicolaiewsky, DD. Presidente da FUNABEM — Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor —, e ao Dr. Leovegildo Pereira Ramos, Presidente da Seção de São Paulo, sob o alto patrocínio do Ministério da Previdência Social (MPAS), pela honra que me concedem de encerrá-lo versando tema tão sensível e humano, sob um aspecto de particular complexidade, e que, por isso mesmo, ainda esporádica e insuficientemente versado: o do ponto de vista do direito internacional privado.

Isto nos obriga, antes de estudarmos o problema frente ao sistema legislativo pátrio, incursionarmos pelos mais importantes sistemas alienígenas, aos quais possam eventualmente estar vinculados os interessados, para verificarmos se admitem o instituto da adoção e, em caso positivo, quais os efeitos que lhe atribuem.

Palestra proferida em 30-4-1982, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encerrando o II Encontro Nacional de Adoção.

Mas o tema envolve muito mais do que isso: o de saber da conveniência ou não de serem brasileiro adotados por casais estrangeiros aqui não residentes, com evidentes conotações, mais ainda do que de direito, filosóficas, antropológicas, psicológicas, sociológicas, morais, afetando mesmo problemas de brios de nacionalidade e dizendo, pois, respeito à própria ordem pública, naquela questão que tanto comoveu dezenas de milhões de pessoas, por ocasião de uma reportagem de alguns meses atrás da TV Globo revelando a existência de uma organização que se dedicava à "venda", segundo alguns, de crianças e, segundo seus diretores, à benemérita "colocação" de hipossuficientes em famílias abastadas nos Estados Unidos e na Europa.

A medida que se vai evoluindo o instituto da adoção e que se vão afinando e tornando mais delicados os sentimentos, nota-se uma variação nas finalidades específicas da adoção.

Na Roma antiga era um meio de proporcionar a filhos de plebeus passar para a aristocracia, tornando-se assim poderoso expediente político para obterem-se honrarias e magistratura, permitindo mesmo a designação de sucessor ao trono, no tempo do Império.

Na Idade Média caiu em desuso, por contrariar os eventuais direitos dos senhores sobre seus feudos. Entre os Germanos fazia-se pelas armas e para as armas: povo essencialmente guerreiro, nela via o meio de perpetuar o chefe de família, para que o filho adotivo pudesse levar adiante as campanhas empreendidas pelo pai. Entre os Francos objetivava atribuir aos adotandos prerrogativas sucessórias, mas era formalmente proibida pelos costumes de Lille e de Audenarde.

Entrou no Código Civil francês, arts. 343/360, graças à intervenção pessoal de Napoleão, autorizada somente a maiores de 50 anos, sem filhos nem descendentes legítimos, daí se espraiando pela generalidade das legislações.

Hoje em dia, numa visão conjunta, pode-se deparar, em linhas muito gerais, uma regulamentação à moda tradicional da adoção, no sentido primordial de garantir a continuidade de famílias em fase de extinção.

Abre caminho, no entanto, cada vez mais, a concepção que considera o instituto do ponto de vista primordialmente social, destinado a proporcionar não só assistência material e espiritual, como, principalmente, afeto, calor humano, ambiente familiar a crianças abandonadas.

Atente-se a que, entre nós, estabelece o art. 175, § 4º, da Constituição Federal que "lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância, à adolescência e sobre a educação de excepcionais".

Não apenas aqui, mas no mundo inteiro, no testemunho de EDOARDO VITTA, a assistência dos menores tendo-se tornado cada vez mais uma tarefa do Estado, foram instituídos específicos organismos públicos com tal finalidade em vários países, e que se ocupam, além de outras matérias, também das questões relacionadas com a adoção.

Entre as várias leis inspiradas nessa concepção, lembra a lei belga de 21-3-1969, a francesa de 11-7-1968, a grega de 17-8-1966, a italiana de 5-6-1967, a suíça de 30-6-1972, etc.

Examinando a matéria do ponto de vista do direito internacional privado, podem os diferentes sistemas reguladores das condições da adoção ser agrupados em dois grandes sistemas: o da lei da nacionalidade e o da lei do domicílio.

Os países que se baseiam no primeiro princípio aplicam, antes de mais nada, a lei nacional comum tanto ao adotante como ao adotando.

A dificuldade surge quando são ambos de nacionalidade diferente, o que dá lugar, assinala o mesmo especialista, a uma convergência particularmente árdua, porquanto, para determinar os requisitos para adotar e para ser adotado, acaba-se por levar em conta os impedimentos peculiares tanto de uma como de outra lei.

O obstáculo é maior ainda quando a relação não surge submetida apenas à lei do adotante ou do adotado: para contorná-lo, na regulamentação das relações entre adotante e adotado, a maior parte dos sistemas positivos recorre somente à lei nacional do adotante.

Pela aplicabilidade dessa lei, no momento da adoção, manifesta-se a doutrina italiana, com apoio no art. 20 das disposições preliminares do Código Civil.

Atesta, no entanto, o autor citado que a jurisprudência tem-se manifestado no sentido de que, para determinar o surto da relação da adoção, deva-se recorrer à lei indicada no art. 17, al. 1, ao passo que, para a regulamentação da relação já estabelecida, é de se aplicar a lei nacional do adotante, art. 20, al. 2.

Várias sentenças de tribunais e da própria Corte de Cassação pronunciaram-se nesse sentido, ao passo que alguns julgados manifestaram-se pela cumulação com relação ao surto da relação e quando adotante e adotado tenham cidadania diferente.

É o critério seguido pela maioria dos Estados: Alemanha, China, Coréia, Grécia, Japão, Portugal, Tailândia.

Na Espanha a capacidade para adotar e ser adotado deve reger-se pelas respectivas leis nacionais, e a forma da adoção, pela lei do país em que ocorreu. Registram-se exceções, como a proibição de adotar para quem tenha filhos legítimos ou legitimados, que se rege apenas pela lei pessoal do adotante, e como a necessidade de consentimento do adotado ou de seu representante legal, que se rege exclusivamente pela lei pessoal do adotado.

Em França, PILLET manifesta-se pela aplicação da lei nacional do adotado, ao passo que LEREBOURS PIGEONNIÈRE sustenta bastar que o adotante ou o adotado seja francês para que se legitime a aplicação da lei francesa.

2 — Do domicílio

A Lei do Domicílio é seguida pelas legislações inspiradas pela *Common Law* e pela generalidade dos países da América Latina, exigindo, em geral, que tanto o adotante como o adotando estejam domiciliados no país. Caso este último resida em país diferente, segundo alguns autores, a sua lei deve ser levada em conta.

A lei inglesa de 1926, art. 11, inciso 5º, não admite adoção a pedido de uma pessoa que não tenha seu domicílio e residência na Inglaterra ou no País de Gales, nem mesmo com relação a um menor que não seja cidadão britânico residente no Reino Unido.

Justifica no entanto GUSTAVO A. BOSSERT essa norma com análogas existentes nos países europeus, destinadas a resolver a situação criada pela nova nacionalidade que adquire o menor ao obter um novo pai, problema que não ocorre nos países cujo direito não segue o princípio do *ius sanguinis* para determinar a nacionalidade, e sim o do *ius soli*.

No direito soviético, aplicam-se as leis da URSS às adoções verificadas no território, quer o adotante ou o adotado tenha nacionalidade estrangeira, quer ambos a tenham.

Seguem ainda o mesmo critério: Alemanha, Finlândia, Polônia, Suíça.

SAVATIER exige a aplicação cumulativa das leis nacionais do adotante e do adotado. Sustenta que mudança tão importante de estado não se pode operar, para o adotante, sem o concurso de sua lei nacional, devendo, portanto, ser somadas as exigências da lei nacional do adotante e do adotado.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-1942, Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe:

“Art. 7º — A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Bem de ver que essa diversidade de critérios leva a inevitáveis conflitos.

Um exemplo será ilustrativo: um alemão, de 26 anos de idade, adota, na Grã-Bretanha, uma criança inglesa. Semelhante adoção não está de acordo com a lei brasileira, exigindo o Código Civil a idade mínima de 30 anos. A Lei nº 6.697, de 10-10-1979, faz depender de autorização judicial a adoção simples (art. 26) e a adoção plena, do cumprimento das exigências dos arts. 29 a 37.

“Se entre duas jurisdições que admitam a adoção há possibilidade de variarem as condições de capacidade, a forma do ato e os efeitos que lhe são atribuídos”, — assinala AMÍLCAR DE CASTRO — “há necessidade de auxílio do Direito Internacional Privado.

Relativamente à capacidade, tem prevalecido a doutrina de que tanto a de adotar como a de ser adotado devem ser apreciadas exclusivamente pelo direito do domicílio (ou pelo direito nacional) do adotante e pelo direito do domicílio (ou pelo direito nacional) do adotando; por conseguinte, diante do disposto no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, pode dizer-se que atualmente, no Brasil, a capacidade para adotar há de ser apreciada pelo direito em vigor no domicílio do adotante, enquanto a capacidade para ser adotado o deve ser pelo direito em vigor no domicílio do adotando.”

Na Argentina, preconiza-se, na hipótese de divergirem as leis nacionais do adotante e do adotado, a aplicação combinada de ambas.

O ideal para resolver os problemas da adoção em caso de nacionalidade ou domicílio em países diferentes do adotante e do adotando seria uma lei única regulando todas as suas condições, formalidades e efeitos, no lugar do lar em que passará a viver.

Mas como isto nem sempre ocorre, cumpre, então, reconhecer que, como a adoção exige, em princípio, o consentimento das partes ou de seus representantes, parece que o único caminho é examinar a lei de cada uma das partes para verificar se uma está apta a adotar e a outra a ser adotada.

Por isso, dando demonstração de uma certa amplitude quanto à compreensão desse princípio, várias legislações resolvem o problema não sobre base *cumulativa*, mas numa base *distributiva*, no sentido de que, para adotar, levam em conta somente as condições impostas pela lei do adotante, e, para ser adotado, unicamente aquelas de que trata a lei do adotado.

Reconhece HENRI BATTIFOL que esse método distributivo complica seriamente a operação, devido ao fato da frequência de condições bilaterais (p. ex.: diferença de idade, dispensa de cuidados) levar a um acúmulo das exigências das duas leis, contrário ao favor geral pela adoção.

“Seria todavia prático e útil consultar a lei do adotado sobre as condições de seu consentimento ou de sua representação, cujo desaparecimento prático na legitimação adotiva, depois na adoção plena, foi bem significativo. A noção que a adoção foi instituída no interesse do adotado não impõe mais a aplicação geral e exclusiva de sua própria lei a não ser para a filiação legítima.”

Lembra que a Convenção de Haia, de 15-11-1965, submete as condições da adoção à lei da autoridade tomada — a da residência habitual ou da nacionalidade do ou dos adotantes — sem ter podido todavia eliminar toda influência da lei pessoal, e enumera, como referindo-se à lei do adotante, os Códigos Civis alemão (art. 22, Lei de Introdução), o italiano (art. 20), o grego (arts. 22 e 23), a lei tcheco-eslovaca de 4-12-1963 (art. 26), a polonesa de 12-11-1965 e o Código Civil português (art. 60).

Nos termos do Código Bustamante:

“Art. 7º — Cada Estado contratante aplicará como leis pessoais as do domicílio, as da nacionalidade ou as que tenha adotado ou adote no futuro a sua legislação interna.”

3 — *Tendência à aplicação da lei mais favorável ao filho*

Como preleciona HAROLDO VALLADÃO, os direitos e deveres resultantes da filiação, integrantes da antiga instituição do pátrio poder, regem-se — dado o seu manifesto caráter de proteção aos filhos no direito contemporâneo — também pela lei mais favorável ao filho, da nacionalidade, do domicílio, da residência, do pai, da mãe ou do mesmo filho, segundo consolidou no art. 40 o Anteprojeto da Lei Geral.

Se antigamente se defendia a lei do pai (PIMENTA BUENO), cedo, no Brasil, vingou a lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, em prol da lei do filho, seguida

por todos os especialistas, MACHADO VILLELA, RODRIGO OCTÁVIO, EDUARDO ESPÍNOLA.

E, no assunto, tem grande relevância hoje a *lex fori*, de ordem pública no que tange ao bem-estar social dos filhos, em particular no Brasil, com legislação precursora na matéria, com o Código de Menores de 1927, inclusive com disposições de caráter penal, territoriais.

Mas na França a doutrina em maioria e a jurisprudência seguem a lei nacional do filho (divergente, preferindo a lei da família, BATIFFOL).

Nessa corrente avançada enumera os principais textos modernos: Finlândia, art. 19, *in fine*; Tcheco-Eslováquia, art. 24 (inclusive a *lex fori*, se o filho está presente e lhe é mais favorável); Polônia, art. 19, § 1º; Rep. Dem. Alemã, § 19.

Nas Américas, no Uruguai, art. 2.396, a lei do domicílio conjugal; nos Estados Unidos, o antigo princípio da lei do domicílio do pai, Restatement, § 144, vem sofrendo aberturas para o domicílio do filho, § 145, pois se tem admitido que o mesmo adquira um domicílio autônomo, especialmente quando abandonado e até para a lei da residência do filho ou de sua mãe. Observa, entretanto, que são muito comuns, na matéria, aumentando cada dia, as aplicações da *lex fori*, em face dos novos preceitos decorrentes da função social contemporânea do pátrio poder.

Demonstra, com amplos subsídios de legislações e de autores, que

“a adoção, instituto que renasce, esplendidamente, em nossos dias, não fugiu, no direito internacional privado, à evolução, no sentido de se aplicar, afinal, também, a lei do filho se lhe é mais favorável.”

Nos Estados Unidos, o assunto foi tratado em orientação tradicional, isto é, aplicação da *lex fori*, *primazia da jurisdição*, mas do *foro do domicílio do filho* (cf. Restatement, art. 142, e BEALE, GOODRICH, RABEL).

Na Inglaterra, a lei de 1926 e depois o Código da Adoção de 1950, ao seguirem o domicílio, mandam considerar o supremo *bem-estar do filho*, diretiva feliz segundo HAROLDO VALLADÃO, para a posição atual da lei mais favorável ao adotado. Daí no Canadá admitir CASTELL a competência de qualquer tribunal que tenha alguma conexão com o filho, pela presença dos pais naturais, do filho ou dos novos pais.

Para o reconhecimento da adoção feita no estrangeiro, o direito americano e o inglês aceitam-na se estabelecida pelo tribunal do filho ou do adotante.

4 — Legislações que desconhecem a adoção

Mas existem legislações que não regulam a matéria, não admitindo mesmo o ato em seu território, como ocorria na Argentina, antes da Lei nº 13.252, modificada pelo Decreto-Lei nº 5.286, de 20-5-1957, na Grã-Bretanha, até 1926, na Holanda.

Não pode evidentemente adotar nem ser adotado quem a eles pertencer, em obediência ao princípio da *lex fori*, salvo se existirem convenções que solucionem o problema.

Por um princípio já aplicado muitas vezes mesmo nos países onde não existe a adoção — encarece PROSPERO FEDOZZI —, deve ser reconhecida e protegida pelos tribunais a adoção feita no estrangeiro, naturalmente desde que aí seja vigente o estatuto pessoal. As formas da adoção são reguladas pela lei do Estado no qual ela se realiza. A própria lei determinará qual autoridade pública deve intervir no ato, com quais poderes e em base a qual processo.

Isso não impede, todavia, que também nesse setor faça sentir sua influência a lei nacional das pessoas interessadas na adoção. Assim a lei finlandesa estabelece que a autorização do Ministro da Justiça é exigida também se o cidadão finlandês quiser adotar ou ser adotado no estrangeiro. Por outro lado, se a adoção se verificar na Finlândia, será seguido o processo aí estabelecido, mas concorrentemente outrossim o processo da lei nacional da pessoa interessada, quando estabelece um processo determinado para a adoção também se esta tiver lugar no estrangeiro.

Pode ocorrer que a lei pessoal das partes aceite e regule o instituto, mas a lei do local em que se encontrem, isto é, a lei territorial, a desconheça. Surge então o conflito não apenas de leis, mas de instituições, que a doutrina resolve a favor da lei territorial: não é possível levar a efeito a adoção, em qualquer das suas modalidades, em país cujas leis não a regulamentem.

Mesmo aqueles que não admitiam a impossibilidade de adotar — observa OSCAR TENÓRIO — não se esquecem das dificuldades oriundas da forma e das solenidades a serem cumpridas no lugar do ato. Entende que não é apenas este o obstáculo que justifica a tese admitida pelo art. 77 do Código Bustamante, da não-realização do ato em país que não o conhece. Resulta, especialmente, dos princípios fundamentais do direito internacional privado, a cuja frente encontramos a ordem pública. O Estado não permite em seu território a realização de atos civis que, tacitamente, repele.

Onde a ordem jurídica não institua a adoção, resulta claro que não poderá haver a seu respeito fato anormal a ser tomado em consideração pelo direito internacional privado.

Considera perfeitamente possível que o governo de uma jurisdição, regulando a atividade de seus súditos fora da pátria, proíba-os de adotar, ou pelo menos imponha certas condições à adoção, tal como a lei finlandesa, que exige autorização do Poder Executivo.

Mas, em qualquer dessas hipóteses, onde não prevalecer, como entre nós não prevalece, o sistema do *ius patriae*, pode no estrangeiro não ser obedecida a proibição, ou a exigência, de vez que a condição jurídica dos estrangeiros é apreciada exclusivamente pelo *ius fori*.

“Neste sentido ESPÍNOLA & ESPÍNOLA afirmam corretamente que, nos países onde se admite a adoção, a nacionalidade não oferece, em si e por si, obstáculo ao vínculo adotivo, nem ao exercício dos respectivos direitos. É perfeita a jurisprudência suíça quando sustenta que se considera ineficaz na Suíça a adoção que um estrangeiro faça de um suíço fora da Suíça, sem as formalidades da lei suíça. Solução impecável: a adoção pode ser válida no lugar onde foi convencionada, e em terceiros países, conquanto não tenha valor no país que a proibiu.”

Problemas análogos resultam da capacidade de adotar, que alguns países restringem. Assim, o direito espanhol não admite que pessoa presa a ordens, ou sujeita a voto de castidade, adote, proibição esta, porém, que não vai além das fronteiras do país. Embora os demais países não a respeitem, é claro que, onde a proibição existe, não surtirá efeitos o ato realizado em oposição às suas determinações legais.

Não se aplicam, em conclusão, as disposições dos arts. 73, 74, 75 e 76 do Código Bustamante aos Estados cujas legislações não reconhecem a adoção (art. 77).

5 – Direito brasileiro

O direito pátrio seguiu, no Império, a lei nacional do pai adotivo. Na República, todavia, deu preferência à lei pessoal do filho adotivo.

Anteriormente à Lei de Introdução ao Código Civil exigia-se a satisfação, cumulativamente, das condições estabelecidas pela lei nacional do adotante e pela do adotado.

EDUARDO ESPÍNOLA exigia que a capacidade do adotante e do adotado obedecessem às respectivas leis nacionais.

RODRIGO OCTÁVIO não considerava suficiente que ambas as leis permitissem a adoção: era mister ainda a conformidade quanto às condições e termos em que a adoção se possa efetuar, ou, pelo menos, àquelas de caráter imperativo.

“Aqui não entra, evidentemente, a matéria de capacidade ativa e passiva, que, segundo o princípio geral, é regulada pela lei pessoal de cada um dos interessados.

E como a adoção, em si mesma, não corresponde a um princípio de ordem pública, nada obsta a que possa ser feita mesmo em um Estado cuja legislação desconheça o instituto, como a Argentina, desde que pela lei dos interessados a efetuação do ato não exija solenidades impossíveis de serem realizadas no país em que a adoção se vai efetuar.

Além dessa impossibilidade material, havia ainda a considerar que as formalidades legais do ato não podem deixar de ser consideradas de ordem pública internacional e assim devem ser observadas. Para este autor, os efeitos da adoção devem reger-se pelas leis do adotante e do adotado, “naquilo que cada qual diretamente se refira a um ou outro dos interessados”.

PONTES DE MIRANDA sustenta que as condições para que alguém possa adotar, qualificadas pela *lex patriae* como de estatuto pessoal, devem seguir a lei do adotante; para ser adotado, deveriam seguir a lei do adotado.

Em face do direito atual, parece fora de dúvida a WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA que tanto a capacidade para adotar como para ser adotado se rege pela lei pessoal (domiciliar) do adotante e do adotado; os demais requisitos obedecem cumulativamente às leis do domicílio do adotante e do adotado.

6 — Proibições. Forma. Condições, cautelas

Lembra MARC ANCEL que certas legislações subordinaram a adoção a condições, ou, mais exatamente, a proibições de caráter racial: o art. 290 do CC italiano de 1939, a lei alemã de 23-11-1933, modificando o art. 1.754 do CC, com a intenção de preservar a raça ariana.

Mas no Texas, de acordo com o art. 146 dos Revised Civil Statutes de 1925, nenhuma criança de raça branca pode ser adotada por pessoa de raça negra, e reciprocamente. No Nevada, pelo art. 5.854 das Revised Laws de 1912, as pessoas de raça mongol não podem nem adotar nem ser adotadas.

Aduz que certas legislações proíbem a adoção entre pessoas de sexo diferente: Grã-Bretanha, Quebeque, Colômbia e Panamá.

Adita que semelhante impedimento não parece expandir-se nas legislações modernas, figurando antes como curiosidade legislativa.

“Não visa evidentemente senão um objetivo de moralidade, e poder-se-ia aproximá-la, sob certos aspectos, às disposições — igualmente bastante excepcionais em legislações — que proíbem a adoção entre marido e mulher, ou ainda entre irmão e irmã.

Na maior parte do tempo, os costumes se encarregam suficientemente — à falta de outras condições gerais de fundo da adoção — de impedir a criação de laços adotivos desta natureza.”

Nos países que admitem o instituto, variam muito as regras, as condições, as formalidades: alguns regulam-no como ato puramente privado; em outros, a intervenção de um oficial público é exigida apenas para dar fé pública ao ato; em outros, ainda, exige-se intervenção efetiva de autoridade administrativa ou judiciária.

A primeira questão é saber se um estrangeiro, capaz de adotar e ser adotado no seu país, pode usar o mesmo direito fora de sua pátria.

O princípio fundamental é o de que, para regular as formas da adoção, devem ser observadas as do direito do lugar onde é realizada, em obediência à regra tradicional *locus regit actum*. Significa isso, por outro lado, que poderão as partes obedecer à forma da lei territorial sob cujo domínio o realizem, deixando de atender às determinações, quanto a essa parte, da sua lei pessoal.

No Brasil, temos três modalidades diferentes para cada uma das espécies de adoção.

Com relação a qualquer delas, atesta HAROLDO VALLADÃO, a jurisprudência é tranqüila: forma da lei brasileira se praticada no Brasil (Supr. Trib. Fed., Jurisprudência, 1941, 2/175).

A Convenção de Haia, de 15-11-1965, relativa à Competência das Autoridades, Lei Aplicável e Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção, seguiu o sistema dos Estados Unidos da lei do tribunal competente, mas escolhido pelo critério da lei nacional ou da lei da residência habitual sempre e só do *adotante*, art. 3º, com ligeira ressalva para a lei do adotado, art. 5º, apenas quanto ao seu consentimento.

Crítica-a, acoimando-a de estar completamente fora das novas idéias e da prática e da jurisprudência, atribuindo a esses fatos só ter tido uma ratificação, não tendo entrado por isso em vigor.

As questões de capacidade serão resolvidas de acordo com as leis nacionais do adotante e do adotado. Somente quando ambas autorizarem a adoção esta pode ocorrer validamente.

Autoriza o art. 75 do Código Bustamante cada um dos interessados a impugnar a adoção, de acordo com as prescrições de sua lei pessoal.

Mas é esse mesmo Código que sujeita as condições e limitações para a adoção às leis pessoais.

Entre as limitações de ordem pública podem ser lembradas as contidas nas leis alemã, boliviana, brasileira, italiana e venezuelana, que não toleram que o tutor ou curador adote o pupilo ou o curatelado antes de prestadas as contas da sua administração e saldado o seu alcance.

Segundo vários sistemas legislativos, a adoção depende apenas da declaração da vontade das partes manifestada em escritura pública (Brasil, Uruguai); outros, porém, a subordinam ao consentimento ou aprovação da autoridade competente, o que corresponde exatamente ao conceito da forma habilitante.

A preocupação de evitar a *adoção lucrativa* inspira, num objetivo de moralidade, a lei inglesa, arts. 3 e 9, dinamarquesa, art. 9, finlandesa, art. 14, e sueca, arts. 8 e 10, que não toleram possa dar lugar a gratificação alguma ou a qualquer vantagem pecuniária do adotante. Isto, naturalmente, não se aplica a qualquer benefício em favor do adotado, caso em que exigem da autoridade judiciária encarregada de homologar a adoção medidas rigorosas para evitar fraudes e garantir os direitos do adotado.

É o que consigna MARC ANCEL, aditando que, freqüentemente, as legislações modernas tomam precauções especiais para garantir ao adotado menor a conservação de seus bens pessoais.

O art. 1.760 do Código Civil alemão ordena ao adotante titular do pátrio poder sobre o adotado, e do direito de administrar seu patrimônio, levantar à sua custa um inventário da condição econômica deste, e de apresentá-lo, certificado exato, ao tribunal, "que pode, se este inventário parecer insuficiente, levantar outro por autoridade competente, sob pena de ver-se privado de seu direito de administração".

Condições similares rastreia nos códigos italiano, romeno, panamenho, peruano, colombiano, que prevê, quando o adotando possua bens, obrigação do adotante de fornecer uma caução ou uma garantia particular destinada a assegurar a conservação ou a proteção deste patrimônio.

Tais disposições visam a impedir cálculos interessados, e até mesmo, nas hipóteses visadas pelas leis escandinavas e inglesas, de terceiros, que procurem desempenhar o papel de intermediários interessados.

Nota o tratadista que o repentino reconhecimento legal da adoção ou as medidas legislativas destinadas a favorecê-la bruscamente, em certos países que anteriormente as ignoravam, parecem ter às vezes acarretado um de-

envolvimento suspeito de atividades comerciais um pouco turvas que o legislador viu-se logo forçado a impedir.

Exemplifica com a lei de 14-6-1917, que introduziu a adoção na Suécia, seguida, a 28-6-1923, de uma nova lei, aos termos da qual o tribunal deve recusar a homologação da adoção, se uma remuneração tiver sido dada ou estipulada em proveito de uma das partes, ou se uma contribuição tiver sido combinada para a manutenção da criança, a menos que se trate de uma quantia fixa paga de uma só vez à comissão de vigilância das crianças moralmente abandonadas.

Assim, ainda, a Adoption of Children Act de 1926 deu origem a certas práticas que o Adopton of Children (Regulation) Act de 1939 procura paralisar, regulamentando, de maneira muito estrita, e mesmo sob certas sanções, penais, as sociedades que intervêm para proporcionar crianças às pessoas desejosas de adotá-las, agravando as interdições já emanadas de receber ou abonar remunerações por ocasião de uma adoção e proibindo qualquer remessa ao estrangeiro ou aos cuidados de um estrangeiro de uma criança adotada de nacionalidade britânica. Mas, conclui, quando a regulamentação toma essa amplitude, trata-se, na verdade, menos de condições de formação do que da verificação geral da adoção.

7 – *Convenções internacionais*

O Código Bustamante agasalhou o princípio de que a validade dos efeitos de uma adoção depende da lei pessoal não só do adotante como também do adotado, que o Brasil, por tê-lo subscrito, incorporou mediante o Decreto nº 18.871, de 13-8-1929, ao seu direito interno como norma reguladora das relações jurídicas que envolvam cidadãos das nações subscritoras:

“CAPÍTULO VIII – *Da Adoção*

Art. 73 – A capacidade para adotar e ser adotado e as condições e limitações para adotar ficam sujeitas à lei pessoal de cada um dos interessados.

Art. 74 – Pela lei pessoal do adotante, regulam-se seus efeitos, no que se refere à sucessão deste; e, pela lei pessoal do adotado, tudo quanto se refira ao nome, direitos e deveres que conserve em relação à sua família natural, assim como a sua sucessão com respeito ao adotante.”

Foi o critério seguido, com ligeiras variantes, pelo Tratado de Montevideu de 1940, arts. 23/24.

Quando o adotante e o adotando têm a mesma lei pessoal (no sistema legal brasileiro, a do domicílio) – preleciona OSCAR TENÓRIO (*Direito Internacional Privado*, Rio, Freitas Bastos, 11ª ed., 1976, pág. 151) –, a questão se resolve com extrema facilidade:

“Atende-se, na matéria de capacidade e de condições e limitações da adoção, a lei comum das partes, com as imperiosas restrições da ordem pública.

O próprio instituto da adoção, oriundo da concordância da vontade do adotante e da do adotado, justifica a regra indicada.”

Qual será a autoridade competente para aprovar a adoção se os interessados pertencerem a Estados diferentes?

Na falta de acordo para resolver diretamente a questão, a adoção só se dará quando houver aprovação pela autoridade competente, tanto de um como de outro Estado.

Na lição de PILLET e NIBOYET, as formas da adoção constituem formas ditas *habilitantes*. Estão, pois, submetidas, em seu princípio, à lei nacional e, na sua realização prática, à lei do lugar em que se objetivam.

O Código Bustamante declara que são de ordem pública as disposições que, nesta matéria, regulam o direito a alimentos e as formalidades da adoção, aplicando-se, portanto, o direito territorial, mas admite a impugnação, de acordo com a lei pessoal de cada um dos interessados (arts. 76 e 75).

8 – Adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes

O projeto de lei do Deputado José Freire que tomou o nº 1.201-A, de 1973, visava proibir terminantemente a adoção, por estrangeiros não definitivamente residentes no território nacional, de crianças brasileiras.

A Comissão de Constituição e Justiça, em parecer de 22-5-1974, opinou, unanimemente, pela constitucionalidade, e, no mérito, pela aprovação, com substitutivo, nos termos do parecer do relator Elcio Álvares (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 4-9-1974, págs. 6.774-6.776).

Encareceu ele, quanto ao mérito, a diferença entre a adoção e o envio ilegal de menor para o exterior: a primeira deverá atender aos requisitos do Cap. V do Código Civil; a falsa adoção, que resulta no envio ilegal do menor para o exterior, aí não encontra guarida, sendo, inequivocamente, figura delituosa prevista no Código Penal.

Por essa razão, havia requerido, em 14-5-1974, ao Presidente da comissão fosse solicitada à Mesa da Câmara dos Deputados a desanexação do Projeto de Lei nº 1.372/73, de autoria do Deputado Adhemar Ghisi, do projeto ora em exame.

A iniciativa do parlamentar catarinense cuida da “entrega de filho menor a pessoa inidônea” (art. 245 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-1940), objetivando lucro ou o *envio do menor para o exterior* (art. 1º do projeto).

Concordava com a exigência do Deputado José Freire de que só o estrangeiro domiciliado no País, isto é, o lugar onde estabelece a sua residência com ânimo definitivo, pode adotar *menor*.

Demonstra, com base em EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (*Lei de Introdução ao Código Civil Comentada*, vol. II, 1944, págs. 427-8), que — nos países onde se admite a adoção — a nacionalidade não oferece, em si e por si, obstáculo à formação do vínculo.

Como, porém, há sistemas legislativos que não regulam a adoção, e, nos que acolhem o instituto, é ele considerado diversamente, quanto aos requisitos intrínsecos, à forma, aos efeitos, faz-se mister determinar qual dos sistemas interessados divergentes deve receber aplicação. Focaliza-se, propriamente, um conflito de leis quando o instituto da adoção é admitido por dois sistemas legislativos, que o regulam de modo diferente.

Por essas razões, julgou pertinente a medida proposta pelo Deputado José Freire, em simetria com a nossa Carta Magna, com o direito civil e não inovando no que tange ao Direito Internacional Privado.

Objetivando, não obstante, adequar a proposição a uma melhor técnica legislativa, elaborou o referido substitutivo no sentido de acrescentar parágrafo ao art. 368, passando o atual parágrafo único a ser § 1º:

“§ 2º — A adoção de menor, por estrangeiro, somente será permitida se este residir definitivamente no País.”

Sob nº 10, de 1975 (nº 1.201-B/73, na Casa de origem), o projeto de lei da Câmara foi publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), de 10-4-1975, pág. 918 (*).

Mas o fato é que não existe qualquer disposição vedando a adoção de crianças brasileiras por parte de estrangeiros, mesmo não residentes, até por procuração.

Apenas com relação à adoção simples o Código de Menores estabeleceu o princípio restritivo constante de seu art. 20, e que será analisado adiante.

9 — Adoção de crianças estrangeiras não residentes por brasileiros

A comoção provocada pelo drama das crianças vietnamitas, explodido com o êxodo de abril de 1975, não podia deixar de repercutir intensamente no Brasil.

A exemplo do que ocorreu no mundo inteiro, grande número de pessoas, compungidas com a situação, manifestou o impulso generoso de adotar uma dessas crianças.

Tiveram, no entanto, pela frente a reação daqueles que, reconhecendo que toda criança deve ser protegida, seja qual for sua nacionalidade, raça ou cor, lembram contarem-se aos milhares os brasileiros necessitados de urgente ajuda, merecendo, pois, prioridade.

A edição de 20-4-1975 de *O Estado de S. Paulo*, “Crianças vietnamitas, problema emocional” reproduz a condenação do Juiz de Menores do Rio, Alyrio Cavallieri, do aqodamento com que muita gente decide adotar crianças:

“As adoções emocionais resultam sempre num relacionamento castrófico entre criança e adotantes. Trata-se de um ato emocional e,

(*) N. R.: O PLC nº 10/75 passou a tramitar em conjunto com diversas outras proposições no Senado Federal, arquivadas, pelo término da Legislatura. Em 7-3-79, foi arquivado (DCN — S. II — 8-3-79, pág. 133).

por isso, desaconselhável. Mas ainda assim eu prefiro a má adoção de um vietnamita a que ele morra no Vietnã.”

Fawler de Melo, então Presidente da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), explicava sua posição:

“Essa criança vietnamita merece todo o carinho lá em sua terra. A corrida de casais brasileiros que pretendem órfãos de guerra é um modismo que vai passar. O conselho que se dá a essas pessoas é que olhem mais para os filhos de suas empregadas, permitindo que eles vivam com suas mães no emprego, por exemplo.”

Em apenas duas semanas, a filial de São Paulo da Cruz Vermelha Brasileira recebeu 101 consultas de pessoas interessadas em adotar órfãos vietnamitas e 36 pedidos foram formalizados oficialmente.

O Ministério da Justiça não participou direta ou indiretamente de qualquer campanha ou movimento visando à adoção de crianças vietnamitas por brasileiros. Por não existir nenhuma lei regulando o assunto, não há qualquer processo ou mesmo parecer sobre o problema.

Mas se as adoções viessem a concretizar-se, deveria esse órgão ter participação formal, pois o Departamento de Polícia Federal, um de seus órgãos, é responsável pela legalização da situação dos estrangeiros no País. Por outro lado, vem constituindo preocupação do Ministério aludido a adoção de crianças brasileiras por estrangeiros e, nesse sentido, há estudos visando a aperfeiçoar a legislação existente, tornando-a mais rígida e, dessa forma, garantindo o futuro do menor no exterior.

10 – *Adoção simples por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País*

O problema da adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes, apenas com relação à adoção simples, é regulado pelo Código de Menores:

“Art. 20 – O estrangeiro residente ou domiciliado fora do País poderá pleitear colocação familiar somente para fins de adoção simples e se o adotando brasileiro estiver na situação irregular, não eventual, descrita na alínea *a*, inciso I, do art. 2º desta Lei.”

Trata-se de menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, ou de manifesta impossibilidade dos mesmos para provê-las.

“Nenhuma lei” – observa Alyrio Cavallieri – “proíbe um juiz de menores de dar em adoção, mesmo através de procurador, uma criança abandonada a estrangeiros.”

E refere ter o Juizado de Menores do Rio enviado, no ano de 1971, 9 crianças à Suécia, mediante processos regulares, nos quais funcionaram vários juizes, curadores e assistentes sociais.

Entretanto, após a Conferência Mundial de Milão, nenhuma outra adoção foi concedida a casal estrangeiro, não residente no País.

Um juiz de menores pode enviar dez crianças brasileiras para o estrangeiro, uma vez que a lei não o impede. Mas, em se tratando de 50, 100 ou mil, o assunto escapa da alçada do juiz e, demonstra, passa a ser objeto de decisão do Governo.

No Seminário de Estudos sobre o Código de Menores, promovido pela Associação Brasileira de Juizes de Menores, sob os auspícios da FUNABEM, em sua sede, no Rio de Janeiro, de 10 a 14-12-1979, do qual tivemos a honra de participar, chegou-se à conclusão de que agora somente através do Juizado poderá ser feita adoção simples por estrangeiro residente ou domiciliado no exterior. Salientou-se pressupor ela estudo de suas condições através de agência de adoção oficial de seu país, que será ainda objeto de exame do Juizado local, sendo essencial o conhecimento da legislação pertinente do país do adotante.

Entendeu-se que, malgrado a delicadeza da proposição, devia sugerir-se que somente menores cuja adoção não encontrasse candidatos no país fossem entregues em adoção a estrangeiros, em face da procura de casais nacionais. A decisão poderia ser objeto de pronunciamento do Serviço Social.

Visto alguns países não atribuírem sua nacionalidade ao alienígena, o conhecimento da lei estrangeira é essencial. Unicamente menores cuja adoção não encontrasse candidatos domiciliados no Brasil seriam entregues a estrangeiros residentes ou domiciliados fora do país.

O exame das condições do candidato, por sua vez, devia ser feito através de agência oficial, mediante reavaliação pelo Serviço Social do juizado.

11 — Efeitos

Recomenda AMÍLCAR DE CASTRO que, quanto aos efeitos, seja a adoção considerada pelo direito em vigor no domicílio do adotante, uma vez que se trata de ato de liberalidade, de graça, de favor concedido apenas ao adotado, sem alteração das relações jurídicas existentes entre este e sua família.

Reconhece que alguns autores, ao contrário, entendem que os efeitos da adoção devem ser apreciados inteiramente pelo direito nacional, ou pelo direito do domicílio do adotando; e há também terceira corrente a sustentar que devem ser apreciados cumulativamente pelos dois direitos nacionais, ou dos domicílios, do adotante e do adotando.

Considera preferível, entretanto, e conforme às normas traçadas pela Lei de Introdução ao Código Civil, a doutrina dos que mandam observar o direito do domicílio do adotante, pois o ato, conquanto de caráter prevalentemente patrimonial, tem repercussão no direito de família, e reflexão onerosa na família do adotante, e não na do adotado, que só se beneficia.

“Basta considerar a circunstância de ser o filho adotivo colocado em íntima relação doméstica com o adotante e com a família deste, para se resolver pela prevalência do direito do domicílio do adotante. Expondo o sistema do *ius patriae*, afirma judiciosamente FIORE que “para os direitos que decorrem da paternidade e da filiação adotiva, e para todas as relações jurídicas do adotante com o adotado e com a família deste, deve observar-se a lei nacional do adotante, ao passo que

para regular os direitos e obrigações entre o adotado e sua família deve observar-se a lei nacional do adotado". *Mutatis mutandis*, assim deve proceder-se no sistema do *ius domicilii*.

Em resumo: a capacidade para adotar e os efeitos resultantes da adoção devem ser apreciados pelo direito do domicílio do adotante: a capacidade para ser adotado, pelo direito do domicílio do adotando; e a forma, pelo direito do lugar onde for a adoção estipulada."

De fato — aditam EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO — a lei pessoal do adotado determina os direitos que ele conserva na sua família natural e a do adotante os que obtém na sua família adotiva.

Manifesta CLÓVIS BEVILÁQUA que a adoção realizada num país produz efeitos ainda nos países que a desconhecem; MACHADO VILLELA afirma que isso seria reconhecer indiretamente aquilo mesmo que diretamente não pode ser reconhecido.

A questão, para OSCAR TENÓRIO, não é de apreciação originária do fato, mas de atribuição de efeitos a fatos estrangeiros; e a razão está com CLÓVIS BEVILÁQUA, em parte, porque é perfeitamente possível desconhecê-se a instituição e atribuir valor ao fato estrangeiro: considere-se a questão do divórcio.

Onde CLÓVIS BEVILÁQUA não pode ser acompanhado é na suposição de que a instituição estrangeira produz efeitos no *forum*, pois o certo é que no *forum* novos efeitos são atribuídos, com base na ordem jurídica indígena, não à instituição estranha, não a efeitos produzidos por força da ordem jurídica estranha, mas ao fato ocorrido no estrangeiro.

Geralmente, no campo dos efeitos — adita —, a adoção não influi sobre a nacionalidade do adotado.

Divergentes as leis, necessário ajustá-las, questão muito delicada e que se tem procurado contornar, como pensa WEISS, pela preferência da lei pessoal do adotado, porque o seu estado jurídico é mais diretamente atingido do que o do adotante.

Ora, o ato é também do interesse do adotante, que assume a grave responsabilidade de incorporar filhos à sua família. Talvez o aspecto protetor de que se reveste a adoção justifique a opinião de WEISS. Andou bem a codificação de Havana limitando a aplicação da lei pessoal do adotado ao que se refere ao nome, direitos e deveres que conserva em relação à sua família natural, assim como à sua sucessão com respeito ao adotante (art. 74, *in fine*). Andaria melhor se não tivesse deixado totalmente de lado a lei pessoal do adotante na enumeração dos direitos do adotado, pois há direitos que geram deveres, e vice-versa.

No caso de conflito entre as leis nacionais do adotante e do adotado quanto à extensão dos efeitos da adoção, por exemplo, em algumas legislações a adoção faz o adotado adquirir a nacionalidade do adotante, consequência que a adoção não tem em muitos países.

Neste caso acham alguns internacionalistas que se deve dar preferência à lei do adotante, porque a adoção é a imagem da filiação legítima e, no caso desta, seria à lei do pai que se daria preferência.

Embora, tratando da filiação legítima, opinasse pela aplicação da lei do filho, no caso desta lei estar em conflito com a do pai, acha GOMES DE CASTRO aceitável a lei do adotante.

Segundo SURVILLE e ARTHUYS, o contrato de adoção deve ser interpretado no sentido de que o adotado aceita a situação que o adotante lhe oferece na sua família, segundo as disposições da sua própria lei. Além disso, na adoção, ao contrário do que sucede com a filiação legítima ou natural, a vontade do adotado é sempre concedida e, sem a sua permissão, o contrato não ficará perfeito. O adotado, portanto, só dará o seu consentimento depois de ter pesado bem todas as conseqüências que este ato pode acarretar. Não se lhe impõe um estado. Apresenta-se-lhe uma proposta de contrato que ele aceitará ou não.

O art. 344, al. 2ª, do Código Civil belga, com as modificações decorrentes da Lei de 21-3-1969, dispõe:

“Sob reserva da ordem pública, os efeitos da filiação adotiva adquirida na Bélgica ou no estrangeiro, tanto entre estrangeiros como entre belgas e estrangeiros, reger-se-ão na Bélgica pelo que diz respeito à tutela e sucessão do adotado, bem como os direitos e obrigações entre o adotado e sua família de origem, pelo estatuto pessoal do adotado, inclusive no caso em que dito estatuto provenha da própria aquisição da filiação adotiva.

Os demais efeitos reger-se-ão pelo estatuto pessoal do adotante, especialmente no que diz respeito:

- 1) ao nome e apelidos do adotado; em caso de aquisição de legitimação adotiva com respeito a dois cônjuges, o nome e apelidos do adotado reger-se-ão pelo estatuto pessoal do marido;
- 2) aos poderes do adotante sobre a pessoa e bens do adotado, na medida em que este for incapaz em virtude de seu estatuto pessoal;
- 3) aos direitos e obrigações entre o adotado e os adotantes e a família destes.”

Entretanto — observa WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA —, os efeitos da adoção são indivisíveis e devem obedecer a lei única; essa lei, para SAVATIER, deve ser a do juiz se uma das partes pertence à sua nacionalidade, e se nenhuma das partes tiver a nacionalidade do juiz, deve ser aplicada a lei do adotante, “du fait qu’il donne, pendant la minorité, son domicile à l’adopté, et que la loi du domicile supplé, en matière de statut personnel, à la loi nationale en défaut”.

O art. 20, al. 2ª, das disposições preliminares do Código Civil italiano dispõe que “as relações entre o adotante e o adotado são reguladas pela lei nacional do adotante ao tempo da adoção”.

Na conformidade do Código Bustamante, os efeitos da adoção se regulam pela lei pessoal do adotante no que se refere à sua sucessão, e pela lei pessoal do adotado, quanto ao seu nome, direitos e deveres que conserve em relação à sua família natural, bem como à sua sucessão com respeito ao adotante.

Tratando-se de ato instantâneo, uma vez cumpridas as formalidades da lei do local onde se celebra, produz uma situação jurídica que fica definitivamente constituída.

Considera, art. 76, de ordem pública internacional as disposições que, nesta matéria, regulam o direito a alimentos e as que estabelecem para a adoção formas solenes.

12 — *Impugnação. Revogação*

Admite o Código Bustamante, art. 75, possa cada um dos interessados impugnar a adoção, de acordo com as prescrições da sua lei pessoal.

O art. 344, al. 3ª, do Código Civil belga, modificado pela referida lei de 1969, permite na Bélgica a revogação da adoção entre estrangeiros ou entre belgas e estrangeiros, na conformidade das formas e condições previstas pelo mesmo Código.

As decisões tomadas além fronteiras, revogando uma filiação adotiva, seja entre belgas como entre estrangeiros, seja entre belgas e estrangeiros, serão ali reconhecidas sempre que tenham sido respeitadas as condições previstas pelo estatuto pessoal da parte em cujo interesse tiver sido decretada a revogação.

Sob reserva da ordem pública — adita a alínea 4ª —, os efeitos das decisões adotadas na Bélgica ou no estrangeiro revogando uma filiação adotiva entre estrangeiros ou entre belgas e estrangeiros, reger-se-ão na Bélgica pelo estatuto pessoal do adotivo.

Considera RAYMOND ABRAHAMS que a concordância do texto com numerosas legislações estrangeiras corresponde às verdadeiras necessidades, bem como às naturais ambições do direito internacional privado. Garante a universalização da eficácia destes direitos subjetivos.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAMS, Raymond — “Les conflits de lois en matière d'adoption en droit international privé belge”, *Journal du Droit International* nº 4, 1971, págs. 806-809.

ANCEL, Marc — *L'Adoption dans le Législations Modernes*. Paris, Sirey, 1943, 212 págs.

BATALHA, Wilson de Souza Campos — *Tratado de Direito Internacional Privado*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed., 1977, vol. II, págs. 167-174.

BATTIFOL, Henri — *Droit International Privé*. Paris, Librairie Générale, 5ª ed., 1970, tomo II, págs. 87 e 88.

CASTRO, Amílcar de — *Direito Internacional Privado*. Rio, Forense, 3ª ed., 1977, págs. 383-387.

CASTRO, Gomes de — *Direito Internacional Privado*. Rio, págs. 156 e 157.

CHAVES, Antônio — *Adoção, Adoção Simples, Adoção Plena*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed., 1980, págs. 90-95 e 543-544.

VALLADÃO, Haroldo — *Direito Internacional Privado*. Rio, Freitas Bastos, 2ª ed., 1977, vol. II, págs. 145 e 146.

VITTA, Edoardo — *Diritto Internazionale Privado*. Turim, Utet, vol. II, 1973, págs. 412-416.

A questão agrária e a “estratégia” governamental

VILMA FIGUEIREDO

Pesquisadora Associada ao Centro de
Pesquisas Internacionais da Fundação
Nacional de Ciências Políticas de Paris.
Professora Adjunta do Departamento de
Ciências Sociais da Universidade de
Brasília.

SUMÁRIO

- 1 — A questão agrária: complexa e atual
- 2 — Integração agricultura/indústria
- 3 — Crescimento subsidiado
- 4 — Efeitos concentradores
- 5 — Efeitos sobre o trabalho rural
- 6 — Tentativas de corrigir os “efeitos selvagens”
- 7 — Ampliação das bases do regime?

Bibliografia

1 — A questão agrária: complexa e atual

A atualidade da questão agrária no Brasil se apóia, por um lado, na importância crescente da agricultura como lugar de realização do capital. Em outros termos, o desenvolvimento econômico do País depende fundamentalmente da “modernização” da produção agrícola, não só para exportação, mas também para o mercado interno. Por outro lado, a crucia-

Artigo publicado em francês na revista *Amérique Latine*, n.º 10, abril/junho 1982 — CETRAL — Paris, integrando um dossiê sobre o Brasil.

lidade da questão agrária está em que ela, do ponto de vista social e político, não se esgota no problema do desenvolvimento econômico. As contradições, desigualdades e conflitos gerados pelas transformações na estrutura agrária não decorrem automaticamente de processos econômicos supostamente neutros, mas resultam da convergência entre processos econômicos e práticas políticas dos diversos interesses envolvidos.

Dessa maneira, a atuação dos governos pós-1964, se, por um lado, vai visar à reprodução do capital na agricultura respondendo a interesses expressos pela relação de forças na sociedade, vai também refletir a necessidade de reprodução do sistema como um todo através de políticas que visam à integração e ao controle das massas rurais marginalizadas. As políticas de "acumulação" e "legitimação", como têm sido identificadas (CHALOULT, 1978), apesar de complementares em termos da reprodução do sistema, são, na prática, contraditórias. Essa contradição advém, em boa parte, das práticas políticas dos diferentes interesses afetados pelas políticas públicas, dentro de um quadro sócio-político autoritário onde as possibilidades de organização e expressão dos interesses ligados ao capital contrastam com os bloqueios à organização autônoma e expressão política dos trabalhadores rurais. Nesse contexto a balança tende a pesar favoravelmente aos interesses mais particularistas do capital na agricultura, agravando o potencial de conflito nela existente.

A complexidade da questão agrária no Brasil deve-se não só às dimensões econômica, social e política que necessariamente envolve, mas a especificidades oriundas de sua evolução no tempo e manifestação diferenciada regionalmente. A história da sociedade brasileira que define a inserção dependente do Brasil na economia capitalista, o poder dos grandes proprietários de terra, o alijamento político das grandes massas de trabalhadores rurais e a vastidão do território nacional são elementos de natureza distinta que integram a questão agrária e que definem limites para a atuação de diferentes governos.

É assim que, no início dos anos 80, o governo se vê às voltas com a necessidade de estimular mais ainda a penetração do capital na agricultura dentro da estratégia de relançar a economia, ao mesmo tempo que procura legitimar-se através da tentativa de abertura democrática. Tanto a questão da justiça social quanto a da democracia dependerão da forma como os trabalhadores rurais se articulam entre si e ao mundo urbano, bem como de sua capacidade de inserção e de pressão no jogo do poder. Desse modo a questão agrária passa a ocupar posto central nas estratégias governamentais de dinamização da economia e de busca de legitimação.

2 — Integração agricultura/indústria

A implantação do regime militar em 1964 criou condições favoráveis para a implementação de políticas necessárias ao desenvolvimento capitalista dependente em sua fase monopolista centrado na expansão das

grandes empresas estrangeiras, nacionais e estatais, e permitiu a internacionalização crescente do mercado interno (CARDOSO, 1972; FIGUEIREDO, V., 1978). Se, num primeiro momento, a agricultura não aparece, para alguns analistas, como setor a ser privilegiado pela política econômica do governo ⁽¹⁾, a ênfase na modernização e na obtenção de níveis mais altos de eficiência implicava mudanças na política para o setor. Será fundamental para o processo de modernização agrícola a política de incentivos e subsídios governamentais. Já em 1967, o governo vai promover violenta expansão do crédito altamente subsidiado para a agricultura. O que importa sublinhar é que, depois de 1964 e, especialmente, a partir de 1967, os governos militares decidiram estimular a expansão do capitalismo na agricultura. O resultado é que, no início dos anos 80, qualquer que seja a perspectiva adotada por quem estuda as transformações da agricultura brasileira, a penetração direta do capital no campo não pode ser negada.

Evidentemente a capitalização do campo não é homogênea para todo o País e nem se passa sem contradições. Dada a diversidade de aspectos que apresenta, variam os autores em sua análise, quer focalizem a atenção nos setores mais de ponta da produção rural, quer nos mais tradicionais ou na articulação de ambos. De uma certa maneira o modelo de desenvolvimento capitalista excludente que se verificou para a indústria se repete para a agricultura, não no sentido de gerar dualismos estruturais, mas de marginalizar amplos setores da população dos benefícios desse desenvolvimento.

Como traço marcante das transformações recentes na agricultura é de se acentuar a integração agricultura/indústria. Assim é que, de geradora de divisas, a agricultura passa a ser lugar de realização do capital industrial. É verdade que a função de geração de divisas da agricultura continua sendo fundamental. O que parece acontecer, porém, é que tanto a exportação como a produção para o mercado interno passam a ser mediatizados pelo complexo agroindustrial.

O complexo agroindustrial se transforma num dos elementos centrais do processo de acumulação de capital na medida em que permite a expansão da produção agrícola, tanto para o mercado interno como para o externo, a criação de um novo campo de valorização do capital, de insumo e produtos industriais ligados à agricultura, bem como o incremento de divisas necessárias para a expansão do atual modelo econômico, além de economizá-las através do suprimento das necessidades do mercado interno (SORJ, 1980).

(1) ANTONIO DELFIM NETTO, em outubro de 1964, no Seminário de Economia Brasileira realizado na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo, afirmava que a forma extensiva de crescimento do setor agrícola era mais conveniente na medida em que uma unidade de capital que pudesse ser utilizada alternativamente na agricultura ou na indústria deveria ser aplicada no segundo setor, pois a produtividade marginal do capital era mais elevada no setor industrial do que no setor agrícola. (DELFIM NETTO, 1964.)

A agricultura vai consumir cada vez mais insumos e implementos industriais, consumo que se inicia nos produtos dinâmicos de exportação e vai, progressivamente, atingindo os demais produtos de consumo interno. O aumento brutal da produção nacional de tratores na última década, acompanhado de sua efetiva utilização na agricultura, é um dos indicadores mais evidentes da referida integração agricultura/indústria.

TABELA 1

Produção de tratores e área colhida de produtos trator-intensivo, média 1960-62

Produção anual média de tratores de quatro rodas			Área colhida de produtos com utilização intensiva de tratores	
Período	Unidades (mil)	Índice	Área (mil ha)	Índice
1960-62	9,3	100	1.947,3	100
1963-65	10,8	116	2.014,7	103
1966-68	8,7	94	2.321,1	119
1969-71	15,1	162	4.106,4	211
1972-74	36,7	395	6.944,5	357
1975-76	53,5	575	10.736,5	551

Fonte: Sistema Nacional de Planejamento Agrícola, M.A., 1977

Cabe lembrar que o novo complexo agroindustrial desenvolvido a partir de fins dos anos 60 tem as mesmas características de outros ramos da produção industrial, tais o alto grau de concentração, concorrência oligopólica e controle pelo capital estrangeiro e nacional (ARROYO, G. DE ALMEIDA, VON DER WEID, 1979). O setor agroindustrial foi responsável por 20 a 30% do total de investimentos e reinvestimentos do capital estrangeiro no Brasil, em 1974 (SAMPAIO, 1980). Num primeiro momento a indústria de máquinas e implementos agrícolas não era totalmente controlada pelo capital estrangeiro, como ocorre com a indústria de tratores. Mais recentemente vem ocorrendo um processo de desnacionalização daquela indústria, em função da redução do crédito agrícola que afetou as indústrias com menor capacidade financeira (Coojornal, 1978, in SORJ, 1980).

Ao lado da mecanização, a absorção crescente de fertilizantes foi também altamente estimulada pelo governo através de subsídios. A demanda de fertilizantes aumenta a tal ritmo que a produção nacional, apesar de

ter crescido de 335%, de 1970 a 1976, não basta para satisfazê-la. Evidentemente o consumo de fertilizantes não é homogêneo entre as diversas regiões. Em 1975, o Sudeste e o Sul, com uma área colhida de 24,5% e 39,6% em relação ao Brasil, utilizam, respectivamente, 39,3% e 48,5% do total de fertilizantes consumidos no País. Por outro lado, o Nordeste, que participa com 26,2% da área colhida nacional, utiliza a reduzida parcela de 7,0% do total de fertilizantes (PEIXOTO, CHALOULT, FIGUEIREDO, 1977).

A criação do complexo agroindustrial não se manifesta, somente, em relação à mecanização e fertilizantes. A importação de herbicidas foi acelerada na última década, e o governo lança, em 1975, o programa nacional de defensivos agrícolas visando a reduzir as importações para 50% em 1980. Ao mesmo tempo, a produção e consumo de rações cresce aceleradamente de 168 milhões de toneladas em 1968 para 11.328 milhões de toneladas em 1978 (FREDERICQ, 1979, in SORJ, 1980). A produção de sementes selecionadas também se expande através de agências do governo (2) ou pela transferência de sua produção para cooperativas e empresas privadas. São visadas as sementes das principais culturas comerciais, e a grande expansão se dá nas sementes de milho, arroz, trigo e soja. A expansão da produção de soja, que passa de 500 mil toneladas em 1965 para mais de 15 milhões de toneladas em 1980/81 (BERTRAND, 1981), reflete, além de outros aspectos da implantação do complexo agroindustrial, também a produção de sementes melhoradas.

Na indústria de processamento de alimentos, também grandes transformações se passam na última década. Além da crescente diversificação da produção, que implica em modificações na cesta de consumo, o setor sofre intenso processo de concentração, uma vez que vários produtos passam a ser controlados por uma ou duas empresas. A possibilidade de sobrevivência das pequenas empresas nacionais se reduz, dadas as condições oligopólicas do mercado. Sua sobrevivência fica ainda mais ameaçada pelas políticas de controle sanitário do governo, que acabam por dar o golpe de misericórdia em pequenas indústrias processadoras de carne e leite, por exemplo (3).

3 — Crescimento subsidiado

A expansão do complexo agroindustrial passa a ser responsável pelo crescimento da produção agrícola. A Fundação Getúlio Vargas divulga, para 1981, um crescimento de 8% para a agricultura, enquanto a indústria cai em 10%, num contexto de crise em que o produto interno bruto cai de 3,7%. Além disso, apesar da diminuição relativa da importância da agri-

(2) A publicação do CNPq *Orçamento da União para Ciência e Tecnologia 1981* mostra a EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisas Agropecuárias) é a grande beneficiária, com 17,91% do total do orçamento.

(3) A imprensa nacional, em 1978 e 1979, veiculou informações sobre a destruição de diversas dessas empresas após exigências sanitárias impostas pelo governo.

cultura nas exportações, a exportação de produtos manufaturados de origem agrícola teve incremento substancial. Mesmo assim, em 1981, a participação de produtos básicos nas exportações foi de 39,88%. E o farelo de soja foi dos produtos que, individualmente, mais contribuíram para as vendas do Brasil no exterior em 1981 (**O Estado de S. Paulo**, 19-12-1981) (*).

O incremento das exportações é fundamental para a viabilização do modelo de crescimento fundado numa dívida externa crescente. Em 1981, o serviço da dívida externa brasileira absorveu 72% do valor das exportações (**O Estado de S. Paulo**, 19-1-1982). As exportações são estimuladas com subsídios diretos e, indiretamente, através de incentivos ao complexo agroindustrial. Ao mesmo tempo o governo visa a garantir o abastecimento do mercado interno através de diversos instrumentos, como fixação de cotas de exportação, licenças para exportar, controle de preços no mercado interno etc. Nem sempre a compatibilização dos interesses no mercado interno e externo se faz, as crises de abastecimento do mercado interno estão aí para atestar, bem como a brusca diminuição ou marginalização da produção de alimentos básicos, por exemplo, o feijão.

Visando a articular a expansão agrícola com o complexo agroindustrial e as necessidades de abastecimento interno e as exportações, as medidas governamentais vêm a beneficiar não só a agroindústria moderna interessada na transformação industrial da matéria-prima agrícola, mas também os complexos industriais integrados nacionais e multinacionais, os setores produtores de máquinas e insumos agrícolas (liderados por empresas estrangeiras) e os antigos proprietários rurais que modernizam seu empreendimento. Estes, como sugere um recente estudo, ao adotarem o cálculo empresarial na condução de sua atividade, não necessitam realizar a maior parte do investimento financeiro, que é a aquisição da terra (AIDAR e PEDROSA JÚNIOR, 1981).

Os subsídios governamentais diversos e especialmente os subsídios creditícios agem no sentido de reproduzir o padrão de modernização que beneficia os interesses acima mencionados. Como supõe o estudo de AIDAR e PEDROSA JÚNIOR, um dos fatores que se podem constituir em forte apoio à presença da grande empresa capitalista na agricultura é a existência de subsídios. E ainda que não baste a existência de subsídios, é necessário que seu volume seja suficientemente significativo para elevar a taxa de lucro na atividade agropecuária. Ora, em 1977, os subsídios creditícios destinados à agropecuária atingiram 20,2% da renda interna do setor. Em 1970, os estabelecimentos de menos de 10 ha, 51% do total de estabelecimentos no País, recebem apenas 5,5% do crédito total e, no que se refere estritamente ao crédito distribuído pelas entidades governamentais, as médias e grandes propriedades recebem 90% do total de créditos por elas distribuídos (FIBGE, 1970). Se, em 1976, 60% do crédito agrícola provinham dos bancos oficiais, em 1980 essa proporção chegou a 80%. Em 1982, os

(*) A parte do Brasil na produção mundial de soja cresce de menos de 5% no início dos anos 70 para mais de 19% em 1980/81 (BERTRAND, 1981).

subsídios ao crédito rural continuarão altos, entre 600 e 700 bilhões de cruzeiros, o mesmo valor registrado em 1981, apesar da esperada queda na taxa de inflação (*O Estado de S. Paulo*, 5-1-1982). O importante do mecanismo do crédito subsidiado é que ele é concedido a juros negativos e privilegia a grande empresa. Segundo BERNARDO SORJ, a política de crédito rural tem dois aspectos básicos. Por um lado, visa a modernizar as forças produtivas e, desse ponto de vista, pode ser considerada como beneficiando o conjunto do complexo agroindustrial. Por outro, trata de compensar a política de controle de preços, constituindo-se num mecanismo de transferência de renda especialmente para os médios e grandes produtores, exatamente os que têm melhores condições de reagir contra a política de preços (SORJ, 1980:89).

4 — Efeitos concentradores

O processo de modernização estimulado pelo Estado — do qual os grandes eixos foram aqui esboçados — já foi identificado como **modernização conservadora**, pelo que mantém, reforçando, a **estrutura de propriedade concentrada da terra** e permite ao latifúndio modernizar-se e transformar-se numa grande empresa agrícola. Visando à reprodução do capital, os governos pós-64 formulam políticas que favorecem a grande propriedade, estimulando a concentração de terras e rendas.

Análises do recadastramento do INCRA de 1978, a despeito do subcadastramento que identificam, mostram que de 1972 a 1978 houve aumento de 16,4% no número de imóveis de 2 mil a 5 mil ha e de 14,2% da área por eles ocupada. O número dos imóveis de 5 mil e mais ha aumentou em 8,7%, enquanto a área cresceu em 27,9%. Esses dados evidenciam um forte aumento das grandes propriedades, tanto maior quanto mais elevados seus tamanhos. Em 1972, apenas 3,1% dos imóveis detinham 61% da área total cadastrada e, em 1978, cerca de 3,6% dos imóveis detêm nada menos que 66% da área total. Por outro lado, a área aproveitável não explorada dos imóveis rurais atingia, em 1978, cerca de 37% da área total dos imóveis, contra 22% em 1972. Tal fato se deve, mais que tudo, à predominância quase exclusiva de projetos de pecuária extensiva na ocupação das áreas novas das regiões Centro-Oeste e Norte (**Reforma Agrária**, 1981).

A concentração de terras é, de fato, maior do que o que esses dados revelam, pois eles omitem os casos de múltipla propriedade. Existem casos como de um só fazendeiro ser dono de mais de 50 fazendas, ou ainda, como no Acre, em que cerca de 100 pessoas são proprietárias da quase totalidade da extensão do Estado (*O Globo*, 8-9-1980).

Dados do INCRA também mostram que as propriedades de menos de 10 ha, que representavam mais de 36% dos imóveis em 1967 e ocupavam quase 2% da área total cadastrada, tiveram sua participação reduzida para

1% da área cadastrada em 1978 e passaram a representar cerca de 28% do número total de imóveis do País (GRAZIANO DA SILVA e HOFFMANN, 1980).

Os dados do IBGE sobre o censo de 1980 ainda não estão disponíveis, tendo sido divulgadas, porém, algumas informações. Por exemplo, apesar da expansão da área rural, o número de propriedades caiu 0,87% no Sul entre 1975 e 1980 e 0,6% no Centro-Oeste no mesmo período. Por outro lado, os dados do censo já divulgados mostram que os trabalhadores do campo tiveram sua participação diminuída na renda nacional. Os 50% mais pobres da zona rural que, em 1970, detinham 22,4% da renda rural chegaram em 1980 com apenas 14,9%. Por outro lado, os 5% mais ricos que em 1970 detinham 23,7% em 1980 passaram a concentrar 44,2% da renda, enquanto 1% do topo quase triplicou sua participação, saindo de 10,9 para 29,3%.

TABELA 2

Distribuição do rendimento da população no campo (em porcentagem)

	1970	1976	1980
20% mais pobres	5,2	4,1	— (*)
50% mais pobres	22,4	17,9	14,9
10% mais ricos	33,8	42,8	53,4
5% mais ricos	23,7	31,7	44,2
1% mais rico	10,5	15,5	29,3

Fonte: IBGE

(*) Não foi divulgada a parte dos 20% mais pobres.

Esses dados que o Censo revela não chegam a ser inesperados, pois a maior parte das pesquisas recentes sobre a modernização da agricultura apontam não só na direção de uma concentração crescente da posse da terra, mas também dos ganhos da atividade rural.

A distribuição dos salários foi divulgada para o conjunto da população, onde se observa que os 10% mais ricos recebem 50,9% dos salários em 1980, em contraste com 46,7% em 1970, e que os 50% mais pobres que recebiam 14,9% dos salários em 1970 passam a somente 12,6% em 1980. No entanto, pesquisas revelam que 36% das famílias de trabalhadores rurais ganham menos de um salário mínimo por mês. E com um salário mínimo por mês, pelos critérios dos organismos internacionais, a família já é considerada em situação de pobreza absoluta.

5 — Efeitos sobre o trabalho rural

A reorganização da agricultura brasileira nos quadros da modernização conservadora afeta grandemente o trabalho agrícola, provocando diferenciação da pequena produção, diminuição do assalariado permanente, aumento do temporário, além da expulsão da mão-de-obra rural.

Se até décadas recentes a população rural brasileira vinha aumentando permanentemente, dados do censo de 1980 mostram reversão nessa tendência. Em 1970, pela primeira vez, o censo registrou uma população urbana maior que a rural (52 milhões contra 41 milhões), porém ambas tinham taxas de crescimento positivas. Em 1980, só houve taxas positivas para as regiões Norte e Nordeste, apesar de, também aí, a população urbana ter superado a rural (as porcentagens de população rural nas regiões Norte e Nordeste, respectivamente, passam de 54,8 para 48,3 e de 58,2 para 49,5, de 1970 para 1980). Se em 1970, a população urbana brasileira atingia os 55,9%, em 1980 a população urbana passa para 67,6% do total.

O esvaziamento do campo é fenômeno que, historicamente, se tem registrado ao mesmo tempo que há expansão do capitalismo na agricultura. No caso do Brasil, tal esvaziamento passa a constituir-se em fenômeno explosivo na medida em que a capacidade de absorção da mão-de-obra de origem rural em atividades urbano-industriais é mínima⁽⁵⁾, dando origem não só ao subemprego, mas também à marginalização absoluta dessa população. Outro aspecto a ser destacado a partir do esvaziamento do campo, revelado pelo censo, é a aparente falência da fronteira agrícola como absorvedor permanente de grandes quantidades de mão-de-obra rural. O esvaziamento de áreas agrícolas recém-ocupadas como o Paraná, Goiás e Mato Grosso do Sul indicam que a fronteira agrícola, nas circunstâncias atuais, constitui uma alternativa muito parcial e de duração reduzida para a absorção de mão-de-obra (*Jornal do Brasil*, 31-5-1981).

O aumento do êxodo rural pode ser visto como sendo das expressões mais importantes do processo de proletarianização do trabalhador rural, porém não a única. À medida que se transformam os latifúndios, que se criam novas empresas agrícolas e estimulam-se cooperativas de produtores que vão funcionar como grandes empresas, redefine-se a pequena produção. O espaço do pequeno produtor autônomo se reduz. A pequena produção ou vai ser marginalizada, ou desmantelada no sentido da proletarianização direta de seus agentes, ou "integrada" ao complexo agroindustrial ou ainda excepcionalmente capitalizar-se.

No contexto da modernização conservadora, a possibilidade de capitalização do pequeno produtor é reduzida. Há, no entanto, alguns exemplos onde condições estruturais e conjunturais específicas permitem essa ocorrência. É o caso, por exemplo, de alguns poucos dos pequenos proprietários

(5) Dado o controle oligopólico do mercado e a absorção de tecnologia importada, poupadora de mão-de-obra.

produtores de soja em Cruzeiro do Sul, que, beneficiando-se de políticas de incentivo à soja, mudam a natureza de seu empreendimento passando a assalariar trabalhadores e a expandir a área que cultivam por compra e/ou arrendamento de novas terras (PEIXOTO, CHALOULT, FIGUEIREDO, 1979). Também é o caso dos "agricultores sulistas" que se deslocaram para o Distrito Federal como arrendatários do governo dentro de um programa de assentamento dirigido e aí desenvolveram um empreendimento capitalista (FIGUEIREDO, 1979). Processo que ocorre, também, no seio de cooperativas, beneficiando aqueles produtores que reúnem condições para um maior volume de produção e controle da empresa cooperativa (ARAÚJO, 1980).

O processo de diferenciação da pequena produção não elimina por completo a pequena produção tradicional, porém sua importância relativa tende a cair. Se em relação a alguns produtos básicos de alimentação ainda exerce papel importante, como no caso do arroz e do feijão, alguns estudos recentes mostram que a produção capitalista nessas culturas é crescente ⁽⁶⁾ (BORGES e SERVILHA, 1978).

Não foram divulgados, ainda, os dados do último censo sobre trabalho assalariado no campo. Porém, como sugerem pesquisas recentes, é de se esperar que as tendências de redução na participação relativa do trabalho assalariado permanente em relação ao total da população ocupada na agricultura, já observadas em 70 e 75, venham a se manifestar. Isso porque, dado o aumento da modernização e utilização de técnicas modernas de produção, só ficam permanentemente empregados no campo os trabalhadores mais especializados ⁽⁷⁾. Por outro lado, inúmeras pesquisas evidenciam o aumento do trabalho assalariado temporário, que cresce a uma taxa de 12% ao ano (IPARDES, 1978; D'INCAO MELO, 1977; FETAEG, 1980).

As formas diretas de proletarianização através do assalariamento não esgotam esse processo na agricultura brasileira. A "integração" do pequeno produtor à grande empresa é sua nova face no Brasil. Com a generalização do empreendimento capitalista no campo, com investimento direto de capital na agricultura e/ou via domínio do processo de comercialização, financiamento e assistência técnica, o espaço do pequeno produtor autônomo se reduz. O bloqueio das possibilidades de pequenos produtores "integrados" se apropriarem de trabalho excedente os coloca em um processo que, tendencialmente, os transforma em força de trabalho para o capital (MOREIRA, 1981). A subordinação do trabalho familiar da pequena produção "integrada" ao capital industrial dá-se através de um duplo movimento de circulação, no qual a assistência técnica desempenha um papel fundamental: circulação de insumos agrícolas do setor industrial para o setor agrícola e circulação de matéria-prima agrícola para o setor industrial (CPDA, 1979:

(6) O governo cria o Profissão e, com incentivos e subsídios, é de se esperar que aconteça com a cultura do feijão o que já aconteceu com outras que se modernizaram e deslocaram a pequena produção tradicional.

(7) Do total de trabalhadores qualificados na agricultura, 75% concentram-se em São Paulo e nos Estados do Sul.

114). No primeiro momento define-se a posição subordinada do pequeno produtor no processo de produção e comercialização e, no segundo, dá-se a apropriação, pela indústria, do excedente econômico gerado pelo agricultor.

Um estudo de caso na cultura do fumo no Rio Grande do Sul mostra que, nesse tipo de articulação indústria/pequeno produtor agrícola, tanto a propriedade privada da terra como o caráter mercantil da produção agrícola tendem a se descaracterizar diante da posição subordinada ao capital industrial (LIEDKE, 1977).

O que leva a grande indústria a organizar a produção dessa maneira ao invés de produzir ela mesma sua própria matéria-prima, é a possibilidade de maior acumulação que aquela opção acarreta. O grau de subordinação da pequena produção varia, mas nos casos em que é mais intensa, como na produção de fumo, suínos e uva (SANTOS, 1978), por exemplo, o fato de a transferência de sobretrabalho do produtor se dar através da venda do produto ou da venda de força de trabalho vai depender inteiramente das conveniências do capital industrial no setor. O momento final do processo de proletarianização, a expropriação da terra, pode ser realizado quando as indústrias bem o entendam. As migrações de população rural do Sul do País — onde o processo de “integração” mais se generaliza — para os centros urbanos ou para as regiões de fronteira são uma evidência indireta que essa expropriação já se verifica, com uma intensidade não negligenciável. O processo de integração é seletivo, na medida em que só envolve produtores capazes de incorporar técnicas modernas, e dominante em diversos produtos de alto valor comercial e de interesse de empresas industriais e cooperativas. Um estudo sobre uma cooperativa do Estado de São Paulo revela casos de cooperados que tiveram que vender suas terras para saldar dívidas com a cooperativa. A direção da cooperativa interpreta esses casos como de incompetência de produtores que não conseguem um padrão mínimo de qualidade (ARAÚJO, 1980).

6 — Tentativas de corrigir os “efeitos selvagens”

O processo de modernização da agricultura brasileira se desenvolve com as características aqui delineadas enquanto são suprimidas as forças de oposição ao regime, reprimidas a classe operária e as organizações autônomas de trabalhadores rurais. As políticas governamentais em relação à agricultura têm o sentido claro de favorecer a grande empresa agrícola, reforçando tendências concentradoras da estrutura agrária, aumentando desigualdades regionais e marginalizando vastos setores da população rural — os mais de 8 milhões de pessoas ocupadas nos 2,6 milhões de minifúndios com menos de 10 ha e os quase 7 milhões de bóias-frias. Os governos militares tentam legitimar-se pela eficiência econômica fortalecendo a maior concentração e centralização das empresas mais avançadas com participação maciça do capital estrangeiro e suporte das empresas públicas. Apesar dos índices recentes de crescimento da agricultura, é inegável o potencial explosivo da agricultura brasileira. Os conflitos de terras estão

aí para atestá-lo, ao lado do aumento dos bóias-frias e dos bolsões de pobreza absoluta (8).

Não é que os problemas da pequena agricultura e do trabalhador rural não estejam presentes nas considerações dos formuladores das políticas governamentais. A própria reprodução do sistema como um todo exige determinadas políticas voltadas para o pequeno produtor, quer seja para assegurar no campo uma mão-de-obra disponível para a empresa capitalista rural, quer para garantir uma produção de alimentos a baixo preço relativo ou para criar uma base de apoio ao regime. O que acontece é que as medidas de política, visando à pequena agricultura e ao trabalhador rural, tomadas em contexto político autoritário onde os diretamente interessados não são consultados e nem têm meios de questionar sua aplicação, acabam por gerar resultados opostos aos inicialmente pretendidos, quando não é o caso de não chegarem a ser postas em prática.

A partir de 1964 e mesmo durante os períodos de maior fechamento político, programas de apoio à pequena agricultura foram criados, com ou sem pressão de organismos internacionais. Cabe lembrar que a procura de correção de desigualdades não se dá a partir, ou por causa, da constatação de que existem. Para se tornarem objeto específico de preocupação por parte do planejamento governamental, foi necessário que tais desigualdades se colocassem como fatores efetiva ou potencialmente desestabilizadores do sistema (FERREIRA, 1980). Assim já em 1964, com base no Ato Institucional de 9 de abril, é aprovada a Lei nº 4.504, de 30 de novembro, que estabelece o Estatuto da Terra. O documento visa a regulamentar "os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para fins de execução da Reforma Agrária e promoção da política agrícola", sem ferir os interesses fundiários, mas promovendo a justiça agrícola. A lei ainda está em vigor, mas, na prática, muito pouco do que estabelece é cumprido. O governo sofre forte oposição dos interesses dos grandes proprietários e empresários e já a partir de 1970 é deixada de lado qualquer referência à regorma agrária. Os problemas passam a ser equacionados de outro modo, e a ênfase passa a ser dada à política de colonização, especialmente na Amazônia, mas também incluindo projetos no Nordeste.

A colonização, como a define o Estatuto da Terra, "é toda atividade oficial ou particular que se destine a promover o aproveitamento econômico da terra, pela sua divisão em propriedades familiares ou através de cooperativas". Estudo recente mostra que a política de colonização iniciada em 1970, como resposta às necessidades mais imediatas das massas de camponeses empobrecidos do Nordeste, significava uma reversão na política de incentivos fiscais, iniciada em 1966 para fomentar na Amazônia o investimento de grupos empresariais do Centro-Sul. A colonização oficial, programada em 1970 e cujo agente seria o INCRA (órgão do Ministério da

(8) Só em 1980 e no que se refere a questões que envolveram os sindicatos rurais, foram denunciados 53 conflitos de terras em diversos Estados, em que ocorreram mortes, prisões e outras violências contra os trabalhadores rurais. Em alguns casos foi conseguida a desapropriação da área por interesse social, como solicitado pelo movimento sindical. Além dos conflitos de terras, são registrados inúmeros movimentos de pequenos produtores de oja, suíno, uva e fumo, além de greves de assalariados e de bóias-frias (CONTAG, 1980).

Agricultura), vai sofrer oposição da SUDAM (do Ministério do Interior) em relação à própria natureza da colonização. Do conflito sai vitoriosa a concepção da SUDAM, e o papel da Associação dos Empresários Agropecuários da Amazônia é fundamental no processo, ao mesmo tempo que os interesses dos pequenos agricultores nordestinos, supostamente representados pelo INCRA, não têm condições de se manifestar efetivamente. O resultado é que, em 1974/75, a política de colonização da Amazônia se desvincula da intenção de resolver os problemas de mão-de-obra do Nordeste, optando-se pela colonização "seletiva" e "econômica", utilizando-se produtores do Sul do País, colonização a ser feita por grandes cooperativas agrícolas e por companhias privadas (POMPERMAYER, 1981).

É esse o sentido que passou a ser imprimido à colonização pelos órgãos oficiais responsáveis pela ocupação da Amazônia, e desde 1974 está explícita a prioridade à instalação de grandes empresas na área, o mesmo acontecendo com a ocupação dos cerrados no Centro-Oeste. Ilustrando essa linha, o Ministro da Agricultura anuncia, em março de 1982, a criação de quatro pólos agropecuários para a produção de 102 mil toneladas de alimentos destinados ao abastecimento interno e à geração de excedentes de grãos para exportação, numa área de 30 mil hectares dentro do Programa Carajás (*Jornal de Brasília*, 13-3-1982).

A política de colonização, apesar de se ter centrado basicamente na Amazônia, não se esgota aí. Seus efeitos limitados, porém, têm sido enfatizados em diversos estudos, no que se refere, por exemplo, à criação de uma camada de pequenos produtores (FERREIRA, 1980).

A busca de legitimação tem levado o governo à formulação de outras políticas e criação dos mais variados instrumentos e programas, dos quais são exemplos o FUNRURAL, o cooperativismo, o PROTERRA, o apoio a agricultores de baixa renda e, mais recentemente, a lei do usucapião especial, formulados sem a participação dos diretamente atingidos por eles e que produzem efeitos muito limitados.

Apesar do tom grandiloquente com que o Presidente Figueiredo se dirige à Nação ao sancionar a Lei do Usucapião em 10 de dezembro de 1981, afirmando que "é preciso mobilizar por inteiro os elementos à disposição do governo, assim na esfera federal como na estadual, para imprimir à reforma agrária a dimensão que o interesse público requer", o efeito esperável da lei é mais simbólico do que real. São reais os conflitos de terras que deram razão à medida, envolvendo posseiros nas diversas regiões do País e, especialmente, nas regiões de fronteira. Neste sentido é significativo o fato de o projeto de lei ter partido das áreas de segurança nacional e de ter sido encaminhado ao Legislativo pelo Presidente da República.

Em seu artigo 1º, a Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981 (*Diário Oficial*, de 11-12-1981), diz que se pode beneficiar do usucapião especial "todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 ha, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela

tiver sua morada". A redução para 5 anos do prazo para legitimar a posse da terra é o grande ponto positivo da medida. Porém, ao exigir que a posse se caracterize como "sem oposição", a lei exclui as situações de conflito. É o que leva um deputado do Partido Popular de Santa Catarina a dizer, durante a discussão do projeto na Câmara, que a lei não se assemelha em nada a um projeto de reforma, não sendo mais do que uma legitimação do *statu quo* (SCHMITT, 1981).

O projeto inicial não incluía as terras particulares, mas, em sua forma definitiva, após as emendas introduzidas pelo Legislativo, abrange as terras particulares e as terras devolutas. Ficam excluídas as áreas de interesse ecológico, as terras habitadas por silvícolas e as áreas indispensáveis à segurança nacional. A exclusão das áreas de segurança nacional foi altamente debatida no Congresso, mas permaneceu no texto final. São hoje incluídas nas áreas de segurança nacional, entre outras, as faixas de fronteiras com outros países e as áreas localizadas até 100 km de cada margem das rodovias federais da Amazônia Legal, estejam as mesmas executadas, em execução ou somente planejadas, totalizando quase 20.000 km de comprimento por 200 km de largura. E é exatamente ao longo das estradas que o posseiro tende a se fixar... Excluídas do benefício do usucapião especial as áreas indispensáveis à segurança nacional, fica do mesmo excluída a maioria dos posseiros que a ele teriam direito. Por outro lado, são inúmeros os imóveis de estrangeiros, de grandes extensões, em áreas de "segurança nacional" (9).

7 — Ampliação das bases do regime?

O significado dessas políticas formuladas sem a participação dos diretamente atingidos por elas vai no sentido da busca de legitimação do regime, que não consegue se sustentar apenas por índices de eficiência, ainda mais quando a conjuntura é de crise. Significam uma tentativa de superação de contradições presentes no sistema, visando a afastar os riscos de conflitos. Seus efeitos, porém, são limitados. Na medida em que os movimentos dos trabalhadores rurais se estruturam⁽¹⁰⁾ — aproveitando a necessidade de abertura sentida pelo regime — e que outros atores sociais, como a Igreja⁽¹¹⁾, passam a agir e falar, também, em nome dos trabalhadores rurais, é possível que tais limites não apareçam unicamente como resultados indesejáveis de um modelo de desenvolvimento eficaz, mas que a própria eficácia do modelo seja posta em questão. Por outro lado, a possibilidade de orientar esse questionamento em termos de propostas específicas tende a esbarrar não só nos interesses mais fortes do capital nacional e estran-

(9) Em Almerim, 35 imóveis de estrangeiros totalizam 575.003 ha; em Altamira, 30 ocupam 14.895 ha etc. (SCHMITT, 1981).

(10) Em 1980 a CONTAG coordena um movimento sindical com 21 federações, 1 delegacia (Acre e Rondônia), 2.500 sindicatos e 6.800.000 associados, abrangendo assalariados permanentes e temporários, parceleros, arrendatários e pequenos proprietários. O movimento sindical organiza a luta dos trabalhadores rurais em diversas frentes (CONTAG, 1980).

(11) Sobre o papel da Igreja, são importantes as análises de MARTINS (1980) e CARVALHO (1980).

geiro na agricultura, mas também na diversidade dos trabalhadores rurais, já agora altamente diferenciados em função dos mecanismos da modernização conservadora.

A complexidade da estrutura agrária em suas diversas dimensões leva a que, no caso brasileiro atual, não se possa "fazer de alvo único da reforma agrária o combate ao latifúndio. O latifúndio é um problema. Mas apenas um entre outros mais" (FIGUEIREDO, P., 1979: 186).

Tudo leva a crer que a questão agrária, não só pelo potencial de conflito que o mundo rural brasileiro abriga, mas também pela importância da agricultura na sustentação do modelo econômico atual, tenderá, cada vez mais, a ocupar posto privilegiado nas estratégias governamentais de promoção do desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

AIDAR, A. C. Kfourri e PEDROSA JÚNIOR, Roberto Mário — "Espaços e Limites da Empresa Capitalista na Agricultura". *Revista de Economia Política*, vol. 1, nº 3, S. Paulo, Ed. Brasiliense, 1981.

ARAÚJO, Caetano Ernesto — *Cooperativismo e Acumulação: Um Estudo de Caso*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília (mimeo), 1980.

ARROYO, G., ALMEIDA, Sílvio Gomes de e VON DER WEID, J. M. — "L'impact des Firmes Multinationales Agro-Alimentaires sur l'Emploi en Amérique Latine". *Amérique Latine*, Paris, CETRAL, 1979.

BERTRAND, J. Pierre — "Agro-business et agro-industrie, complexe et filière (chaîne) agro-alimentaire (industriel): Un essai de présentation généalogique et critique de ces notions". In . P. BERTRAND, Hélène RIVIÈRE D'ARC e Hervé THERY — *Développement du Complexe Agro-Industriel et Reorganisation de l'Espace Rural*. Paris (mimeo), 1981.

BORGES M. e SERVILHA, Waldemar — *Produção Agrícola de Alimentos no Brasil: Estudo sobre as Culturas de Arroz e Feijão* (mimeo), 1978.

CARDOSO, Fernando Henrique — "O Regime Político Brasileiro". *Estudos* 2. S. Paulo, CEBRAP, 1972.

CARVALHO, Abdias Villar — "A Igreja e os Problemas da Terra". *Reforma Agrária*, Ano X, nº 2, S. Paulo, ABRA, 1980.

CHALOULT, Yves — *Estado, Acumulação e Colonialismo Interno*. Petrópolis, Vozes, 1978.

OPDA — Centro de Pós-Graduação e Desenvolvimento Agrícola. *Evolução Recente e Situação Atual da Agricultura Brasileira*. Brasília, Binagri, 1979.

DELFIN NETTO, Antônio — "A Agricultura no Programa de Ação do Governo 1964/66". Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da USP (mimeo), 1964.

D'INCAO MEO, Maria da Conceição — *O Bóia-Fria: Acumulação e Miséria*. Petrópolis, Vozes, 1977.

FERREIRA, Brancolina — **O Estado e a Reprodução da Pequena Produção. Reflexões em Torno de um Caso de Colonização Compulsória.** Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília (mimeo), 1980.

FETAEG — Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Goiás. **O Bóia-Fria no Estado de Goiás.** Goiânia, 1980.

FIGUEIREDO, Paulo de — "Democracia e Reforma Agrária". **Revista de Informação Legislativa.** Ano 15, nº 60, Brasília, Senado Federal, 1978.

FIGUEIREDO, Vilma — **Desenvolvimento Dependente Brasileiro.** Rio de Janeiro, Zahar ed., 1978.

FIGUEIREDO, Vilma et alii — "A Intensificação da Agroempresa no DF". Em ARAÚJO (coord) **Reflexões sobre a Agricultura Brasileira.** Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979.

GRAZIANO da SILVA, José e HOFFMANN, Rodolfo — "A Reconcentração Fundiária". **Reforma Agrária,** nº 6, nov./dez. 1980.

IPARDES — Instituto Paranaense de Desenvolvimento. "O Trabalho Volante na Agricultura Paranaense". Em **Transformações no Setor Agrícola Paranaense no Período 1960-75** (mimeo), 1978.

LIEDKE, Elida Rubini — **Capitalismo e Camponeses (relações entre indústria e agricultura na produção de fumo do RS).** Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília (mimeo), 1977.

MARTINS, José de Souza — "O Documento da Terra Prometida". **Reforma Agrária,** Ano X, nº 2, São Paulo, ABRA, 1980.

MOREIRA, Roberto José — "A Pequena Produção e a Composição Orgânica do Capital". **Revista de Economia Política,** vol. 1, nº 3, julho/setembro, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1981.

PEIXOTO, Heverton Rosa, CHALOULT, Norma Beatriz e FIGUEIREDO, Vilma — **Estrutura da Produção Agrícola e Política Governamental: Reflexos de sua Inter-relação para os Pequenos Agricultores.** Brasília, SUPLN/MA (mimeo), 1977. **A Soja na Pequena Agricultura.** Brasília, BINAGRI, 1979.

POMPERMAYER, Malori José — "Estrutura Agrária e Políticas Públicas". **Cadernos DCP,** nº 6, Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, 1981.

Reforma Agrária — Boletim da Associação Brasileira de Reforma Agrária, vol. XI, nº 3, São Paulo, ABRA, 1981.

SAMPAIO, Plínio — **Capital Estrangeiro e Agricultura no Brasil.** Petrópolis, Vozes, 1980.

SANTOS, José Vicente Tavares dos — **Colonos do Vinho.** São Paulo, Hucitec, 1978.

SCHMITT, Arnaldo — Discurso pronunciado na Câmara dos Deputados e publicado no **Diário do Congresso Nacional,** do dia 11 de novembro, 1981.

SORJ, Bernardo — **Estado e Classes Sociais na Agricultura Brasileira.** Rio de Janeiro, Zahar ed., 1980.

CONTAG — Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura. **As Lutas Camponesas no Brasil,** Rio de Janeiro, Ed. Marco Zero, 1980.

IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censos Agropecuários de 1970, 1975. Dados preliminares do censo de 1980.

Emenda Constitucional n.º 22, de 29 de junho de 1982

Sinopse: JOSÉ XAVIER DA SILVA
Técnico Legislativo da Subsecretaria de
Edições Técnicas

SUMÁRIO

- I — Mensagem n.º 50, de 1982 (CN)
Proposta de Emenda à Constituição n.º 25, de 1982
- II — Comissão Mista
- III — Emendas
- IV — Discussão em 1.º turno
Parecer oral
- V — Votação em 1.º turno
- VI — Discussão e votação em 2.º turno
- VII — Promulgação

TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

I — Mensagem

Na sessão conjunta do Congresso Nacional em 18 de maio de 1982, foi lida a Mensagem do Senhor Presidente da República submetendo à deliberação do Poder Legislativo a Proposta de Emenda à Constituição que deu origem à Emenda n.º 22, de 1982 (1):

MENSAGEM Nº 50, DE 1982 (CN) (Nº 189/82, na origem)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Nos termos do art. 47, Item II, da Constituição, e 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 da Justiça, a anexa Proposta de Emenda à Constituição, que "altera dispositivos da Constituição Federal".

Brasília, 10 de maio de 1982. — **JOÃO FIGUEIREDO.**

(1) DCN — Sessão Conjunta — 19-5-82, pág. 888.

Em 10 de maio de 1982.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

Tenho a honra de submeter à superior apreciação de Vossa Excelência a anexa Proposta de Emenda à Constituição.

As modificações pertinentes à autonomia municipal, ora propostas, eliminam a obrigatoriedade da simultânea realização, na mesma data, das eleições municipais com as eleições gerais para Deputados e Senadores. Completa o quadro das alterações referentes às eleições municipais a dilatação, preconizada na Proposta, dos mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores a serem eleitos em 15 de novembro de 1982, a fim de compatibilizar, doravante, a conclusão dos mandatos municipais com o término do exercício financeiro.

Ao alterar, na forma sob exame, a redação do art. 29, acolhe a Proposta o princípio da autoconvocação do Congresso Nacional por dois terços da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Assegura-se a inviolabilidade dos Deputados e Senadores, no exercício do mandato, quanto a opiniões, palavras e votos, ressalvando-se, apenas, os delitos contra a honra. Exclui-se, portanto, do texto do art. 32 a hipótese de crime contra a segurança nacional.

Outros dispositivos específicos resguardam o exercício da atividade parlamentar, assegurando-lhe a imunidade como poder. Preserva-se, em sua inteireza, o interdito à prisão de Deputados e Senadores, salvo flagrante de crime inafiançável, e remanesce a obrigatoriedade da remessa dos autos, no prazo de quarenta e oito horas, para que a Câmara respectiva decida sobre a prisão.

A Proposta visa a excluir do texto constitucional o princípio da improcessabilidade dos Deputados e Senadores sem prévia licença da respectiva Câmara, substituindo-o, no entanto, por mecanismos mais eficazes de defesa das prerrogativas parlamentares. A Câmara e o Senado ficam investidos, pela Proposta, de competência discricionária para sustar o processo contra qualquer de seus membros, condicionada a decisão à iniciativa da Mesa competente e ao **quorum** da maioria absoluta.

Cuida, ainda, a Proposta de reservar aos Deputados e Senadores o foro privilegiado, com a garantia de serem submetidos a julgamento, nos crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal.

Propõe-se o aumento do número de Deputados até o limite máximo de quatrocentos e sessenta, de forma a harmonizar o crescimento demográfico com a representatividade dos Estados. Teve-se, porém, a cautela de assegurar a irredutibilidade da atual representação de cada Estado na Câmara dos Deputados, evitando a diminuição de bancadas por força de oscilações demográficas ocasionais.

Excetuando, embora, da incidência da regra as eleições parlamentares de 1982, que se processarão pelo sistema proporcional puro, a Proposta introduz no texto da Constituição o sistema distrital misto, majoritário e proporcional para eleição dos Deputados Federais, condicionado, porém, o disciplinamento do sistema à decisão do Congresso Nacional, através de lei ordinária.

Preconiza-se o aumento do **quorum** necessário à aprovação de Propostas de Emenda à Constituição, que é elevado para dois terços dos votos de cada uma das Casas do Poder Legislativo.

As alterações que se busca inserir nos arts. 51 e 55 visam a possibilitar melhor apreciação, pelo Poder Legislativo, dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, a respeito dos quais haja solicitação de prazo para deliberação, estendendo-se o mesmo processo ao exame dos decretos-leis baixados pelo Presidente da República.

Foram reduzidos os prazos para desincompatibilização, previstos no art. 151, § 1º, alínea c, da Constituição em vigor.

Finalmente, o art. 3º suspende a exigência dos percentuais de votação previstos no item II, § 2º, do art. 152, quanto às eleições de 15 de novembro de 1982, procurando-se contribuir, dessa forma, para a consolidação do sistema pluripartidário.

Valho-me do ensejo para renovar a Vossa Excelência a expressão do meu mais profundo respeito. — **Ibrahim Abi-Ackel**, Ministro da Justiça.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 25, DE 1982

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. 1º — Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15 — A autonomia municipal será assegurada:

I — pela eleição direta de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País;

.....

Art. 29 —

§ 1º —

a) pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de sítio, de estado de emergência ou de intervenção federal;

b) pelo Presidente da República, quando este a entender necessária; ou

c) por dois terços da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

.....

Art. 32 — Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra.

§ 1º — 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.

§ 2º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão.

§ 3º — Nos crimes comuns, imputáveis a Deputados e Senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderá a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo.

§ 4º — Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º — Nos crimes contra a segurança nacional, poderá o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e considerada a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 6º — A incorporação às forças armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

.....

Art. 39 — A Câmara dos Deputados compõe-se de até 460 (quatrocentos e sessenta) representantes do povo, maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos, eleitos pelo sistema distrital misto, majoritário e proporcional, na forma estabelecida em lei.

Art. 48 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada, em reunião do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas.

Art. 51 —

§ 3º — Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas cinco sessões subseqüentes em dias sucessivos; se, ao final destas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.

§ 4º — A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á, nos casos previstos neste artigo e no § 1º, no prazo de 10 (dez) dias; findo este, se não tiver havido deliberação, aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior.

Art. 55 —

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 (sessenta) dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.

Art. 151 —

§ 1º —

c) a inelegibilidade do titular efetivo ou interino de cargo ou função cujo exercício possa influir para perturbar a normalidade ou tornar duvidosa a legitimidade das eleições, salvo se se afastar definitivamente de um ou de outra no prazo estabelecido em lei, o qual não será maior de seis meses nem menor de dois meses anteriores ao pleito, exceto os seguintes, para os quais fica assim estipulado:

- 1) Ministro de Estado, Governador e Prefeito — cinco meses;
- 2) Secretário de Estado, quando titular de mandato parlamentar e candidato à reeleição — quatro meses;
- 3) Secretário de Estado, presidente, diretor, superintendente de órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, incluídas as fundações e sociedades de economia mista — seis meses;

§ 2º —

Art. 209 — Os mandatos de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores eleitos em 15 de novembro de 1982 terminarão em 31 de dezembro de 1987.

Parágrafo único — (Suprimido.)"

Art. 2º — Nas eleições de 15 de novembro de 1982 os Deputados serão eleitos exclusivamente pelo sistema proporcional, e seu número por Estado será estabelecido pela Justiça Eleitoral, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de cinquenta e cinco ou menos de seis Deputados, nem sofra redução no respectivo número fixado para a Legislatura iniciada em 1979.

Art. 3º — O disposto no item II do § 2º do art. 152 não se aplica às eleições de 15 de novembro de 1982.

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 Aloysio Chaves, Aderbal Jurema, José Lins, Moacyr Dalla, Jorge Kalume, Lenoir Vargas e Deputados Jairo Magalhães, Nilson Gibson, Jorge Arbage, Luiz Braz, Osvaldo Melo e Guido Arantes.

Pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Henrique Santillo, Affonso Camargo, José Fragelli, Laélia de Alcântara, Alberto Silva e Deputados João Gilberto, Carlos Sant'Anna, Walber Guimarães, Epitácio Cafeteira e Pimenta da Veiga.

A reunião de instalação da Comissão Mista realizou-se em 20 de maio (3), sendo eleitos para Presidente o Senador José Fragelli e para Vice-Presidente o Senador Aderbal Jurema, posteriormente substituído pelo Senador Moacyr Dalla (*).

Foi designado relator da matéria o Deputado Jairo Magalhães.

Comunicações de substituição na Comissão Mista:

— Expediente do Senador Nilo Coelho, Líder do PDS, comunicando a substituição do Senador Aderbal Jurema pelo Senador Passos Pôrto;

— Expediente do Senador Affonso Camargo, Vice-Líder do PMDB, comunicando a substituição dos Senadores Laélia de Alcântara e Alberto Silva pelos Senadores Ítamar Franco e Pedro Simon, respectivamente;

— Ofício do Deputado Odacir Klein, Líder do PMDB, comunicando a substituição do Deputado Eloar Guazelli pelo Deputado Carlos Sant'Anna (4).

Foi encaminhada à Presidência Proposta de Emenda à Constituição versando matéria análoga à da Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 1982, estando esta em tramitação.

Nos termos do § 5º do art. 124 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, segundo subsidiário do Regimento Comum, a Presidência determinou a anexação à proposta em andamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 27, de 1982 (5).

(2) DCN — Sessão Conjunta — 19-5-82, pág. 89.

(3) DCN — Sessão Conjunta — 3-8-82, pág. 1.406.

(*) Ata da 2.ª reunião, realizada em 17-6-82 — DCN - S. II — 23-9-82, pág. 3.586.

(4) DCN — Sessão Conjunta — 18-6-82, pág. 1.180.

(5) DCN — Sessão Conjunta — 25-5-82, pág. 950.

Foi lida a seguinte:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 27, DE 1982

Altera os arts. 47, 48, 74, 75 e 152 da Constituição, dispondo sobre a apresentação, discussão e votação de Proposta de Emenda, o Colégio Eleitoral e a eleição do Presidente da República, e exigências para o funcionamento dos Partidos Políticos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º — Os arts. 47, 48, 74 e 75 da Constituição passam a vigor com as seguintes alterações:

"Art. 47 — A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I — de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;

II — do Presidente da República; ou

III — de Assembléias Legislativas estaduais.

§ 1º —

§ 2º —

§ 3º —

§ 4º — No caso do item III, será apresentada ao Senado Federal a proposta, após aceita por mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros.

Art. 48 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em dois turnos, dentro de cento e vinte dias a contar do recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Câmaras.

Art. 74 —

§ 1º — O Colégio Eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de Delegados dos Estados.

§ 2º — Cada Estado terá doze Delegados, escolhidos da seguinte maneira:

a) seis dentre os Deputados do Partido majoritário na Assembléia Legislativa, pelo voto da maioria absoluta da bancada;

b) seis dentre os Vereadores do Partido majoritário no cômputo geral das Câmaras Municipais respectivas, por indicação da maioria absoluta do Diretório Regional.

§ 3º —

Art. 75 —

§ 1º — Será considerado eleito Presidente o candidato que obtiver maior número de votos, vedado aos filiados de um Partido votar em candidato que não tenha sido por este registrado.

§ 2º — O mandato do Presidente da República é de seis anos."

Art. 2º — O art. 152 passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º e com a renumeração conseqüente:

"Art. 152 —

§ 1º —

§ 2º —

- § 3º —
- § 4º — As disposições do item II do § 2º e do § 3º somente se aplicarão a partir do segundo ano da data do registro definitivo do Partido pelo Tribunal Superior Eleitoral.
- § 5º —
- § 6º —
- § 7º —"

Justificação

A Constituição Imperial cercou de extremas cautelas a própria emendabilidade. Assim, apenas quatro anos depois de jurada poder-se-ia iniciar processo de reforma (art. 174); a proposição teria de ser lida por três vezes, com intervalos de seis dias (art. 175); admitida a discussão e a necessidade da reforma, expedir-se-ia lei ordenando aos eleitores dos Deputados para a Legislatura seguinte que lhes conferissem especial faculdade para a alteração pretendida (art. 176); somente na Legislatura seguinte seria, pois, a matéria proposta e discutida (art. 177).

A primeira Constituição da República, tanto em sua forma original quanto na redação de 1926, admitia a revisão por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembléias estaduais. No primeiro caso, exigiam-se três discussões e aprovação por dois terços dos votos de uma e de outra Câmara, para considerar-se proposta a reforma; no segundo, a solicitação partiria, no mínimo, de dois terços dos Estados, no decurso de um ano, representada cada unidade pela maioria de votos da respectiva Assembléia. A aprovação final da proposta, de qualquer maneira, ficaria alinda na dependência de três discussões e do voto favorável de dois terços das duas Casas do Congresso (art. 90 e §§ 1º a 3º).

A Constituição de 1934 distinguia entre emenda e revisão constitucional, conforme a amplitude da alteração. A simples emenda, de iniciativa da quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou de mais de metade dos Estados, no decurso de dois anos, através da maioria de cada Assembléia, teria de ser "aceita, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos" (art. 178 e § 1º). Quanto à proposta de revisão, previa o § 2º do mesmo artigo:

"(...) será apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembléias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambos, por maioria de votos, aceltarem a revisão, proceder-se-á, pela forma que determinarem, à elaboração do anteprojeto. Este será submetido, na Legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas Sessões Legislativas, numa e noutra Casa."

A Carta de 1937 tirou dos Estados e concedeu ao Presidente da República o poder de iniciativa na matéria (art. 174). O projeto iniciado por este seria votado em bloco por maioria ordinária da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações, ou com aquelas propostas pelo próprio Presidente da República ou por este aceitas, quando sugeridas por qualquer das Câmaras (§ 1º). Rejeitado o projeto, poderia o Presidente submetê-lo a plebiscito nacional, a realizar-se noventa dias depois de publicada a resolução presidencial nesse sentido, nos termos do § 4º. Só para o projeto de origem presidencial, entretanto, previa a Carta menores cuidados que as Constituições anteriores; para o de iniciativa da Câmara dos Deputados, exigia o voto da maioria dos membros desta e do Conselho Federal, após o que seria enviado ao Presidente da República; este, dentro em trinta dias, poderia devolvê-lo à origem, para nova tramitação em ambas as Câmaras, no curso da Legislatura seguinte; aprovado o projeto, apesar da oposição do Presidente da República, poderia ainda este, no prazo de trinta

dias, submetê-lo ao plebiscito (§§ 2º, 3º e 4º). A Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, apenas em parte mínima suavizou tais exigências, ao dispor, em acréscimo ao § 3º, relativamente à segunda tramitação pedida pelo Presidente:

"A nova tramitação só poderá efetuar-se no curso da Legislatura seguinte, salvo quanto ao projeto elaborado na primeira Legislatura, o qual tramitará durante esta e prevalecerá se obtiver o voto de dois terços dos membros de uma e outra Câmara."

(Ainda nesse caso, permanecia a possibilidade de ser solicitado o plebiscito.)

Na Constituição de 1946, a iniciativa presidencial desapareceu, voltando a dos Estados e a do Senado Federal, este por ela restaurado (art. 217, § 1º). A aprovação, em duas discussões, poderia ser por maioria absoluta de uma e outra Câmara, desde que em duas Sessões Legislativas ordinárias e consecutivas (§ 2º); a aprovação na mesma Sessão Legislativa poderia ocorrer mediante o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional (§ 3º).

O constituinte de 1967 manteve a iniciativa da Câmara, do Senado e das Assembléias estaduais, acrescentando a do Presidente (art. 50). Facilitou o processo ao dispor que a proposta fosse discutida e votada em reunião do Congresso, em sessenta dias, a contar de seu recebimento ou apresentação, e considerada aprovada se obtivesse a maioria absoluta dos votos das duas Casas, em ambas as votações.

Nenhuma emenda surgiu sob o regime de 1967, já que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, teve berço revolucionário. Em seu art. 48, alljaram-se do processo, novamente, os Estados, e retomou-se à exigência de dois terços dos votos das duas Câmaras, mantido o prazo de sessenta dias, contados da "apresentação ou recebimento". A Emenda nº 8/77 ampliou-o para noventa, contados do recebimento, mas passou a pedir tão-somente "maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional". A Emenda nº 11/78, em vigor, apenas lhe substituiu a expressão "duas sessões" por "dois turnos", e "em ambas as sessões" por "em ambas as votações".

Do exposto, vê-se que o regime atual é o que oferece menores obstáculos à modificação do texto constitucional. Dessa facilidade decorrem dois grandes perigos. O primeiro deles é o encorajamento ao abuso desse instrumento, a Proposta de Emenda, com a conseqüente transformação, que já se pode suspeitar, da Lei Magna em uma colcha de retalhos, com perda de unidade na substância e na forma, com o conflito de dispositivos e, pior, com uma certa desmoralização do estatuto máximo. O segundo perigo, reputamo-lo mais grave: é o de colocar, potencialmente, nas mãos de maioria eventual, numericamente pouco expressiva, a faculdade de dar à Carta Política da Nação diretrizes novas que, por sua repercussão nos destinos desta, teriam de merecer apolo forte, indiscutível, maciço mesmo, da representação nacional.

Por isto propomos o retorno à tradição constitucional brasileira, de cautela, neste particular. Mais especificamente, propomos a volta à redação de 1969, com duas diferenças essenciais: a exigência expressa de dois terços em cada Casa do Congresso e a ampliação do prazo para discussão e votação de noventa para cento e vinte dias, o que vem a representar um acréscimo de cuidado em relação àquele texto.

Não apenas retomada da tradição majoritária, senão também um reforço ao princípio federativo, é o que se implica na devolução aos Estados da faculdade de propor emenda à Lei Maior, a que também damos guardida em nosso projeto. Com efeito, aos Deputados estaduais, representantes do povo no âmbito das respectivas unidades da Federação, entendemos não se deva recusar o direito de propor emenda à Constituição Federal, especialmente num momento como este, em que forças poderosas se compõem pleiteando o refortalecimento dos Estados.

A propósito das outras sugestões consubstanciadas neste instrumento, isto é, das alterações na composição do Colégio Eleitoral, no processo de eleição

do Presidente da República e nas exigências para o funcionamento dos Partidos Políticos, transcrevemos os seguintes trechos da mensagem presidencial que deu origem à Lei nº 6.767, de 20 de dezembro de 1979:

“Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 11, encerrou-se o período do bipartidarismo nascido de acontecimento histórico — a Revolução, em face da qual se criaram os dois Partidos: o que se formou para lhe apoiar o ideário e que apoiaria os programas de sucessivos governos, e o que se constituiria em Oposição.

Não faltaram — ao contrário, foram constantes e calorosas — as críticas que, ao longo dos anos, se fizeram à lei vigente, apontada como autoritária e responsável pela inautenticidade dos Partidos, graças à qual se formaram uma Aliança e um Movimento, abrigos de políticos desavindos em evidente contraposição. Por isso, pregava-se apaixonadamente a restauração do multipartidarismo, meio preconizado como adequado à plena ratificação e expansão do quadro partidário.

À medida que surgiam novas perspectivas ao processo político, com a vigência da Emenda Constitucional nº 11, mais agudo se tornou o quadro agravado com a anistia, que, ampliando os horizontes, ensejou o ingresso e o reingresso de militantes antes à margem da atividade partidária.

É que as uniões, federações ou movimentos nasceram para atender a fatos emergenciais e prestaram, em outro contexto e tendo em vista outros objetivos, serviço inestimável, mas, por isso mesmo, não oferecem flexibilidade e a unidade de pensamento para ação no contínuo concerto institucional que nos impõe o momento histórico da vida brasileira.

Nesta fase de distensão, quando tantos brasileiros readquirem os direitos políticos, é necessário que se proporcionem condições mais favoráveis de militância, abrindo-se a estrutura partidária e modelando-a em bases estáveis, para que, sem barreiras artificialmente construídas, todos possam tomar caminhos que lhes pareçam mais úteis à luta democrática pelo poder e em favor do desenvolvimento nacional.

O sentido de união e os vínculos e compromissos partidários não estão na sigla — existem, às vezes, apesar dela —, mas nos homens, na consciência do dever a cumprir ou na determinação de ver o Partido democraticamente dirigido pelo consenso majoritário.

A sigla não tem força para mudar a natureza dos homens nem encher o vazio de uma mensagem. Ela pode significar o símbolo de uma luta, de uma idéia ou de um tempo, mas o que lhe garante atualidade e permanência será o programa a que correspondam a ação fiel e coerente de suas lideranças e o apoio continuado do povo.

O que o Governo objetiva com o projeto é criar condições legais para que a realidade flua normalmente sem obstáculos e os políticos venham a constituir os Partidos, fazendo-os nascer das idéias e dos princípios a empolgarem todos os líderes, a começar pelos que, na periferia, desenvolvem as árduas tarefas municipais.”

Tratava-se, pois, de abrir perspectivas às várias tendências políticas, confinadas, até então, em duas siglas partidárias.

Com o propósito de garantir autenticidade às tendências expressas nos programas dos novos Partidos Políticos, foi baixada a Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, segundo a qual se exigiu dos eleitores, sob pena de nulidade, a votação apenas em candidatos pertencentes ao mesmo Partido.

Nada obstante, e apesar de nem sequer submetidos ao primeiro embate das urnas, os dois maiores Partidos oposicionistas se uniram em um único. Vale dizer que os programas partidários, pelo menos o do Partido incorporado, teriam sido elaborados e aprovados com vistas apenas ao preenchimento de formalidade legal.

Que fazer? Aceitar uma nova realidade, que corresponde, de forma geral, ao retrocesso ao antigo bipartidarismo, ou persistir nos caminhos arduamente

percorridos, com vistas ao aperfeiçoamento democrático? Sem dúvida, impõe-se a segunda alternativa, cuja consecução é o desafio da hora presente.

Que se há de colimar, pois?

1º) Garantir mais tempo a que as tendências partidárias, apenas esboçadas, possam consolidar-se, impedindo a morte de alguns Partidos, ainda no nascedouro, após 15 de novembro de 1982, e assegurando, destarte, maiores perspectivas ao pluripartidarismo.

2º) Evitar que tendências mal esboçadas — e a incorporação do PP ao PMDB é uma prova disso — se aliem, sem dificuldades, para modificações profundas, que a tanto correspondem as reformas constitucionais.

3º) Dar coerência ao projeto político em curso, segundo o qual cada Partido deverá prevalecer por sua força intrínseca.

4º) Estabelecer, nesta quadra da vida nacional, que o Partido Político majoritário tenha seu peso próprio.

5º) Abrir, enfim, um pouco mais o processo de eleição do Presidente da República, para incluir nele os Municípios, através da participação de Vereadores nas Delegações dos Estados.

Tal o objetivo da Proposta de Emenda à Constituição ora submetida ao Congresso Nacional. Aprová-la é imperativo para todos os parlamentares do Partido Democrático Social, comprometidos com o projeto político do Governo. Dos oposicionistas, o apoio resultará na medida de suas preocupações com o fortalecimento dos Partidos Políticos como agrupamentos autenticamente expressivos de alguma parcela da vontade nacional.

DEPUTADOS: Edilson Lobão — José Ribamar Machado — Joel Ferreira — Antônio Mazurek — Jorge Arbage — Marcelo Linhares — José Penedo — Ludgero Raulino — Natal Gale — Alípio Carvalho — Horácio Matos — Ítalo Conti — João Alberto — Manoel Ribeiro — João Alves — Carlos Alberto — Júlio Martins — Hélio Campos — Afro Stefanini — Júlio Campos — Cristiano Cortes — Bonifácio de Andrada — Wildy Vianna — Francisco Rollemberg — Vivaldo Frota — Rafael Faraco — Wanderley Mariz — Felipe Penna — Nasser Almeida — Inocêncio Oliveira — Nilson Gibson — Pedro Germano — Djalma Bessa — Honorato Vianna — Joacil Pereira — Paulo Guerra — Ronaldo Ferreira Dias — Correia Lima — Evandro Ayres de Moura — Isaac Newton — João Clímaco — Paulo Studart — Batista Miranda — Manoel Gonçalves — Osvaldo Melo — Joel Ribeiro — Siqueira Campos — Walter de Castro — Igo Losso — Adhemar de Barros Filho — Antônio Pontes — Antônio Valadares — José Amorim — Josué de Souza — Vicente Guabiroba — Mauro Sampalo — Célio Borja — Navarro Vieira Filho — Castejon Branco — Ademar Pereira — Carlos Chiarelli — Homero Santos — Cláudio Philomeno — Hugo Napoleão — Emani Satyro — Francisco Benjamim — José Fernandes — Lúcia Viveiros — Álvaro Vaile — Milton Brandão — Ubaldo Barém (apoio) — Mendes de Melo — Odulfo Domingues — Ruy Bacelar — Adriano Valente — Leorne Belém — Christiano Dias Lopes — Artenir Werner — Bento Lobo — Alberto Hoffmann — Cláudio Strassburger — Adalberto Camargo — Temístocles Teixeira — Antônio Dias — Victor Fontana — Paulo Lustosa — Saramago Pinheiro — Simão Sessim — Walter de Prá — Osmar Leitão — Nelson Morro — Adolpho Franco — Ney Ferreira — Adhemar Ghisi — Vieira da Silva — Francisco Rossi — Feu Rosa — Cesário Barreto — Luiz Rocha — Braga Ramos — Antônio Florêncio — Diogo Nomura — Reinhold Stephanes — Christóvam Chiaradia — Hermes Macedo — Furtado Leite — Joaquim Guerra — Carlos Eloy — Angelo Magalhães — Menandro Minahim — Nereu Guidi — Guido Arantes — Waldmir Bellinati — Rômulo Galvão — Altair Chagas — Raul Bernardo — Geraldo Guedes — João Faustino — Augusto Lucena — Ricardo Flúza — Alcebíades de Oliveira — Paulino Cícero de Vasconcelos — Emídio Perondi — Gomes da Silva — Antônio Ferreira — Claudino Sales — Victor Faccioni — Salvador Julianelli — Jorge Paulo — Cardoso de Almeida — Athlé Coury — Maluly Netto — Herbert Levy — José Camargo — João Arruda (apoio) — Bezerra de Melo — Roberto Carvalho — Alcides Franciscato — Jayro Maltoni — Rubem Medina —

José Torres — Léo Simões — Alair Ferreira — Darcílio Ayres — Theodorico Ferrazo — Afrísio Vieira Lima — Wilson Falcão — Henrique Brito — Manoel Novaes — João Durval — José Mendonça Bezerra — Pedro Corrêa — Wilson Braga — Antônio Gomes — Álvaro Gaudêncio — Roberto Galvani — Ary Kffuri — Esperidião Amin — Evaldo Amaral — Alexandre Machado — Anísio de Souza — Rezende Monteiro — Brasília Caiado — Hélio Levy — Levy Dias — Aécio Cunha — Jairo Magalhães — Victor Trovão — Magno Bacelar — Nagib Haickel — Adauto Bezerra — Flávio Marcílio — Ossian Araripe — Darcy Pozza.

SENADORES: Luiz Fernando Freire — Gabriel Hermes — Benedito Ferreira — Alberto Silva — Jorge Kalume — Aderbal Jurema — Lourival Baptista — Passos Pôrto — João Calmon — Martins Filho — Eunice Michiles — José Lins — Dinarte Mariz — Moacyr Dalla — Bernardino Viana — Alexandre Costa — Helvídio Nunes — Lomanto Júnior — Lenoir Vargas — Benedito Canelas — Raymundo Parente — João Lúcio — Tarso Dutra — Jutahy Magalhães — Almir Pinto — Murilo Badaró — Vicente Vuolo.

A proposição lida foi encaminhada à Comissão Mista anteriormente designada para emitir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 1982, para tramitação conjunta.

III — Emendas

Emendas oferecidas perante a Comissão Mista incumbida de examinar e emitir parecer sobre as Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 25 e 27, de 1982, que “alteram dispositivos da Constituição Federal” (6):

Parlamentares	Número das Emendas
Deputado Flávio Marcílio e outros	1
Deputados Marcelo Linhares, Ruy Còdo e outros	6
Deputado Renato Azeredo e outros	9
Deputado Ruy Còdo e outros	3, 4, 7
Deputado Siqueira Campos	8
Deputado Ulysses Guimarães e outros	2
Deputado Walter de Prá e outros	5

— Nº 1 —

(Substitutivo)

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 — Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

“TÍTULO I

Da Organização Nacional

(6) DCN — Sessão Conjunta — 29-5-82, pág. 1.006.

CAPÍTULO VI
Do Poder Legislativo

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 29 — O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital da União, do primeiro dia útil de março ao último dia útil de junho e do primeiro dia útil de agosto ao quinto dia útil de dezembro.

§ 1º — A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

- a)
- b) pelo Presidente da República ou por metade dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando a entenderem necessária.

§ 2º —

§ 3º — A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sob a Presidência da Mesa deste, reunir-se-ão em sessão conjunta para:

- I — inaugurar a Sessão Legislativa;
 - II — elaborar o regimento comum;
 - III — deliberar sobre o veto;
 - IV — discutir e votar o orçamento;
 - V — outros fins previstos na Constituição.
-

Art. 30 — A cada uma das Câmaras compete elaborar o seu regimento interno, dispor sobre sua organização, polícia e provimento dos cargos de seus serviços.

§ 1º — Na constituição das Comissões, assegurar-se-á tanto quanto possível a representação proporcional dos Partidos nacionais que participem da respectiva Câmara.

§ 2º — A Mesa da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal encaminhará, por intermédio da Presidência da República, pedidos de informação sobre fato relacionado com matéria legislativa em trâmite ou sobre fato sujeito à fiscalização do Congresso Nacional ou de suas Casas.

.....

Art. 32 — Os Deputados e os Senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º — 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.

§ 2º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão.

§ 3º — Nos crimes comuns, imputáveis a Deputados e Senadores, a Câmara respectiva poderá, a qualquer momento, por iniciativa de sua Comissão Diretora ou do interessado, sustar o processo por deliberação de sua maioria.

.....

§ 5º — Nos crimes políticos e contra a segurança nacional, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, que deliberará sobre a matéria em quarenta e cinco dias, findos os quais será considerada concedida a licença.

.....

Art. 35 —

V — (Suprima-se.)

§ 4º — No caso previsto no inciso IV deste artigo, a perda ou suspensão será automática e declarada pela Mesa.

Art. 36 — Não perde o mandato o Deputado ou Senador Investido na função de Ministro de Estado, Governador do Distrito Federal, Governador de Território, Secretário de Estado, de Territórios, Prefeito de capital, ou quando em licença por período igual ou superior a 120 (cento e vinte) dias, por motivo de doença ou para tratar de interesse particular, não podendo dela desistir.

SEÇÃO II

Da Câmara dos Deputados

Art. 40 —

III — elaborar projeto de lei que crie ou extinga cargos de seus serviços e fixe os respectivos vencimentos.

SEÇÃO III

Do Senado Federal

Art. 41 —

§ 3º — Cada Senador será eleito com um suplente.

Art. 42 — Compete privativamente ao Senado Federal:

IX — elaborar projeto de lei que crie ou extinga cargo dos seus serviços e fixe os respectivos vencimentos.

SEÇÃO V

Do Processo Legislativo

Art. 50 — Considerar-se-ão aprovados os projetos de lei complementar que obtiverem maioria absoluta de votos favoráveis dos membros de ambas as Casas do Congresso Nacional.

Art. 51 —

§ 3º — Na falta de deliberação dentro do tempo estipulado neste artigo poderá o Presidente da República, justificada a necessidade, declarar em vigor os projetos cujos prazos estiverem vencidos, enquanto o Congresso não deliberar sobre eles, para o que figurarão em primeiro lugar na ordem do dia de sessão conjunta, ou da respectiva Casa, até que haja deliberação.

§ 4º — A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á, nos casos previstos neste artigo e em seu § 1º, no prazo de dez dias; não o fazendo, as emendas serão incluídas em ordem do dia, até apreciação final.

Art. 55 —

II — finanças públicas;

III — (Suprima-se.)

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará dentro de quarenta dias contados do seu recebimento, não podendo emendá-lo.

§ 2º — A falta de deliberação dentro do tempo estipulado neste artigo importará a inclusão automática do decreto-lei na ordem do dia da sessão conjunta, após os projetos de lei com prazos igualmente vencidos, ficando sobrestadas, até a votação dos mesmos, as demais matérias.

Art. 59 —

§ 3º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de 45 (quarenta e cinco) dias, em votação secreta, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas, após o que será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 4º — A falta de deliberação dentro do tempo estipulado neste artigo importará a inclusão automática do veto na ordem do dia da sessão conjunta, após os projetos de lei e os decretos-leis com prazos igualmente vencidos, ficando sobrestadas, até a votação dos mesmos, as demais matérias.

SEÇÃO VII

Da Fiscalização Financeira e Orçamentária

Art. 72 —

§ 8º — O Presidente da República, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, *ad referendum* do Congresso Nacional, poderão ordenar a execução ou o registro do ato a que se referem o parágrafo anterior e a alínea b do § 5º

CAPÍTULO VII

Do Poder Executivo

SEÇÃO II

Das Atribuições do Presidente da República

Art. 81 —

XXI — comparecer perante o Congresso Nacional, por ocasião da abertura da Sessão Legislativa, para apresentar mensagem expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias, bem assim em ocasiões em que considerar oportuno; e

TÍTULO II
Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO III
Dos Partidos Políticos

Art. 152 —

§ 2º —

II — eleição de representante na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal;

§ 3º — (Suprima-se.)

§ 5º — Perderão a filiação partidária, e, em caso de nova filiação, aplicar-se-ão os prazos previstos em lei, os membros do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais que, pelo voto, se opuserem às diretrizes legitimamente estabelecidas e constante nos respectivos estatutos e programas do Partido ou deixarem o Partido sob cuja legenda foram eleitos, salvo se participarem, como fundadores, da constituição de novo Partido.

§ 6º — A perda da filiação, nos casos previstos no parágrafo anterior, será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do Partido, assegurado o direito de ampla defesa.

CAPÍTULO IV
Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 154 —

Parágrafo único — (Suprima-se.)”

Justificação

A alteração ao texto inicial do art. 29, que põe dias úteis às datas para abertura, encerramento, ou suspensão de reuniões do Congresso Nacional, justifica-se simplesmente pela vantagem de adaptá-las à rotina de atividade humana.

A Câmara e o Senado decidem, no nível mais baixo de presença, segundo o art. 31 da Constituição, “por maioria de votos, presente a maioria de seus membros”; em nível médio de presença, decidem, como nos casos de emendas constitucionais e leis complementares à Constituição, por “maioria absoluta dos votos dos membros do Congresso Nacional”, conforme dispõe os arts. 48 e 50 da mesma Constituição; no nível mais alto, decidem, em sessão conjunta, em face do veto presidencial, pelo “voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas”, conforme dispõe o § 3º do art. 59.

A Constituição dá ao Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, a capacidade unipessoal de convocar o Congresso Nacional e assim, equitativamente, deve dá-la, em nível médio de modalidade de decisão, ao Congresso.

A Inviolabilidade parlamentar já se acha suficientemente limitada na Constituição, quando só acoberta as opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.

É inaceitável desabrigar o congressista de proteção da inviolabilidade nos casos de crimes contra a segurança nacional, mesmo porque, como já disse Rui Barbosa, o Congresso é um poder inerte, enquanto o Presidente da República é um poder armado, de modo que existe aí uma inferioridade de forças, não sendo de temer que um simples membro desse órgão desarmado possa se tornar irremediavelmente perigoso à segurança nacional.

Também Rui Barbosa, que foi o nosso grande apóstolo do liberalismo, admitiu que as imunidades, em seu conjunto abrangendo a irresponsabilidade ou inviolabilidade, e a imunidade processual eram verdadeiros privilégios, mas não dos membros do Congresso, e sim da Câmara, do Senado, do Congresso, da Nação, cujas vontades eles exprimiam no exercício dos seus mandatos e não poderiam exprimir com a sobrançeria precisa sem esse escudo para a consciência dos seus membros (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. 2, 1972, págs. 41-2).

Por isto mesmo, por serem um privilégio, conferido amplamente a fracas e infalíveis criaturas humanas e que abre uma exceção ao princípio da igualdade geral, as imunidades geram habitualmente situações práticas propícias a abusos e deturpações. Sob esta consideração, sempre medraram opiniões contrárias às imunidades e sempre se pontificou no sentido da sua relatividade.

A presente emenda está dentro do princípio de que as imunidades são indispensáveis a bem do Congresso e do valor da própria lei que a ele cabe elaborar, pelo que contra elas só serão admissíveis restrições bem moderadas e bem delimitadas.

Assim é preciso alcançar, na regulação constitucional das imunidades, um ponto de equilíbrio entre a indispensabilidade e a limitação. Justamente a emenda ora proposta procura firmar-se neste ponto de equilíbrio, colocando a sorte das imunidades no rodízio de decisões, bem definidas, bem ponderadas, de dois insígnis órgãos que presumivelmente são dotados de altitude de posições e de prerrogativas constitucionais que bem fortalecem as suas projeções de independência e de justiça.

O dispositivo constitucional que deu ao Presidente da República, sob requisito de urgência, o direito de solicitar ao Congresso Nacional que a apreciação de projeto de sua iniciativa seja feita em sessão conjunta, dentro do prazo de quarenta dias, sob pena de se considerar aprovada essa matéria, teve obviamente o intuito de abreviar a elaboração e a deliberação.

Mas, na prática, um órgão pesadamente numeroso em seu feitiço coletivo, obrigatoriamente pausado por sua composição multipartidária, de coordenação difícil, é tendente, por força maior e por sua própria índole a se atrasar a um ritmo de funcionamento. Mesmo assim, aquela cláusula de prazo prefixado para suas decisões choca-se contra sua natural desaceleração e tem o efeito prático do prevalecimento certamente ditatorial da iniciativa do Poder Executivo e de indesejável supressão do poder de deliberação do órgão legislativo, muitas vezes sob o próprio efeito de ação parlamentar.

Ademais, chegamos a uma grave distorção do dispositivo fundamental da separação de poderes, que é tipicamente democrático porque modera a governação e fecha um dos canais de sua expansão que sempre levaram ao despotismo.

Por esta via o Congresso Nacional acabou ficando numa situação de inferioridade, impulsionado a uma aceleração que não é compatível com aquela sua composição mista e lenta de órgão coletivo da representação nacional.

A velocidade das decisões é realmente típica do Poder Executivo, organizado numa modalidade de exercício unipessoal, que o torna naturalmente rápido e ágil, mas é evidentemente inviável quando atribuída a um pesado e tardio órgão de composição coletiva e multipartidária.

Mas é preciso admitir que a urgência, por vezes, é imposta pelo interesse público e deve suplantar, não propriamente a natural lentidão de movimentos do Congresso Nacional, mas pelo menos os óbices e estrangulamentos resultantes de uma deliberada obstrução ou de excessiva implantação de inércia.

Portanto, ainda se admite que possam ser postos prazos de tramitação, em casos de urgência, ao funcionamento do Congresso Nacional. Mas é preciso que esta imposição não seja vexatória e com impulso de exagerada aceleração.

A emenda ora proposta aceita a cominação de prazo pela razão de urgência, mas evita a aprovação automática do projeto pelo decurso de prazo, que real-

mente leva à superioridade do Poder Executivo. Atende à urgência pelo poder que dá ao Presidente da República de pôr em execução, previamente, a sua proposta, mas evita a aprovação pelo decurso de prazo, deixando ao Congresso Nacional o resguardo da sua função pela continuidade com que pode permanecer na sua elaboração até concluí-la. E se persistir em não consumá-la, a mesma proposição ficará numa vigência perfeitamente conciliada com a razão de urgência.

As presentes justificativas aplicam-se naturalmente aos casos similares de deliberação do Congresso Nacional sobre os decretos-leis e o veto.

Estende-se ao Congresso Nacional através da alteração do art. 72 uma atribuição que fora dada somente ao Poder Executivo, aliás com menor razão, porque, afinal, o Tribunal de Contas está vinculado ao Poder Legislativo.

O comparecimento do Presidente da República perante o Congresso Nacional para entrega de mensagem dará maior prestígio às instituições, como acontece na Inglaterra, com o solene comparecimento do Rei ao ato de abertura do Parlamento, e nos Estados Unidos, onde o Presidente entrega pessoalmente a sua mensagem ao órgão do Poder Legislativo.

No Brasil monárquico, a Constituição classificava a sessão de abertura da Assembléa Geral como imperial e prescrevia a participação do Imperador.

Em todos estes casos, este comparecimento, especialmente na Inglaterra e no Brasil imperial, pelo efeito da pompa monárquica, sempre alcançou e ainda alcança extraordinária repercussão.

Sala das Comissões, 27 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Flávio Marcílio — Nilson Gibson — Ubaldo Barém — Marcelo Linhares — Antônio Pontes — Brabo de Carvalho — Nossier Almeida — Vivaldo Frota — Wanderley Mariz — Milvernes Lima — Hélio Duque — Adhemar Santillo — Mauro Sampaio — Jorge Vargas — Paes de Andrade — Carlos Augusto — Freitas Diniz — Magnus Guimarães — Furtado Leite — José Camargo — Euclides Scalco — José Bruno — Alfredo Marques — João Hercúlio — Carlos Santos — Joel Lima — Evaldo Amaral — Cesário Barreto — Manoel Novaes — Honorato Vianna — Osvaldo Melo — Cristina Tavares — Nelson Morro — João Cunha — Genival Tourinho — Roberto Freire — Ernesto de Marco — Ruy Silva — Gastejon Branco — Raymundo Diniz — José Machado — Aldo Fagundes — Ruy Codo — Jorge Ferraz — Freitas Nobre — Alípio Carvalho — Darcy Pozza — Guido Arantes — Sebastião Rodrigues Jr. — Octacílio Almeida — Osmar Leitão — Túlio Barcellos — Glória Jr. — Cardoso de Almeida — Lúcia Viveiros — Olivir Gabardo — Mendonça Neto — Rubem Figueiró — José Amorim — Paulo Guerra — Victor Faccioni — Maurício Fruet — Isaac Newton — Walmor de Luca — Ossian Araripe — Alceu Collares — Celso Carvalho — Audálio Dantas — Milton Figueiredo — Carlos Wilson — Oswaldo Coelho — Antônio Mazurek — Geraldo Buihães — Odolfo Domingues — Arnaldo Schmitt — Raul Bernardo — João Gilberto — Antônio Morimoto — Pinheiro Machado — Bezerra de Melo — Sebastião Andrade — Daso Coimbra — Rosa Flores — Carlos Eloy — Rômulo Galvão — Dário Tavares — Christóvam Chiaradia — Octávio Torrecilla — Erasmo Dias — Luiz Leal — Ângelo Magalhães — Mário Moreira — Francisco Libardoni — Altair Chagas — José Maurício — Renato Azeredo — Pimenta da Veiga — Epitácio Cafeteira — Edison Lobão — Paulo Marques — Cristino Cortes — Luiz Baccarini — Alberto Goldman — Jairo Magalhães — Simão Sessim — Albérico Cordeiro — Joaquim Guerra — João Carlos de Carli — Pedro Germano — Elquisson Soares — Jader Barbalho — Jackson Barreto — Juarez Furtado — Luiz Braz — Cláudio Strassburger — Bias Forte — Ubaldo Dantas — Aírton Soares — Milton Brandão — Getúlio Dias — Wildy Vianna — Adriano Valente — Manoel Gonçalves — Cláudio Philomeno — Adalberto Camargo — Paulo Lustosa — Álvaro Gaudêncio — Diogo Nomura — José Ribamar Machado — Jorge Arbage — Jairo Brum — Paulo Borges — Correia Lima — Pacheco Chaves — Jorge Uequed — Baldacci Filho — Marcus Cunha — José Carlos Vasconcelos — Getúlio Dias — Gomes da Silva — Adauto Bezerra — Leorne Belém — Paulo Studart — Evandro Ayres de Moura — Claudino Sales — Iranildo Pereira — Haroldo Sanford —

João Clímaco — Ludgero Raulino — Joel Ribeiro — José Costa — Marcelo Cerqueira — Edson Vidigal — Walter de Prá — Darcílio Ayres — José Frejat — Wilson Falcão — Paulo Pimentel — Jerônimo Santana — Florim Coutinho — Celso Peçanha — Nélio Lobato — Vicente Guabiroba — Del Bosco Amaral — Pedro Faria — Jorge Vlanna — Afro Stefanini — Temístocles Teixeira — Christiano Dias Lopes — Antônio Dias — Antônio Ferreira — Divaldo Suruagy — Luiz Cechinel — Paulo Torres — Victor Fontana — Nereu Guldí — Francisco Castro — Inocêncio Oliveira — Joacil Pereira — Daniel Silva — Nivaldo Krüger — Walber Gulmarães — Hélio Garcia — Péricles Gonçalves — Delson Scarano — Telêmaco Pompei — Miro Teixeira.

SENADORES: Tancredo Neves — Saldanha Derzi — Henrique Santillo — Raimundo Parente — Alexandre Costa — Lomanto Júnior — Martins Filho — Aderbal Jurema — Evandro Carreira — Mauro Benevides — Evelásio Vieira — Agenor Maria — Gilvan Rocha — Passos Pôrto — José Frageil — Alberto Silva — Lázaro Barboza — Humberto Souto — Jorge Kalume — Bernardino Viana — Nelson Carneiro — Moacyr Dalla — Almir Pinto — Hugo Ramos — Roberto Saturnino — Luiz Cavalcante — Gastão Müller — José Lins.

— Nº 2 —

(Substitutivo)

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 — Os dispositivos da Constituição Federal, abaixo enumerados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 15** — A autonomia municipal será assegurada:

I — pela eleição direta do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País para um mandato de 4 (quatro) anos;

.....
 § 1º — (Suprima-se, renumerando os seguintes.)

Art. 29 —

§ 1º — A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

- a) pelo Presidente do Senado Federal, em casos de decretação de estado de sítio, de estado de emergência ou de intervenção federal;
 - b) pelo Presidente da República, quando este a entender necessária; ou
 - c) por um terço da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
-

Art. 30 —

Parágrafo único —

d) a Mesa da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal encaminhará, por intermédio da Presidência da República, pedidos de informação que deverão ser respondidos em 60 (sessenta) dias;

e) a falta de informação no prazo estipulado na alínea anterior importa crime de responsabilidade;

f) (Suprima-se, renumerando os seguintes.)

Art. 32 — Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, não podendo ser processados judicialmente por suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º — Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido dentro de 60 (sessenta) dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença.

§ 5º — (Suprima-se, renumerando os seguintes.)

Art. 39 — A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos dentre cidadãos maiores de 21 (vinte e um) anos, pelo sufrágio universal, com voto direto e secreto, segundo sistema de representação proporcional, nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 1º — Cada Legislatura durará 4 (quatro) anos.

§ 2º — O número de Deputados por Estado será estabelecido pela Justiça Eleitoral, para cada Legislatura, na seguinte proporção:

- a) um para cada 230.000 (duzentos e trinta mil) habitantes, até 20 (vinte) Deputados;
- b) acima de 20 (vinte) e até 50 (cinquenta) Deputados um para 300.000 (trezentos mil) habitantes;
- c) além desse limite, um Deputado para cada 800.000 (oitocentos mil) habitantes.

§ 3º — Excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado, na Câmara por 2 (dois) Deputados.

Art. 51 —

§ 3º — A falta de deliberação no prazo estipulado neste artigo importará a inclusão automática do projeto na ordem do dia, ficando sobrestadas, até a votação do mesmo, as demais matérias.

§ 4º — A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados, nos casos previstos neste artigo e seu § 1.º, far-se-á no prazo de 10 (dez) dias, findo o qual, sem deliberação, aplicar-se-á à ordem do dia da Câmara o disposto no parágrafo anterior.

Art. 55 —

I —

II — (Suprima-se renumerando o seguinte.)

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará, com ou sem emendas, ou o rejeitará, dentro de 60 (sessenta) dias a contar do seu recebimento.

§ 2º — A falta de deliberação dentro do prazo estipulado neste artigo importará a inclusão automática do decreto-lei na ordem do dia da sessão conjunta, após os projetos de lei com prazos igualmente vencidos, ficando sobrestadas, até a votação dos mesmos, as demais matérias.

Art. 59 —

§ 3º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de 45 (quarenta e cinco) dias,

em votação secreta, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas, após o que será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 4º — A falta de deliberação dentro do prazo estipulado neste artigo importará a inclusão automática do veto na ordem do dia da sessão conjunta, após os projetos de lei e os decretos-leis com prazos igualmente vencidos, ficando sobrestadas, até a votação dos mesmos, todas as demais matérias.

.....
Art. 74 — O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos, entre os brasileiros maiores de 35 (trinta e cinco) anos e no exercício dos seus direitos políticos, pelo sufrágio universal, com voto direto e secreto.

Parágrafo único — As eleições presidenciais serão realizadas em todo o País no dia 15 de novembro do ano anterior àquele em que findar o mandato presidencial.

Art. 75 — O mandato do Presidente da República é de 5 (cinco) anos.

.....
Art. 148 — O sufrágio é universal e o voto é direto e secreto; os Partidos Políticos terão representação proporcional na forma da lei.

.....
Art. 154 — (Suprima-se.)

.....
Art. 209 — Os mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores eleitos em 15 de novembro de 1982 terminarão em 31 de dezembro de 1987.

Parágrafo único — (Suprima-se.)

.....
Art. 211 — Os Partidos Políticos, em suas atividades permanentes, e os candidatos, nos períodos de propaganda eleitoral, terão direito à pregação de seus programas e idéias através do uso gratuito de espaços nas emissoras de rádio e televisão, de acordo com o que dispuser a lei.

Parágrafo único — É vedada a propaganda eleitoral paga, através do rádio e da televisão, durante o período em que a lei assegurar o uso de espaços gratuitos para a campanha eleitoral dos candidatos.”

Art. 2º — Na aplicação do disposto no § 2º do art. 39, para a Legislatura a iniciar-se em 1983, não haverá redução do número atual de Deputados para cada um dos Estados.

Parágrafo único — O Estado de Rondônia, assim como o Distrito Federal, elegerão, para a Legislatura a iniciar-se em 1983, 6 (seis) Deputados.

Art. 3º — O disposto no item II do § 2º do art. 152 não se aplica às eleições de 15 de novembro de 1982.

Justificação

Ao proporem este substitutivo ao Projeto de Emenda Constitucional nº 25/82, os parlamentares do Partido do Movimento Democrático Brasileiro e os demais signatários reiteram sua posição no sentido de que a Nação somente se reencontrará e poderá reorganizar seu pacto social e suas instituições através de uma Assembléia Nacional Constituinte. Portanto, o presente substitutivo não pretende apontar modelos definitivos, mas, apenas, posicionar-se em face dos pontos suscitados pela proposta de emenda do Governo, de outras a ela anexadas e de assuntos que requerem imediata resposta, indicando para todos estes saídas corretas e aceitáveis pela maioria da população, embora algumas ainda com caráter de transitoriedade até que a Nação conquiste a Carta verdadeiramente oriunda do poder constituinte fundamental.

I — Autonomia municipal/mandato dos Prefeitos

Aceitando a solução adotada pela proposta governamental para restaurar a incoincidência dos mandatos municipais e estaduais, através da regra transitória do art. 209, faz-se necessário inserir no texto constitucional uma regra geral sobre a duração dos mandatos normais de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, o que é feito através do art. 15, fixando-os em quatro anos.

Lembre-se que a coincidência de mandatos foi imposta através da prorrogação de mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores eleitos em 1976, medida que foi à época denunciada pela Oposição não só como imoral — por se constituir numa prorrogação durante o mandato já iniciado —, como também de efeitos práticos graves, com o que hoje o próprio Governo concorda, pois está a propor a restauração da incoincidência.

A Oposição aceita a forma que agora é usada: determinação de um mandato maior aos Prefeitos e Vereadores, feita **antes** da eleição, o que não constitui prorrogação e nem atinge a ética fundamental do mandato popular.

Ao modificar o art. 15 a Oposição não poderia deixar de propor a retirada do texto constitucional das exceções à autonomia municipal, as formas de nomear Prefeitos de capitais, áreas de segurança e estâncias hidrominerais. Reiteramos assim a nossa posição a respeito da restauração da eleição direta em todos os Municípios não através de artifícios às vezes ingenuamente propostos, mas pela via da regra constitucional que garante à eleição sua plena realização e validade.

II — Autoconvocação do Congresso

A autoconvocação do Legislativo é um resguardo do direito de minorias, prevista em vários textos constitucionais. A Carta de 1946, nesse sentido, previa a convocação pelo "terço de uma das Câmaras".

Na tentativa de restauração parcial das prerrogativas do Congresso — Proposta de Emenda n.º 59/80 —, este foi um dos pontos em que a Comissão Interpartidária não conseguiu chegar, a uma proposta ideal, ficando na autoconvocação por dois terços das duas Casas, forma agora assumida pela emenda governamental.

Entretanto, é de todo aconselhável o resguardo deste direito à minoria: o Congresso poderá ser convocado por um terço dos membros de ambas as Casas; uma vez convocado, deliberará por maioria ou **quorum** qualificado, de acordo com as regras constitucionais. Não existe ameaça aos direitos da maioria ou comprometimento do princípio de votação; mas resguarda-se também o direito de eventual minoria em ter o Congresso funcionando num momento em que isso se faça fundamental para assegurar suas garantias.

III — Pedidos de informação e comissões parlamentares de inquérito

Embora este substitutivo não cuide do restabelecimento pleno de prerrogativas, não pode passar ao largo de alguns pontos urgentes para que o Congresso responda às aspirações populares.

No art. 30 da Constituição, todo feito de casuísmos, o substitutivo oferece alternativa para minorar os rigores sobre o Legislativo e sua atividade. Trata-se de dar ao "pedido de informação" um espectro verdadeiro e concreto, capaz de ser um instrumento acionado na defesa do interesse público, e de retirar das CPIs as restrições que as tornam incapazes de investigar e agir.

No caso dos pedidos de informações retiram-se as atuais limitações que os tornaram um instrumental desusado e que suscitaram interpretações ainda mais restritivas e condicionantes. E restaura-se o princípio de que o não-atendimento do pedido de informação é crime de responsabilidade.

Quanto às CPIs, elas são adequadamente previstas no art. 37. As normas agora expungidas das alíneas do art. 30 eram excepcionais e constringedoras do funcionamento das comissões previstas no outro artigo.

IV — Imunidades parlamentares

Diz o atual texto da Constituição que os parlamentares “são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional”. A primeira alteração proposta pelo Governo é exatamente no texto do **caput**, mantido como está até a ressalva final, que é substituída por “salvo no caso de crime contra a honra”.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados tem reiteradamente debatido a situação criada com o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, que já solicitou três licenças para processar Deputados por discursos pronunciados na tribuna parlamentar.

A interpretação do Supremo não acata, pois, a inviolabilidade prevista no art. 32, transformando-a em mera imunidade processual, que no texto atual está abrangida no § 1º do referido artigo.

A Proposta de Emenda nº 25/82 não resolve este dilema de interpretação — mantendo o texto atual —, mas retira a figura do pedido de licença à Câmara respectiva para processar o parlamentar. No seu lugar cria a figura da interrupção do processo — nos crimes comuns — por iniciativa da Mesa.

Como se vê, a manutenção do texto atual, a eliminação da licença e a criação de um sistema de sustação do processo nos “crimes comuns” deixam a descoberto toda a questão essencial da inviolabilidade. Se o Supremo mantiver sua interpretação, não terá mais como pedir licença à respectiva Câmara, no caso de processos oriundos da palavra, opinião ou voto de um parlamentar. E, ademais, seria de perguntar se tais processos seriam catalogados como dizendo respeito a “crime comum” — expressão sujeita a interpretações e discussões — para que ao menos a Mesa da respectiva Casa tenha direito a interrompê-los!

Igualmente, a questão do “crime contra a honra” apresenta conotações muito mais amplas que a atual exceção dos “crimes contra a segurança nacional”. Qualquer crítica, denúncia de atos possivelmente corruptos, levantamento de suspeita de ato ilícito na administração pública — que são intrinsecamente da atividade parlamentar e essenciais ao resguardo da vida democrática — encontrarão abrigo para procedimentos criminais sob a alegação da honra de alguém atingido.

A manutenção da ressalva do atual § 5.º, sobre os crimes contra a segurança nacional, no sentido do Procurador-Geral da República poder solicitar a suspensão do mandato parlamentar até a decisão final do processo, dá margens a outro campo nebuloso para a interpretação da norma constitucional. Isto é, o ato praticado fora da tribuna, considerado para iniciar um processo contra o parlamentar, daria ou não direito à imunidade processual do proposto § 3º? Ou ainda, poderia a Mesa de uma das Casas interromper procedimento penal, com base na Lei de Segurança Nacional, contra um de seus membros por suposto delito cometido fora da tribuna parlamentar?

É de se repetir que a própria conceituação de crime comum encontrará muitas dúvidas. A supor-se que se tratam dos crimes previstos no Código Penal e não na legislação especial, ficariam fora atos considerados como crimes de imprensa, contra a economia popular, contra a segurança nacional e outros, enquanto estariam abrangidos pela nova forma de imunidade — a capacidade da Mesa interromper o procedimento penal — crimes como homicídio, infanticídio etc. Os primeiros são atos mais suscetíveis de conotação política tanto na sua prática como na instauração de ações penais sobre eles, demonstrando a perigosa incoerência do texto proposto.

Já o substitutivo apresentado dá ao **caput** do art. 32 uma redação cristalina, clara e independente de interpretações, caracterizando bem a inviolabilidade parlamentar. Retiram-se as exceções à inviolabilidade — tanto a que se refere ao caso de crime contra a segurança nacional (prevista no atual texto constitucional), como a que se refere ao caso de crime contra a honra (como consta da proposta governamental). Mantêm-se, de outro lado, a imunidade processual, como está prevista nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 32. E suprime-se o § 5º, renumerando-se os posteriores.

Trata-se neste caso de retirar da Constituição o dispositivo que autoriza ao Procurador-Geral solicitar a suspensão do mandato parlamentar enquanto dure o processo por ato considerado crime contra a segurança nacional.

Também se aumenta o prazo previsto no § 1º para 60 dias, pois a prática vem demonstrando ser muito exíguo o atual período para a manifestação da respectiva Câmara sobre a licença.

A questão da imunidade processual dos parlamentares está necessitando de uma amadurecida análise interna do Legislativo, evitando excessos que caracterizem junto à população um acentuado espírito de corpo. Sua supressão, todavia, causará muito maiores prejuízos à causa da democracia e da representação popular, permitindo procedimentos de inspiração política, pressões externas tentando influir no comportamento parlamentar e comprometimento do próprio **quorum** congressual. Casos concretos a esse respeito são abundantes na história dos parlamentos e não são ausentes da longa listagem recente de pedidos de licença encaminhados ao Congresso Nacional.

V — Emendas à Constituição

Os signatários não podem compreender a proposta de aumentar o **quorum** para emendar a Constituição. Ele foi diminuído pelo chamado "Pacote de Abril" e agora só é previsto o restabelecimento dos dois terços em face do medo do Governo de perder a maioria numa ou em ambas as Casas do Congresso.

Esta proposta é o que se poderia caracterizar como requinte de casuísmo.

E mais: a Constituição Federal, no texto que vige atualmente, possui emendas de uma Junta Militar e do Presidente da República por ato unilateral de vontade. Agora querem negar à maioria do Congresso que vai nascer do primeiro pleito sem cassados e sem centenas de pessoas com direitos políticos suspensos, portanto um Congresso mais legítimo e representativo, o direito de emendá-la.

O princípio dos dois terços ou da maioria absoluta para emendar a Constituição deve ser discutido como tese no seio de uma Assembléia Nacional Constituinte. Hoje, os dois terços serão convertidos em instrumento do poder autoritário remanescente para bloquear o avanço da sociedade brasileira na conquista de uma vida democrática.

Registre-se, ainda, que a emenda proposta pelo Executivo exclui da Constituição o prazo de 90 dias para a tramitação das emendas. O Governo, que deseja manter todos os "decursos de prazo", tenta remover o único que funciona como em outros países: o projeto não votado num determinado prazo é arquivado.

A manutenção de um prazo de tramitação das emendas à Constituição é de todo saudável. Impede que centenas delas acumulem-se na pauta do Congresso e é fator mobilizador dos parlamentares.

O substitutivo ora apresentado não cuida de modificar o atual art. 48 da Constituição, mantendo, pois, o **quorum** de maioria absoluta para aprovação das emendas constitucionais e o prazo de 90 dias para sua tramitação.

VI — Decurso de prazo

O substitutivo acelta a fórmula muito feliz gerada na Comissão Interpartidária que na Câmara dos Deputados elaborou a Proposta de Emenda n.º 59/80: os projetos de lei com urgência, os decretos-leis e os vetos presidenciais não votados dentro do prazo constituirão prioridade absoluta, sobrestando todas as demais matérias até sua votação.

A eficácia da fórmula proposta já em 1980 e reiterada agora está na sua capacidade de proteger os interesses públicos, de um lado evitando que os projetos do Executivo fiquem sujeitos a demoras incontroláveis, mas recuperando o princípio universal de que um projeto só é aprovado pelo voto positivo da maioria, e não com a ausência de sua votação. Com isto, evitam-se os danos ainda mais graves ao interesse público e profundo desprestigiamento da função legislativa que o chamado "decurso de prazo" ocasionou no País.

VII — Decretos-leis

Embora mantendo ainda a figura do decreto-lei, sua imediata vigência e a validade de seus efeitos no interstício até a manifestação congressual, o substitutivo restaura o direito fundamental do Congresso de emendá-lo.

A impossibilidade de emendas do Congresso ao decreto-lei tem ocasionado graves situações como a de não ser possível corrigir erros técnicos ou mesmo a do Congresso ratificar um decreto-lei já modificado por outro posterior.

O Executivo tem reiteradamente criado contribuições, taxas e impostos, ou majorado seus índices de cálculo através de decretos-leis. Esta situação é atentatória aos próprios princípios que deram origem ao parlamento na História.

Considerou-se, pois, necessária a supressão do item "finanças públicas, inclusive normas tributárias", entre aqueles passíveis da edição de decreto-lei. É um direito de cidadania ter qualquer tributo ou norma tributária submetida a seus representantes antes que tenha validade.

VIII — Veto

Numa proposição que busca o consenso das Casas, o substitutivo mantém os dois terços como *quorum* para aprovar projeto vetado. Mas restaura o sistema da votação secreta, tão necessário para evitar indevidas pressões.

O veto coloca o Executivo em posição privilegiada no processo legislativo. Há de se proteger a manifestação do Congresso, pelo menos, com a garantia do voto secreto.

IX — Eleição do Presidente da República

O texto proposto no substitutivo constitui compromisso básico das oposições brasileiras e aspiração dos democratas de qualquer Partido. Trata-se de restabelecer o princípio da eleição direta para Presidente e Vice e de fixar o mandato presidencial em cinco anos, sem prejuízo da norma transitória que estatui o mandato do atual Presidente.

Muito poderia se escrever em defesa da eleição direta para Presidente. Mas é até desnecessário porque este anseio está no pensamento e no coração de cada brasileiro.

X — O voto e o sufrágio

O art. 148 da Constituição, que deveria ser uma bela declaração de princípio, um texto base, sobre o voto e o sufrágio, tornou-se texto complicado, de difícil interpretação, com os acréscimos no sentido de proteger casuísmos e exceções.

O princípio deve ser o que constava no art. 134 da Constituição de 1946:

"O sufrágio é universal e direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais na forma que a lei estabelecer."

Este é o princípio que o substitutivo quer restabelecer no texto constitucional. A deformação do atual texto, no desejo de proteger casuísmo, poderia comportar entendimentos profundamente danosos aos interesses democráticos.

XI — Inelegibilidades

O problema das inelegibilidades está a merecer uma ampla reestruturação, reduzindo-as.

A proposta governamental, neste caso, é meramente casuística, procurando diminuir alguns prazos recentemente elevados por iniciativa do Congresso e diante da manifesta influência nos pleitos de titulares de cargos executivos.

O substitutivo prefere não se manifestar sobre o assunto, preservando o texto atual, até porque ele vai ser experimentado pela primeira vez no próprio pleito. É

outro requinte de casuismo revogar-se um texto constitucional sobre desincompatibilização antes mesmo de ser utilizado numa só eleição!

E a Oposição sente-se com muita tranqüilidade em preservar o atual texto porque serão de seus quadros dezenas de secretários, diretores, Prefeitos, Governadores etc. que para as eleições de 1986 precisarão desincompatibilizar-se segundo os prazos atualmente previstos.

XII — Revogar a exceção

O art. 154 e seu parágrafo único são remanescentes autoritários dos mais sérios no texto constitucional. Eles contraditam os artigos de direitos individuais e de garantias do cidadão e do parlamentar.

Impõe-se a sua revogação. Não é possível tratar-se das prerrogativas parlamentares ou de democratização do texto da Carta sem tocar nesse artigo.

O substitutivo simplesmente o suprime. Um mecanismo democrático de defesa das instituições seria aceitável. Não o monstro inserido no art. 154, com uma redação mais própria de ato institucional que de artigo de uma Carta Constitucional.

XIII — Acesso ao rádio e à televisão

Julgou-se de utilidade para o processo democratizador garantir constitucionalmente o acesso ao rádio e à televisão, gratuitamente, para a pregação de programas e idéias. Esta garantia é dada em dois aspectos fundamentais: ao Partido Político, em suas atividades permanentes; e ao candidato, na campanha eleitoral. O princípio constitucional é, como convém, geral e básico, remetendo à lei a regulamentação necessária.

Todavia, o interesse da população está a indicar que é necessário também proibir a propaganda paga nos mesmos meios de comunicação durante o período de acesso gratuito aos candidatos. Se o acesso gratuito é democratizador e igualitário, a proibição da propaganda paga complementa-o, evitando abusos do poder econômico, infelizmente cada vez tão mais ameaçadores ao processo eleitoral.

XIV — Partidos Políticos

Os signatários apóiam a suspensão das exigências eleitorais aos Partidos no pleito de 1982. Ficam transferidas para as próximas eleições, de acordo com a redação inserida na própria proposta governamental.

XV — O número de Deputados

Este é um assunto que tem sensibilizado não só a opinião interna dos congressistas, como — e especialmente — a opinião pública de Estados eventualmente ameaçados por reduções de sua representação.

Foi o chamado "Pacote de Abril" que inverteu a representação de proporcional aos eleitores para proporcional ao número de habitantes.

Esta questão — no entender dos subscritores do presente substitutivo — somente vai-se definir claramente no âmbito de uma Assembléia Nacional Constituinte, realmente competente e titular do poder, constituinte básico. Para não reavivar disputas neste campo, o substitutivo mantém o critério da população como base de cálculo para a representação parlamentar.

O que não se pode aceitar é que a Constituição seja sempre portadora de uma solução provisória com um número-limite de representantes que se sabe impossível de manter. O critério universalmente aceito é o de número de representados. Isto é, quantos habitantes (ou eleitores, dependendo do critério) são representados por um Deputado. Os números variam e vão desde mínimos como na Constituição de Portugal a elevados como na Carta norte-americana.

O substitutivo restaura o princípio do representado, e não de um número de representantes. Para isso, foi feita uma escala crescente, no sentido de proteger

Interesses de Estados menos populosos e evitar que duas ou três unidades da Federação detivessem o controle da Câmara dos Deputados.

A esses princípios gerais acoplou-se uma norma transitória para a não-redução da representação na próxima Legislatura e para a garantia de um mínimo de seis Deputados para o novo Estado de Rondônia e para o Distrito Federal.

É necessário enfatizar que a representação do Distrito Federal é hoje uma aspiração majoritária de sua gente e uma necessidade para o processo democrático nacional. Marginalizar a população do Distrito Federal da representação e da participação é cassar milhares de brasileiros.

As fórmulas apresentadas através da alteração do art. 39 e das disposições transitórias do art. 2º do presente substitutivo são uma contribuição séria, construtiva e patriótica à solução dos constantes impasses originados do texto casuístico sobre o problema da formação da Câmara dos Deputados.

Os signatários também reafirmam sua lealdade ao sistema da representação proporcional rejeitando as propostas da instituição do sistema "distrital misto" para o pleito de 1986.

Talvez o autoritarismo nas relações entre Executivo e Legislativo; talvez a apatia do atual Congresso em restaurar suas prerrogativas; talvez o apoio incondicional de parlamentares às posições governamentais impeçam este substitutivo de ser considerado nas dimensões que encerra. Os seus subscritores têm consciência de que deram uma contribuição positiva não só ao momento, como à História.

Sala das Comissões, 28 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Ulysses Guimarães — Odacir Klein — Cristina Tavares — Jorge Ferraz — Sebastião Rodrigues — Francisco Pinto — Pimenta da Veiga — Alfredo Marques — Francisco Libardoni — Mário Moreira — Carlos Santos — Fernando Cunha — Rosa Flores — Waldir Walter — Daso Coimbra — Ruy Codo — Ernesto de Marco — Jorge Vargas — Freitas Nobre — Del Bosco Amaral — João Menezes — Jerônimo Santana — Antônio Moraes — Ailton Sandoval — Marcelo Cordeiro — Fernando Lira — Valter Garcia — Cardoso Fregapani — Carlos Wilson — Cardoso Alves — Modesto da Silveira — Flávio Chaves — Carneiro Anaud — Carlos Bezerra — Aurélio Peres — Horácio Ortiz — Hildérico Oliveira — Jorge Gama — Pedro Farias — José Costa — Hélio Duque — Milton Cardoso — Paes de Andrade — Ernesto Dal'Oglio — Carlos Cotta — Alvaro Dias — Adhemar Santilli — Fued Dib — Santilli Sobrinho — Júnia Marise — Paulo Rattes — Antônio Russo — Jorge Moura — Ranon Tito — Carlos Augusto — Maurício Fruet — Audálio Dantas — João Gilberto — Octacílio Almolda — Aldo Fagundes — Elquisson Soares — Ruben Figueiró — Jader Barbalho — Alberto Goldman — Walmor de Luca — Arnaldo Schmitt — Juarez Furtado — Milton Figueiredo — Carlos Sant'Anna — Iturival Nascimento — Olivir Gabardo — Ubaido Dantas — Jackson Bareto — Brábo de Carvalho — Paulo Marques — Marcus Cunha — Paulo Torres — Nivaldo Krüger — Jorge Uequet — Antônio Mariz — Iranildo Perelra — Renato Azeredo — Amadeu Gears — Jorge Vianna — Genésio de Barros — Walber Guimarães — José Carlos Vasconcelos — Edson Vidigal — Júlio Costamilan — Louremberg Nunes Rocha — Nabor Júnior — José Freire — Paulo Borges — Alcir Pimenta — Felipe Penna — Mário Stamm — Carlos Nelson — Miro Teixeira — Harry Sauer — Pedro Lucena — Pinheiro Machado — Tertuliano Azevedo — Márcio Macedo — Henrique Alves — Francisco de Castro — João Linhares — Luiz Baptista — Borges da Silveira — Israel Dias-Novaes — Roberto Freire — Roque Aras — Lúcio Cioni — Euclides Scalco — Arnaldo Lafayette — Marcello Cerqueira — Gerson Camata — Samir Achôa — Max Mauro — Gilson de Barros — João Hercúlio — Antônio Annibelli — Edson Khair — José Maria de Carvalho — Osvaldo Macedo — Osvaldo Lima — Pedro Lauro — José Bruno — Edgard Amorim — Pedro Sampaio — Sérgio Ferrara — Peixoto Filho — Joel Vivas — Tidei de Lima — Walter Silva — Octacílio Queiroz — Mac Dowell Leite de Castro — Ralph Blasi — Elcar Guazelli — Leite Schmidt — Heitor Alencar Furtado — Mário Hato — Iran Saraiva — João Cunha — Genival Tourinho — Raimundo Urbano — Aluizio Bezerra — Murillo Mendes — Pacheco Chaves — Mário Frota — Sívio Abreu Júnior.

SENADORES: Humberto Lucena — Laélia de Alcântara — Gastão Müller — Cunha Lima — Agenor Maria — Alberto Silva — Henrique Santillo — Evelásio Vieira — Affonso Camargo — José Richa — Lázaro Barboza — Dirceu Cardoso — Tancredo Neves — Mauro Benevides — Franco Montoro — Marcos Freire — Nelson Carneiro — Roberto Saturnino — Alexandre Costa — Evandro Carreira — João Calmon — Jilson Barreto — Paulo Brossard.

— Nº 3 —

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo único — Ao item II do art. 15 da Constituição é acrescentada a seguinte alínea:

“Art. 15 —

II —

c) à elaboração orçamentária, podendo os Vereadores apresentar emendas modificando a caracterização da despesa de determinado órgão municipal.”

Justificação

Na qualidade de Secretário da Associação Brasileira de Municípios, tenho tomado conhecimento de inúmeras queixas de Vereadores quanto à dificuldade de participarem da elaboração orçamentária municipal.

Os Vereadores, em todo o País, têm sido marginalizados, são meros espectadores e homologadores das propostas orçamentárias apresentadas pelos Prefeitos Municipais.

O Vereador não deve ficar distante da realidade econômico-social de sua comuna. O Vereador está em contato cotidiano com a população, sentindo os seus dramas, as suas dificuldades e as suas aspirações. O Vereador deve ter meios de influir na elaboração do orçamento municipal.

As Câmaras Municipais, em todo o País, deve ser concedida oportunidade para modificar a caracterização das despesas municipais, desde que não implique em aumento absoluto de seus valores.

Na República Federal da Alemanha, as leis, com respaldo no § 2.º do art. 28 da Lei Básica de 1949, emendada em 1973, garantem às comunas (**Gemeinden**) o direito de regular, sob sua própria responsabilidade, todos os assuntos da comunidade local, inclusive os orçamentários, tributários e financeiros. Tive oportunidade de verificar que os Vereadores, nos municípios, e os Conselheiros, nas associações municipais, participam de decisões relativas à elaboração orçamentária e à arrecadação e aplicação de recursos.

O autêntico e verdadeiro federalismo e representativismo só terá ocasião de se manifestar no Brasil quando os Vereadores puderem resguardar a autonomia de seus municípios e representar a vontade dos seus concidadãos.

Para tanto, contamos com a simpática acolhida de nossos ilustres pares a esta proposta, reforçando a autonomia municipal consagrada no art. 15 da Constituição.

Sala das Comissões, 28 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Ruy Códó — Inocêncio Oliveira — Wildy Vianna — Hélio Duque — José Carlos Vasconcelos — Nilson Gibson — Paulo Borges — Maurício Fruet — José Ribamar Machado — Carlos Bezerra — Brabo de Carvalho — Edson Vidigal — Roque Aras — Cristina Tavares — Castejon Branco — Hélio Campos — Murilo Mendes — Rafael Faraco — Nabor Júnior — Horácio Ortiz — João Alves — Getúlio Dias — Rosemburgo Romano — Tidei de Lima — Carlos Sant’Anna — José Maria de Carvalho — Marcello Cerqueira — Gilson de Barros — Airton San-

doval — Siqueira Campos — Jorge Ferraz — Pedro Sampaio — Cardoso Alves — Mário Hato — Vieira da Silva — Daso Coimbra — Lúcio Cione — Álvaro Dias — Jorge Uequed — Saramago Pinheiro — Jorge Arbage — Darlo Tavares — Artnir Werner — Albérico Cordeiro — Eptácio Cafeteira — Antônio Annibelli — Rubem Figueiró — Lourenberg Nunes Rocha — Júlio Costamilan — Joaquim Guerra — Jorge Vianna — Paulo Torres — Mário Moreira — Sérgio Ferrara — Carlos Santos — Francisco Libardoni — Antônio Morimoto — Hildérico Oliveira — Walter Garcia — Waldir Walter — Cardoso Fregapani — Geraldo Buthões — Antônio Moraes — Octacílio de Almeida — Ademar de Barros Filho — Benedito Marcílio — Mário Frota — Aluizio Bezerra — João Cunha — Fernando Lira — Alceu Collares — Edgard Amorim — Audálio Dantas — Bonifácio de Andrada — Antônio Russo — Leite Schimidt — Borges da Silveira — Fernando Cunha — Júnia Marise — Alcir Pimenta — Arnaldo Lafayette — José Bruno — Júlio Martins — Edison Khair — JG de Araújo Jorge — Haroldo Sanford — Newton Cardoso — Antônio Pontes — João Gilberto — Raimundo Urbano — Carlos Augusto — Carlos Willson — Iram Saraiwa — Heltor Alencar Furtado — Pacheco Chaves — Pedro Lauro — Hélio Garcia — Marcelo Linhares — Sebastião Rodrigues Júnior — Walter de Prá — Walter Silva — Adhemar Santillo — Luiz Baptista — Jackson Barreto — Tarcísio Delgado — Max Mauro — Odacir Klein — Flávio Chaves — Ossian Araripe — Iranildo Pereira — Honorato Viana — Mário Stamm — Jader Barbalho — José Freire — Marcus Cunha — Paulo Marques — Jorge Vargas — Juarez Batista — Pinheiro Machado — Rogério Rêgo — Santilli Sobrinho — Evaldo Amaral — José Ferreira — Jerônimo Santana — Harry Sauer — Iturival Nascimento — João Carlos de Caril — Djalma Bessa — Hugo Napoleão — Amílcar Queiroz — Aldo Fagundes — Alton Soares — Edilson Lobão — Lázaro de Carvalho — Cláudio Philomeno — Natal Gale — Florim Coutinho — Paes de Andrade — Sérgio Ferrara — Isaac Newton.

SENADORES: Evandro Carreira — Alberto Silva — Henrique Santillo — João Calmon — Evelásio Vieira — Lázaro Barboza — José Richa — Affonso Camargo — Tancredo Neves — Cunha Lima — Nelson Carneiro — João Lúcio — Laélia de Alcântara — Helvídio Nunes — Franco Montoro — Passos Pôrto — Lourival Baptista — Jutahy Magalhães — Almir Pinto — Humberto Lucena — Lomanto Júnior — Raimundo Parente — Jorge Kalume.

— Nº 4 —

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 — Dê-se à alínea f do § 3º do art. 15 e ao § 1º do art. 177 da Constituição Federal a seguinte redação:

Art. 15 —

§ 3º —

f) não tiver havido aplicação no ensino pré-escolar, em cada ano, de 20% (vinte por cento), pelo menos, da receita tributária municipal, e no ensino primário de acordo com as possibilidades da administração local, sendo que a permanência das crianças nas creches será obrigatoriamente de 8 (oito) horas diariamente.

Art. 177 —

§ 1º — A União prestará assistência técnica e financeira aos Estados e ao Distrito Federal para o desenvolvimento dos seus sistemas do ensino, sobretudo em relação ao ensino pré-escolar."

Justificação

A educação pré-escolar tem sido compreendida como um esforço para se oferecer às crianças as melhores oportunidades ao seu desenvolvimento integral

— mental, social, físico, emocional e psicomotor — a partir do reconhecimento da importância fundamental que os primeiros anos de vida representam para o desdobramento das possibilidades de realização da pessoa humana, por ser a fase mais suscetível a todo o tipo de influência e capaz de marcar indelevelmente as etapas posteriores.

2. Segundo o magistério da Prof^a Marla Lins Alves da Cunha (em "Diretrizes e Bases da Educação" — Seminário Nacional para Avaliar os Resultados da Implantação da Lei nº 5.692/71), muito embora os especialistas na área da saúde considerem pré-escolar a criança de 2 a 6 anos, os educadores e psicólogos preferem denominar pré-escolar a criança do nascimento até a entrada na escola de 1º grau, denominando-se pré-primária a educação proporcionada à criança com idade inferior a 7 anos.

3. Bem lembrou Vital Didonet (em "A Pré-Escola como Escola" — Projeto Educação — tomo 3) que "o problema educacional brasileiro nunca será bem colocado enquanto não se considerar como variável inerente a situação de vida e educação das crianças menores de 7 anos".

4. Sobretudo em relação aos segmentos populacionais de níveis sócio-econômicos inferiores, que reúnem condições manifestamente desfavoráveis ao crescimento das crianças e as predis põem à marginalização, redobra a responsabilidade dos poderes públicos de buscar os melhores caminhos para modificar, sem tardança, o panorama deveras lamentável que se delineia na generalidade do território nacional, com o testemunho alarmante da CPI do Menor, que estimou em 25 milhões a população de menores carenciados e abandonados.

5. Por isso que o atendimento pré-escolar deve ser ofertado prioritariamente às crianças com carências sócio-econômicas, tanto as de ordem alimentar como as de saúde e educação, à luz inclusive do correto diagnóstico da educação pré-escolar no Brasil e da advertência de que 70% dos pré-escolares não recebem as atenções mínimas de saúde, assistência e estimulação do desenvolvimento normal equilibrado que necessitam.

6. De fato, são devastadoras as conseqüências da fome e desnutrição nos primeiros anos de vida da criança, afirmando-se que da carência séria e prolongada de nutrientes básicos, a partir da gestação até o fim da idade pré-escolar, principalmente até o terceiro ano de vida, resultam lesões cerebrais irreversíveis. Ora, o espectro sinistro da subalimentação afeta a numerosíssimas famílias brasileiras com renda mensal inferior ao salário mínimo, e, em algumas áreas-problemas, os estudos apontaram índices entre 70 e 80% de crianças pré-escolares em estado de desnutrição.

7. A sua vez, sabendo-se que a subnutrição e a mortalidade infantil andam juntas, não há estranhar que alcance 37,97% o índice de óbitos das crianças menores de 5 anos no Brasil (dados de 1975), com acentuada incidência no Nordeste, Centro-Oeste e Norte, sem referir os dados relativos a doenças e deficiências orgânicas de vários matizes.

8. Outra evidência significativa diz respeito ao retardo decorrente da escassez de estímulos educacionais positivos que experimentam as crianças que vivem em ambientes pobres, em condições de baixa renda, habitação precária, alimentação deficiente, pouca ou nenhuma instrução etc., as quais demonstram atraso no desenvolvimento cognitivo, sócio-emocional e desordens na estruturação da personalidade e na formação da consciência em comparação a outras da mesma idade, porém de ambientes propícios a uma boa formação.

9. Uma última seqüela da problemática infantil no País diz respeito aos incontáveis contingentes de menores abandonados ou com desvios de conduta, oriundos, em grande maioria, das populações marginalizadas e hipossuficientes, que constituem, mormente nos grandes aglomerados urbanos, desafio que os poderes públicos dificilmente conseguem sequer equacionar.

10. A Educação pré-escolar, constituindo-se em sistema de ensino regular como intenta a presente proposta, exsurge, assim, como um meio de proporcionar

às crianças condições de desenvolvimento melhores do que elas normalmente têm no âmbito familiar.

11. Em rápidos traços, pode-se dizer que a ação do Ministério da Educação e Cultura no relativo à educação pré-escolar se desenvolveu a nível nacional apenas a partir de 1975, quando o Governo Federal passou a preocupar-se com a baixa produtividade da 1ª série do 1º grau e se conscientizou de que a educação se traduz por uma ação de permanência ou preventiva, aliás preconizada pela Política Nacional Integrada de Educação.

12. Data daquele ano a criação, por iniciativa do então Ministro Ney Braga, da Coordenação da Educação Pré-Escolar no âmbito do Departamento de Ensino Fundamental, que implementou a programação setorial do Governo, secundado por iniciativas paralelas das administrações estaduais, uma e outras voltadas precipuamente ao atendimento integrado à infância, nas áreas de educação, saúde, nutrição e assistência social.

13. A análise das características da população pré-escolar no Brasil revelou que, em grande maioria, as crianças provêm de lares carentiados. Tornou-se logo evidente que a atenção às crianças carentes, na faixa etária de quatro a seis anos, deveria assumir caráter prioritário no planejamento educacional brasileiro, mormente nas áreas periféricas urbanas, e pertencente a um baixo nível sócio-econômico, onde os problemas das crianças se agudizam e multiplicam nos chamados "cinturões da miséria".

14. Como resultado desses esforços incipientes, observou-se o aumento a cada ano das matrículas ou vagas ofertadas a pré-escolares e de alunos atendidos, além de outros benefícios quanto à redução da distorção idade/série no 1º grau, e diminuição das taxas de repetência e evasão na 1ª série.

15. É imperativo enfatizar o peso numérico dos contingentes de pré-escolares na composição demográfica e etária brasileira. Nossa realidade já confirmava a existência, em 1978, de mais de 25 milhões de crianças com idade de 0 a 6 anos, ou 17.665.000 de 2 a 6 anos, das quais apenas 674.027 foram atendidas no projeto desenvolvido tanto pela União como pelos Estados.

16. Conclui-se, pois, que o País se encontra longe do mínimo satisfatório de atendimento às necessidades básicas da população pré-escolar, quer em termos qualitativos, quer quantitativos, fazendo-se inadiável uma decidida política setorial para melhoria e expansão do sistema.

17. Verifica-se, por exemplo, que a tônica dos projetos governamentais se destina às zonas suburbanas das grandes metrópoles, muito embora o problema se encontre disseminado na imensidão do território nacional. O desafio ciclópico leva essa luta à quase totalidade das pequenas e médias cidades, sem olvidar a situação das crianças em certas regiões subdesenvolvidas do País e das comunidades rurais, onde persistem os denominados "bolsões de pobreza".

18. Outras distorções são apontadas no trabalho "Atendimento ao Pré-Escolar" (MEC/DEF — 1977, vol. 1, pág. 14), reportando-se à situação brasileira em anos recentes":

"Há no Brasil cerca de 21 milhões de crianças pré-escolares! Isso significa que 20% da população brasileira são pré-escolares. Dentro de duas décadas, esses 21 milhões de crianças serão adultos, participando do processo social e econômico. Serão responsáveis por uma parcela significativa da produção dos bens econômicos, da criação de soluções para os problemas que já hoje nos perturbam e para os novos problemas que surgirão.

Apenas cerca de 600 mil crianças são atendidas atualmente em alguma Instituição pré-escolar. E a grande maioria delas não pertence ao grupo dos mais carentes. Até agora a procura de educação pré-escolar tem sido das classes médias e alta. Cerca de 44% das matrículas pertencem a Instituições particulares. Excluindo as poucas instituições particulares beneficentes ou sem fim lucrativo, religiosas ou leigas, que atendem a crianças carecidas, as demais se destinam às classes mais abastadas. As crianças

mais necessitadas, sob o ponto de vista sócio-econômico e cultural, são as que têm menos oportunidade de freqüentar um centro de educação pré-escolar.

A razão de nossa preocupação pela quantidade é a seguinte: se a educação pré-escolar oferece um bom ambiente para o desenvolvimento das crianças, se ela é eficaz para as que freqüentam, a oferta de educação para um número limitado de crianças, em vez de corrigir, irá aumentar as diferenças entre as que têm acesso a ela e as que não o têm. Não se deseja formar uma pequena elite entre as crianças de classes desprivilegiadas, mas dar a todas as crianças condições de efetivo desenvolvimento pessoal."

19. Ao fecho de seu trabalho monográfico, Vital Didonet (op. cit.) alinha série de conclusões de ordem prática que devem orientar uma política setorial à educação pré-escolar. Sobressai do elenco a necessidade de identificação ou criação de uma fonte de recursos para a educação pré-escolar, que viabilize o custeio de um programa nacional para uma clientela de milhões de crianças provenientes das classes desprivilegiadas, muito embora a ênfase dessa política não resida na aplicação de recursos em construções onde elas não sejam absolutamente necessárias.

20. Imprescindível se faz, ainda, que um tal programa possa agregar atividades educativas e recreativas, ações de saúde e suplementação alimentar às crianças, além da assistência social a suas famílias, porque "desnutrição, fome, condições ambientais precárias de habitação, saneamento, carências e desorganização de estímulos ocorrem paralelamente e complementares de um mesmo fenômeno social de pobreza".

21. Por outro lado, os pré-escolares deverão ser divididos em dois grupos etários — 0 a 3 e 4 a 6 anos — para um atendimento diferenciado, segundo as exigências das respectivas características etárias e a experiência educacional, as primeiras através de creches e similares e as segundas em jardins da infância ou centros de educação pré-escolar, todas mantidas pelos Municípios.

22. Isso só se tornará viável com a alocação de recursos, conforme preconiza a emenda em tela, além da ampla assistência técnica e financeira por parte da União, em favor de nossas municipalidades, dotando-as dos meios indispensáveis à implementação de uma autêntica política de educação pré-escolar — sem quaisquer prejuízos aos sistemas de ensino regulares de 1º e 2º graus —, através da construção ou manutenção de estabelecimentos de ensino, que são, concomitantemente, órgãos assistenciais em benefício do mais numeroso e certamente valioso segmento de nossa população.

23. A presente iniciativa consubstancia a reformulação da Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 1979, igualmente de minha autoria, que, inobstante merecer parecer favorável da Comissão Mista, não encontrou infelizmente o terreno fértil para sua aprovação à época.

Sala das Comissões, 28 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Ruy Côdo — João Faustino — João Alves — Ronan Tito — Octacílio Almeida — Audálio Dantas — Wildy Vianna — Rafael Faraco — Daniel Silva — Geraldo Fleming — Paulo Guerra — Darcílio Ayres — Oswaldo Lima — Cristina Tavares — Hélio Duque — Nivaldo Krüger — Ubaldo Dantas — Adolpho Franco — Christovam Chiaradia — Ernesto de Marco — Paulo Lustosa — Leorne Belém — Manoel Ribeiro — Celso Peçanha — Pimenta da Veiga — Alcir Pimenta — Rubem Figueiró — Benedito Marcílio — Nabor Júnior — Adhemar Santillo — Leopoldo Bessone — Luiz Baccarini — Antônio Pontes — Júnia Marise — Nasser Almeida — Mário Hato — Walmor de Lucas — Israel Dias-Novaes — Mário Moreira — Heitor Alencar Furtado — Pedro Lauro — Paes de Andrade — Marcelo Linhares — Roberto Freire — Odacir Klein — Sebastião Rodrigues — Walter de Prá — Walter Silva — Luiz Baptista — Renato Azeredo — Tarcísio Delgado — Max Mauro — Flávio Marcílio — Castejon Branco — Iranildo dos Santos — Honorato Vianna — Hildérico Oliveira — Mário Stamm

— José Freire — Jader Barbalho — Paulo Marques — Jorge Vargas — Juarez Baptista — Carlos Sant'Ana — Rogério Rego — Santilli Sobrinho — Eivaldo Amaral — Joel Ferreira — Jerônimo Santana — Harry Sauer — Iturival Nascimento — João Carlos de Carli — Antônio Moraes — Geraldo Bulhões — Amílcar de Queiroz — Baldacci Filho — Adalberto Camargo — Aldo Fagundes — Rosa Flores — Jorge Ferraz — Navarro Vieira Filho — Getúlio Dias — Bezerra de Melo — Elquisson Soares — Antônio Morimoto — Raul Bernardo — Luiz Leal — Pedro Farla — José Ribamar Machado — Lázaro de Carvalho — Jorge Paulo — Teimo Kirst — José Amorim — Albérico Cordeiro — Alceu Collares — Borges da Silveira — Péricles Gonçalves — Sílvio Abreu Júnior — Hugo Napoleão — Inocêncio Oliveira — Pedro Correia — Júlio Martins — Vieira da Silva — Ossian Araripe — Pinheiro Machado — Djalma Bessa — Natal Gale — Sérgio Ferrara — Isaac Newton — Florim Coutinho — Artenir Werner — Carlos Wilson — Audálio Dantas — Iram Saralva — Vasco Neto — Horácio Ortiz — Délio dos Santos — Jorge Uequed — Cardoso de Almeida — Francisco Benjamin — Magalhães Pinto — Tidei de Lima — Carlos Bezerra — Octávio Torrecilla — Henrique Turner — Antônio Annibelli — Francisco Libardoni — Epitácio Cafeteira — Victor Faccioni — Nilton Cardoso — João Cunha — Flávio Chaves — Alberto Goldman — Maurício Fruet — Antônio Mazurek — Adhemar de Barros Filho — Cláudio Philomeno — Cesário Barreto — Aluzio Bezerra — Jackson Barreto — Paulo Borges — Carlos Cotta — José Alves — Athié Coury — Manoel Gonçalves — Carlos Santos — Carlos Eloy — Lúcio Cloni — Edson Vidigal — Dlogo Nomura — Raimundo Urbano — Nelson Morro — Álvaro Dias.

SENADORES: João Calmon — Franco Montoro — Lázaro Barboza — Evliásio Vieira — Humberto Lucena — Mauro Benevides — Cunha Lima — Dirceu Cardoso — Passos Pôrto — Leite Chaves — Alexandre Costa — Jutahy Magalhães — Murilo Badaró — Moacyr Dalla — Gabriel Hermes — Henrique Santillo — Laélia de Alcântara — Benedito Ferreira — Jalsen Barreto — Raimundo Parente — Eunice Michilhes — Luiz Fernando Freire — Almir Pinto — Benedito Canelas — João Lúcio — José Fragelli — Valdon Varjão — Luiz Cavalcante — Amaral Furlan — Roberto Saturnino — Tancredo Neves — Alberto Silva — Afonso Camargo.

— Nº 5 —

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 — O § 4º do art. 15 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 15 —

§ 4º — O número de Vereadores será, no máximo, de trinta e três e, no mínimo, de sete, guardando-se proporcionalidade com a população do município.”

Justificação

É o Vereador brasileiro o “pronto-socorro” da democracia.

Inegável é a importância dos Municípios em países como o nosso, que segue o regime federativo de governo, por isso que, fortalecendo essas subunidades federativas, estaremos, por via de consequência, fortalecendo os Estados-membros e a própria unidade federativa.

Sala das Comissões, 26 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Walter de Prá — Nilson Gibson — Freitas Nobre — Ruy Codo — Jorge Vianna — Adolpho Franco — Djalma Bessa — Júlio Campos — Geraldo Guedes — Milton Brandão — João Clímaco — Jorge Uequed — Luiz Baptista — Walber Guimarães — Mário Moreira — Ernesto de Marco — Maurício Fruet — Sebastião Andrade — Guido Arantes — Marcelo Linhares — Darcílio Ayres — Ossian Araripe — Ubaldo Barém — Geraldo Bulhões — Christiano Dias Lopes

Filho — Jorge Arbage — Claudino Sales — Pedro Germano — Manoel Gonçalves — José Carlos Vasconcelos — Ludgero Raulino — Athlé Coury — Hélio Garcia — Isaac Newton — Wildy Vianna — Jairo Maltoni — José Ribamar Machado — Luiz Leal — Daniel Silva — Valter Garcia — Leopoldo Bessone — Castejon Branco — Paulino Cícero — Nereu Guidi — Telêmaco Pompei — Emídio Perondi — Afro Stefanini — Adauto Bezerra — Paulo Studart — Manoel Ribeiro — José Costa — Ademar Pereira — Nossier Almeida — Flávio Marcílio — Erasmo Dias — Péricles Gonçalves — Inocêncio Oliveira — Albérico Cordeiro — Nivaldo Krüger — Jader Barbalho — Paulo Guerra — Oswaldo Melo — Iranildo Pereira — Leorne Belém — Edison Khair — Álvaro Valle — Elquisson Soares — Ruy Silva — Hélio Duque — Bonifácio de Andrada — Diogo Nomura — Nabor Júnior — Josias Leite — Christovam Chiaradia — Carlos Eloy — Jorge Moura — Menandro Minahm — Ângelo Magalhães — Francisco de Castro — Honorato Vianna — Guido Arantes — Cardoso Fregapani — Heitor Alencar Furtado — Alfredo Marques — Peixoto Filho — Rômulo Galvão — Aldo Fagundes — Jairo Brum — Altair Chagas — Pedro Faria — Hildérico Oliveira — Alípio Carvalho — Cristino Cortes — Antônio Mazurek — José Fernandes — Ronaldo Ferreira Dias — Mendes de Melo — Francisco Rollemberg — Odulfo Domingues — Antônio Morimoto — Adriano Valente — Leorne Belém — Bento Lobo — Miro Teixeira — Theodorico Ferraço — José Amorim — Pedro Carolo — Mauro Sampalo — Navarro Vieira Filho — Lygia Lessa Bastos — Haroldo Sanford — Raul Bernardo — Hugo Napoleão — Aírton Sandoval — Ernani Satyro — Francisco Benjamin — Artenir Werner — Pedro Corrêa — Alberto Hoffmann — Cláudio Strassburger — Adalberto Camargo — Antônio Dias — Simão Sessim — Juarez Baptista — Osmar Leltão — Nelson Morro — Leur Lomanto — Ney Ferreira — João Carlos de Carli — Carneiro Arnaud — Arnaldo Lafayette — Tertuliano Azevedo — Délio dos Santos — Vieira da Silva — Francisco Rossi — Feu Rosa — Pedro Lucena — Edison Lobão — Fernando Magalhães — Rafael Faraco — Luiz Rocha — Batista Miranda — Francisco Libardoni — Stoessel Dourado — Braga Ramos — Raimundo Diniz — Antônio Florêncio — Genésio de Barros — Paulo Borges — Iturival Nascimento — Eioar Guazelli — João Faustino — Humberto Souto — Augusto Lucena — Ricardo Fiúza — Joel Vivas — Antônio Russo — Marcello Cerqueiro — Luiz Braz — Joel Ferreira — Antônio Ferreira — Jerônimo Santana — Divaldo Suruagy — Magno Bacelar — Anísio de Souza — Samir Achôa — Bento Gonçalves — Nagib Haickel — Delson Scarano — Hélio Levy — Joel Ribeiro.

SENADORES: Nilo Coelho — Amaral Peixoto — Benedito Canelas — José Fragelli — Jutahy Magalhães — Benedito Ferreira — José Lins — Humberto Lucena — Luiz Cavalcante — João Lúcio — Bernardino Viana — Affonso Camargo — Laélia Alcântara — Amaral Furlan — Jorge Kalume — Moacyr Dalla — Eunice Michiles — Henrique Santillo — Leite Chaves — Lenoir Vargas — Raimundo Parente — Franco Montoro — José Richa — Aderbal Jurema — Dirceu Cardoso — Almir Pinto.

— Nº 6 —

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 — Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 29 —

c) por iniciativa de dois terços de uma das Câmaras.

.....
 Art. 39 — A Câmara dos Deputados compõe-se de até 504 (quinhentos e quatro) representantes do povo, maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos, eleitos pelo sistema distrital, majoritário, na forma estabelecida em lei.

Art. 206 — Ficam oficializadas as serventias judiciais, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

§ 1º — As serventias extrajudiciais, assim entendidos os Offícios de Notas, Registro de Protestos de Títulos, Registros Públicos e Registros de Distribuição, serão oficializadas por lei complementar de iniciativa do Presidente da República, observada a ressalva prevista no **caput** deste artigo.

§ 2º — Lei estadual ou federal, conforme o caso, disporá sobre a criação e o desmembramento de serventias judiciais e extrajudiciais, bem como sobre o regime jurídico de seus servidores, observada a ressalva prevista no **caput** deste artigo.

§ 3º — Fica assegurada a efetivação no cargo de titular, em sua própria serventia, ao interino, e, na vacância, ao substituto, que estejam em exercício, investidos na forma da lei, que contem ou venham a contar cinco anos de serviço nessas condições até 31 de dezembro de 1983."

Art. 2º — Nas eleições de 15 de novembro de 1982, os Deputados serão eleitos exclusivamente pelo sistema proporcional, e seu número por Estado será estabelecido pela Justiça Eleitoral, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de sessenta ou menos de dez Deputados, nem sofra redução no respectivo número fixado para a Legislatura iniciada em 1979.

Justificação

A independência das duas Casas do Congresso faz com que a letra c do § 1º do art. 2º possa facultar a convocação pela Câmara ou pelo Senado, por iniciativa de dois terços de cada um de seus componentes.

Procura-se fixar como número de membros da Câmara dos Deputados 504, eis que representa vinte por cento sobre os seus atuais componentes.

Procura-se dar uma nova redação ao art. 206 da Constituição Federal, no sentido de adiar a oficialização das serventias extrajudiciais para quando os Estados tenham melhores condições financeiras para fazê-lo. Disciplina-se ainda situação jurídica dos interinos e dos substitutos em exercício.

Fixa-se, por fim, o número mínimo e o máximo das representações dos Estados da Federação.

Sala das Comissões, 27 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Marcelo Linhares — Ruy Codo — Ary Kffuri — Adolpho Franco — Bezerra de Melo — Erasmo Dias — Alvaro Gaudêncio — Gilson de Barros — Antônio Gomes — Cardoso de Almeida — Delson Scarno — Jorge Vargas — Brasília Caiado — João Durval — Anísio de Souza — Inocêncio Oliveira — Furtado Leite — Alcides Franciscato — Nasser Almeida — Pinheiro Machado — Luiz Leal — Osmar Leitão — José Maurício — Ruben Figueiró — Nilson Gibson — Dário Tavares — Sebastião Rodrigues — Ernesto de Marco — João Carlos de Carli — Paulo Guerra — José Amorim — Leorne Belém — Claudino Sales — Alexandre Machado — Audálio Dantas — Jackson Barreto — Carlos Eloy — Jader Barbalho — Rosa Flores — Juarez Furtado — Arnaldo Schmitt — Mauro Sampaio — Luiz Braz — Josias Leite — Antônio Valadares — Evaldo Amaral — Fernando Lyra — Paes de Andrade — Antônio Moraes — Nabor Júnior — Geraldo Fleming — Edson Lobão — Wildy Vianna — Raul Bernardo — Ubaldo Dantas — Oduífo Domingues — Rogério Rego — Paulino Cícero — Alberto Hoffmann — Pedro Germano — JG de Araújo Jorge — Daso Coimbra — Octacílio Almeida — Ruy Silva — Antônio Mazurek — Sebastião Andrade — Celso Carvalho — Antônio Morimoto — Luiz Baccharini — Adhemar Santillo — Albérico Cordeiro — Paulo Lustosa — Hélio Campos — Francisco Leão — Euclides Scalco — Paulo Marques — Rômulo Galvão — Castejon Branco — Carlos Wilson —

Ossian Araripe — Oswaldo Melo — Maurício Fruet — Carlos Alberto — Alberto Goldman — Bonifácio de Andrada — Ruy Bacelar — Christovam Chiaradia — Octávio Torrecilla — Vivaldo Frota — Júlio Martins — Paulo Studart — Adauto Bezerra — Antônio Florêncio — Joel Ferreira — Emídio Perondi — Alcebiades de Oliveira — Lúcio Cloni — Francisco Libardoni — Esperidião Amin — Victor Fontana — Getúlio Dias — Celso Peçanha — Francisco Benjamin — Paulo Borges — Siqueira Campos — José Costa — João Clímaco — Paulo Pimentel — Carneiro Arnaud — Airton Sandoval — José Ribamar Machado — Marcus Cunha — Iturival Nascimento — Isaac Newton — Ronald Ferreira Dias — Altair Chagas — Tertuliano Azevedo — Fernando Cunha — Evandro Ayres de Moura — Correia Lima — Josué de Souza — Wilson Falcão — Sílvio Abreu Júnior — Nereu Guidi — Darcílio Ayres — Manoel Ribeiro — Délio dos Santos — Amadeu Geara — Humberto Souto — Maurício Campos — Divaldo Suruagy — Pedro Faria — Ricardo Fúza — Augusto Lucena — Renato Azeredo — Alceu Collares — Pimenta da Veiga — Pacheco Chaves — Ludgero Raulino — Péricles Gonçalves — Mário Moreira — Flávio Marçílio.

SENADORES: Bernardino Viana — Gabriel Hermes — Eunice Michlles — Benedito Ferrelra — Jutahy Magalhães — Aderbal Jurema — Amaral Peixoto — Dirceu Cardoso — João Calmon — Murilo Badaró — Luiz Cavalcante — Raimundo Parente — Moacyr Dalla — Affonso Camargo — Henrique Santillo — Laélia de Alcântara — Tancredo Neves — Benedito Canelas — João Lúcio — Passos Pôrto — Milton Cabral — Pedro Simon — Helvídio Nunes — José Fragelli.

— Nº 7 —

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 — Acrescente-se ao art. 121 da Constituição Federal o seguinte § 3º:

“Art. 121 —

§ 3º — Lei Complementar criará Tribunais Federais de Recursos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Bahia e Minas Gerais, fixando-lhes a competência, a jurisdição e o número de Ministros, cuja escolha se fará com o mesmo critério mencionado neste artigo.”

Justificação

Não se justifica que o Brasil, país de dimensões continentais, possua apenas um Tribunal Federal de Recursos, sediado na Capital da República. A Justiça Federal, representada, no primeiro grau de jurisdição, pelos Juizes Federais e, no segundo, pelo único Tribunal Federal de Recursos, detém competência extremamente vasta, como se pode verificar pelos arts. 122 e 125 da Constituição.

Essa situação peculiar determinou a implantação de seções judiciárias da Justiça Federal de primeiro grau de jurisdição em todos os Estados, com o progressivo aumento do número de Juizes em cada uma delas. Trata-se de inadiável exigência da própria administração da Justiça. Não recriminamos, mas, ao contrário, louvamos tal procedimento. Em nosso País não podemos ignorar que o Poder Judiciário carece, efetivamente, não só de aparelhar-se adequadamente, como, também, de expandir os seus quadros para o mais pronto desempenho de sua elevada função.

Evidencia-se, pois, nesse contexto, a flagrante desproporção, na Justiça Federal, entre o número de órgãos integrantes do primeiro e o do segundo graus de jurisdição. A solução adotada pelo Governo tem sido o aumento do número de Ministros no único Tribunal Federal de Recursos existente. De treze Ministros, como previa o art. 116 da Constituição de 1967, o seu número subiu para 27, com a Emenda Constitucional de 1969.

Não nos parece que a melhor solução resida no exagerado crescimento do Tribunal Federal de Recursos, mas sim na criação de outros Tribunais de Recursos, como já previa a Constituição de 1967, em seu art. 116, § 1º

Na verdade, chegamos a um estágio do nosso desenvolvimento, em que se impõe a descentralização da Justiça Federal, através da criação de outros Tribunais Federais de Recursos, mesmo porque é o Brasil um país pobre, e a existência de um só Tribunal Federal de Recursos, em Brasília, acarreta, conseqüentemente, viagens, gastos de naturezas diversas, onerando aqueles que recorrem ao Judiciário, já arcando, para tanto, muitas vezes, com dificuldades econômicas.

Assim reputamos válido acrescentar § 3º ao art. 121 da Constituição, permitindo que, mediante lei complementar, possam ser criados mais cinco Tribunais Federais de Recursos, nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Bahia e Minas Gerais. É este o objeto de emenda que ora temos a honra de apresentar no Congresso Nacional.

Sala das Comissões, 28 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Ruy Côdo — Hélio Campos — Jerônimo Santana — Antônio Carlos de Oliveira — Mário Hato — Ralph Biasi — Maurício Fruet — Melo Freire — Iranildo Pereira — Francisco Libardoni — Leopoldo Bessone — Pedro Faria — Daso Coimbra — Walter Silva — João Linhares — Fernando Magalhães — Lázaro de Carvalho — Rosemburgo Romano — Arnaldo Lafayette — Getúlio Dias — Tarcísio Delgado — Aluizio Bezerra — Celso Peçanha — Aldo Fagundes — Adhemar Ghisi — Samir Achôa — Antônio Moraes — Ruben Figueiró — Antônio Annibelli — Cardoso Alves — Navarro Vieira Filho — Hélio Garcia — Mauro Sampaio — Carlos Bezerra — José Costa — JG de Araújo Jorge — Manoel Arruda — João Gilberto — Joel Ferreira — Antônio Gomes — Juarez Batista — Márcio Macedo — Carneiro Arnaud — Aluizio Paraguassu — Vasco Neto — Zani Gonzaga — Carlos Santos — Paulo Lustosa — Brabo de Carvalho — Pedro Sampaio — Pedro Lucena — Marcus Cunha — Carlos Wilson — Eplácio Cafeteira — Fernando Cunha — Antônio Mariz — João Faustino — Bento Gonçalves — Sérgio Murilo — José Alves — Stoessel Dourado — Claudino Sales — Adroaldo Campos — João Alves — Honorato Vianna — Olivir Gabardo — Paes de Andrade — Walber Guimarães — Leônidas Sampaio — Edilson Lamartine Mendes — Luiz Vasconcelos — Mac Dowell Leite de Castro — Arnaldo Lafayette — Antônio Russo — José Maurício — Milton Cardoso — Paulino Cícero — Osmar Leitão — Melo Freire — Alvaro Gaudêncio — Paulo Borges — Castejon Branco — Jairo Magalhães — Aroldo Moletta — Geraldo Fleming — Genival Tourinho — José Carlos Fagundes — Amadeu Geara — Paulo Rattes — Hermes Macedo — Hildérico Oliveira — Siqueira Campos — Adhemar Pereira — Pedro Carolo — Bonifácio de Andrada — Nivaldo Krüger — Telémaco Pompei — Alair Ferreira — Ossian Araripe — Moacir Lopes — Antônio Pontes — Artenir Werner — João Gilberto — Carlos Augusto — Iran Saraiva — Heitor Alencar Furtado — Marcelo Linhares — Odacir Klein — Sebastião Rodrigues — Walter de Prá — Luiz Batista — Jackson Barreto — Max Mauro — Walter Garcia — Alcir Pimenta — Audálio Dantas — Israel Dias-Novães — Horácio Ortiz — Octávio Torrecilla — Oswaldo Lima — Benedito Marcillo — Luiz Leal — Luiz Baccarlui — Jorge Ferraz — Jader Barbalho — Cristina Tavares — Mário Stamm — Hélio Duque — Pedro Lauro — José Freire — Rogério Rêgo — Santilli Sobrinho — Evaldo Amaral — Jorge Vargas — José Ribamar Machado — Harry Sauer — Iturival Nascimento — João Carlos de Carl — Djalma Bessa — Edison Vidigal — Hugo Napoleão — Geraldo Bulhões — Ruy Silva — Lúcia Viveiros — Rafael Faraco — Júlio Martins — Alton Soares — Edison Lobão.

SENADORES: Teotônio Vilela — Tancredo Neves — Henrique Santillo — Humberto Lucena — José Richa — Vicente Vuolo — Alberto Silva — Affonso Camargo — Cunha Lima — Roberto Saturnino — Nelson Carneiro — Valdon Varjão — José Fragelli — Franco Montoro — Lázaro Barbosa — Evelásio Vieira — João Lúcio — Murilo Badaró — Mendes Canale — Saldanha Derzi — Marcos Freire — Passos Pôrto — Mauro Benevides — Dirceu Cardoso — Leite Chaves.

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 — Introduzam-se as seguintes alterações nos números da alínea c do § 1º do art. 151 da Constituição:

“Art. 151 —

§ 1º —

c)

- 1) Ministro e Governador de Estado — três meses;
 - 2) Prefeito — cinco meses;
 - 3) Secretário de Estado, quando titular de mandato parlamentar e candidato à reeleição — quatro meses;
 - 4) Secretário de Estado, presidente, diretor, superintendente de órgão da administração pública direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades de economia mista — seis meses;
-”

Justificação

A redação atual do texto que se quer modificar foi dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 6 de agosto de 1981. Chegando, agora, o momento de se aplicar o dispositivo pela primeira vez, verifica-se que ele fixou tempo por demais longo, mesmo porque o mandato de Governador não sofreu alteração e continuará de apenas quatro anos.

De fato, obrigado a desincompatibilizar-se seis meses antes do pleito que vai disputar, o Governador será obrigado a não cumprir o programa previamente estabelecido para seu próprio governo. É que os seis meses anteriores ao pleito se devem acrescentar àqueles que ainda restariam ao chefe do Poder Executivo estadual após as eleições.

Feita essa adição, verificaremos que Governadores que se candidatam têm mutilado o seu mandato executivo, em quase um ano, com pesado sacrifício das metas que se comprometeram a atingir no início de seu governo.

É assim sacrificada a continuidade administrativa, pois é sabido que, mesmo quando o sucessor desses governantes pertence ao mesmo Partido, a sua filosofia de governo e os seus objetivos variam muito, com sacrifício do programa do executivo que se desincompatibilizou.

O restabelecimento, por outro lado, do prazo de três meses para desincompatibilização dos Ministros de Estado, titulares de cargos dos quais são demissíveis *ad nutum*, sem mandato próprio, parece-nos, por igual, de toda conveniência e oportunidade.

Sala das Comissões, 28 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Siqueira Campos — Claudino Salles — Emídio Perondi — Leorne Belém — Paulo Guerra — Marcelo Linhares — Edison Lobão — Jorge Arbage — Amílcar Queiroz — Isaac Newton — Geraldo Buihães — Inocêncio Oliveira — Nasser Almeida — Antônio Gomes — Gomes da Silva — Erasmo Dias — Ubaldo Barém — Ossian Araripe — Wilson Falcão — Correia Lima — Adriano Valente — Carlos Alberto — Evaldo Amaral — Joacil Pereira — Adolfo Franco — Alcides Franciscato — Hugo Napoleão — Rogério Rêgo — Jayro Maltoni — Manoel Ribeiro — João Carlos de Caril — Anísio de Souza — Brasília Calado — José Ribamar Machado — Nagib Haickel — Rafael Faraco — João Durval — Cardoso de Almeida — Ary Kffuri — Braga Ramos — Ademar Pereira — Honorato Vlanna — Raimundo Diniz — Stoessel Dourado — Djalma Bessa

— Roberto de Carvalho — José Amorim — Rômulo Galvão — Mendes de Melo — Josias Leite — Darcy Pozza — Sebastião Andrade — Túlio Barcellos — Athlé Jorge Coury — Jerônimo Santana — Alcir Pimenta — Simão Sessim — Glória Júnior — Saramago Pinheiro — Juarez Batista — Hélio Campos — João Alves — Oduílo Domingues — José Mendonça — Rubem Figueiró — Aiceu Collares — Álvaro Valle — Samir Achôa — Getúlio Dias — Roseburgo Romano — José Maria de Carvalho — Peixoto Filho — Adhemar de Barros Filho — Diogo Nomura — Edson Vidigal — Leônidas Sampaio — Márcio Macedo — Pedro Lauro — Walber Gulmarães — Ailton Sandoval — Gerson Camata — Christiano Dias Lopes — Sebastião Andrade — Bezerra de Melo — Alberto Hoffmann — Walter de Prá — Antônio Pontes — Francisco Benjamin — Manoel Gonçalves — Antônio Ferrelra — João Clímaco — Castejon Branco — Léo Simões — Rubem Medina — Darcílio Ayres — Delson Scarano — Navarro Vieira — Esperidião Amim — Sívlio Lopes — Ludgero Raulino — Milton Brandão — Joel Ferreira — Josué de Souza — Waldmir Belinati — Alípio Carvalho — Paulino Cícero — Ricardo Fiuza — Divaldo Suruagy — Júlio Martins — Luiz Braz — Ruy Silva — Flávio Marcílio — Antônio Dias — Osvaldo Melo — Ronaldo Ferreira Dias — Antônio Florêncio — Furtado Leite — Cláudio Philomeno — Nilson Gibson — Antônio Mazurek — Mauro Sampalo — Francisco Rollemberg — Pedro Germano — Antônio Morimoto — Pedro Faria — Mário Moreira — Luiz Baptista — João Arruda — Roque Aras — Daso Coimbra — Bonifácio de Andrada — Jorge Ferraz — Nabor Júnior — Ernani Satyro — Hildérico de Oliveira — Louremberg Nunes Rocha — Calo Pompeu — Jorge Viana — Paulo Torres — Álvaro Dias — Carlos Santos — Antônio Moraes — Ângelo Magalhães — Henrique Brito — Adalberto Camargo.

SENADORES: Amaral Furlan — Vicente Vuolo — Alexandre Costa — Aderbal Jurema — João Calmon — Gabriel Hermes — Raimundo Parente — Cunha Lima — Passos Porto — Milton Cabral — Helvídio Nunes — Bernardino Viana — Laélia de Alcântara — Benedito Canelas — Benedito Ferreira — Jorge Kalume — Jutahy Magalhães — Almir Pinto — João Lúcio — Affonso Camargo — Lomanto Júnior — Tarso Dutra — Mauro Benevides — Luiz Viana.

— Nº 9 —

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 alínea d do § 1º do art. 151 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“d) a Inelegibilidade, no território de jurisdição do titular, do cônjuge e dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou de Território, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição;”

Justificação

A redação atual da alínea d ora sob proposta de modificação leva a que se tornem inelegíveis os parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou de Território, de Prefeito, ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito.

A emenda ora apresentada, incidente sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 1982, da iniciativa do Sr. Presidente da República, objetiva ampliar a participação na vida pública, eliminando impedimento de eleição dos parentes até terceiro grau dos detentores de cargos executivos. A amplitude do impedimento à eleição dos parentes até terceiro grau inclusive oferece grandes dificuldades, notadamente nos Municípios de reduzida densidade demográfica, que constituem maioria, porque restrita a área de recrutamento de lideranças para o exercício da atividade política.

Aliás, a limitação do impedimento à elegibilidade do cidadão fundada na razão do parentesco foi, entre nós, por tradição, fixada no segundo grau. Isto, o que se depreende, ou melhor, é verificado, ao fim, como uma ocorrência que vem desde 1911, ao estabelecer, então, o Decreto nº 2.419, de 11 de julho daquele ano, na alínea **a** do item II do art. 3º, a inelegibilidade dos “parentes consangüíneos ou afins, nos 1º e 2º graus, dos Governadores ou Presidentes dos Estados, ainda que eles estejam fora do exercício do cargo por ocasião da eleição, e até seis meses antes dela”.

Da mesma orientação quanto à limitação do parentesco até o segundo grau, para efeito de inelegibilidade, não se afastou o legislador de 1933, ao estabelecer-lo na alínea **a** do item I do art. 1º do Decreto nº 22.364, de 17 de janeiro daquele ano, para “os parentes consangüíneos do Chefe do Governo Provisório, em 1º e 2º graus, e os afins em 1º

Outro, allás, não foi o entendimento do Constituinte de 1946, ao estabelecer, no art. 140, que “são ainda inelegíveis, nas mesmas condições do artigo anterior, o cônjuge e os parentes, consangüíneos ou afins, até o segundo grau(...).”

Por outro lado, as constituições das nações democráticas sequer contemplam tal forma de inelegibilidade. Assim é, por exemplo, que o Código Eleitoral da República Federal da Alemanha considera inelegível (nº 2 do § 15 do art. 1º) todo cidadão que:

“1 — se achar impedido de exercer o direito de voto, na forma do § 13;

2 — tiver perdido a elegibilidade ou a capacidade para exercer função pública, em virtude de sentença judicial, ou

3 — for alemão no sentido do art. 116, item I, da Lei Fundamental, mas que tenha recusado a nacionalidade alemã, com base na Lei da Nacionalidade, de 22-2-55.” (**Boletim das Leis Federais**, parte 1, pág. 65.)

Como se verifica, a presente proposta é ainda muito modesta. Retira do quadro dos inelegíveis por parentesco apenas os parentes mais distantes, que são, por **linha direta**, o bisavô, a bisavó, o bisneto — por afinidade, o bisavô e a bisavó do cônjuge —, e, pela **linha transversal** (colateral), o tio, a tia, o sobrinho, a sobrinha — e, por afinidade, o tio e a tia, o sobrinho e a sobrinha do cônjuge.

Assim, o amplo quadro de inelegibilidades entre nós representa um afastamento da orientação fixada no direito constitucional de países mais adiantados, como é o caso da República Federal da Alemanha, que não cogita de inelegibilidade por razão de parentesco, naturalmente com o objetivo altamente democrático de estender, o mais possível, aos cidadãos o direito de alcançarem os cargos públicos eletivos.

Convencidos da inteira pertinência da presente propositura, esperamos contar com o apoio de todos os nossos pares, a fim de que a preceituação constitucional pretendida passe a integrar o texto de nossa Lei Maior.

Sala das Comissões, 27 de maio de 1982.

DEPUTADOS: Renato Azeredo — Pimenta da Veiga — Jorge Vianna — Del Bosco Amaral — Mário Moreira — Luiz Baptista — José Maurício — Alceu Collares — Raimundo Diniz — Magnus Guimarães — Wildy Vianna — Haroldo Sanford — Mauro Sampaio — Jader Barbalho — Ernesto de Marco — Marcelo Linhares — Edson Vidigal — Emídio Perondi — Cláudio Philomeno — Leorne Belém — Cardoso Fregapani — Fernando Lyra — Nivaldo Krüger — Adhemar Santillo — Carlos Wilson — Arnaldo Schmitt — Inocêncio Oliveira — Artenir Werner — Luiz Leal — José Ribamar Machado — Oswaldo Melo — Joel Ferreira — Juarez Batista — Brabo de Carvalho — José Freire — Siqueira Campos — Alcebiades de Oliveira — Henrique Brito — Rômulo Galvão — Lúcio Cioni — Ailton Sandoval — Iranildo Pereira — Pedro Lucena — Djalma Bessa — Tidel de Lima — Walber Guimarães — Mendes de Melo — Antônio Mariz — José Carlos Vasconcelos — Darcy Pozza — Sebastião Rodrigues — Jorge Uequed — Rosa Flores — Evandro Ayres de Moura — Milton Cardoso — Castejon Branco —

José Bruno — Jerônimo Santana — Roque Aras — Alcir Pimenta — Simão Sessim — Walter de Prá — Aurélio Peres — Eplácio Cafeteira — Peixoto Filho — Cardoso Alves — Marcelo Cordeiro — Ruy Codo — Marcello Cerqueira (apoio) — Antônio Moraes — Hélio Duque — Fernando Cunha — Vieira da Silva — Sérgio Ferrara — Aldo Fagundes — Geraldo Bulhões — Dario Tavares — Victor Faccioni — Iturival Nascimento — Israel Dias-Novae — Jorge Coury — Sebastião Andrade — Flávio Chaves — Daso Coimbra — Maurício Fruet — Alberto Goldman — Carlos Santos — Bias Fortes — Luiz Baccarini — Roseburgo Romano — Márcio Macedo — José Costa — Álvaro Dias — Jorge Vargas — Lázaro de Carvalho — Delson Scarano — Nabor Júnior — Cardoso de Almeida — Mário Hato — Álvaro Valle — Walmor de Luca — Fued Dib — Athié Coury — Walter Silva — Horácio Ortiz — Ernesto Dall'Oglio — Lidovino Fanton — Jalro Magalhães — Carlos Cotta — Sílvio Abreu Júnior — Hildérico Oliveira — Ralph Biasi — Jorge Ferraz — Carlos Nelson — Miro Teixeira — Héitor Alencar Furtado — Oswaldo Lima — Iran Saralva — Samir Achôa — Edison Khair — Euclides Scalco — Walter Garcia — Paulo Marques — Olivir Gabardo — Pinheiro Machado — Henrique Alves — Pacheco Chaves — Jorge Arbage — Marcus Cunha — Bonifácio de Andrada — Ernani Satyro — Francisco Benjamin — Caio Pompeu — Airton Soares — Adhemar de Barros Filho — Jorge Moura — Ângelo Magalhães — Flávio Marcílio — Herbert Levy — Rafael Faraco — Freitas Nobre — Antônio Dias.

SENADORES: Dirceu Cardoso — Tancredo Neves — Mauro Benevides — José Richa — Almir Pinto — José Fragelli — Helvídio Nunes — Bernardino Viana — Gabriel Hermes — Milton Cabral — Passos Pôrto — Jorge Kalume — Aderbal Jurema — Alberto Silva — Lourival Baptista — Lázaro Barboza — Benedito Ferreira — José Lins — Evelásio Vieira — João Lúcio — Raimundo Parente — Dinarte Mariz — Laélia de Alcântara — Alexandre Costa — Afonso Camargo.

Foi encaminhada à Presidência Proposta de Emenda à Constituição contendo matéria análoga à da Proposta nº 27, de 1982, na ocasião tramitando com a Proposta nº 25, de 1982.

Nos termos do § 5º do art. 124 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, segundo subsidiário do Regimento Comum, a Presidência determinou a anexação às propostas em andamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 30, de 1982 (7).

Foi lida a seguinte:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 30, DE 1982

Altera dispositivos referentes ao Colégio Eleitoral.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º — Os parágrafos do art. 74 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 74 —

§ 1º — O Colégio Eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de Delegados das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais.

§ 2º — Cada Assembléia Legislativa indicará, dentre seus membros, três Delegados e mais um por milhão de habitantes, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro Delegados.

§ 3º — Cada Câmara Municipal elegerá, dentre seus membros, um Delegado.

(7) DCN — Sessão Conjunta — 3-6-82, pág. 1.058.

§ 4º — A composição e o funcionamento do Colégio Eleitoral serão regulados por lei complementar."

Art. 2º — O caput e os parágrafos do art. 75 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

"**Art. 75** — O Colégio Eleitoral reunir-se-á a 15 de outubro do ano anterior àquele em que findar o mandato presidencial.

§ 1º — Os Senadores e Deputados federais, componentes do Colégio Eleitoral, reunir-se-ão na sede do Congresso Nacional.

§ 2º — Em cada Estado, os Deputados estaduais e os Vereadores, na qualidade de Delegados, no mesmo dia e hora em que estiverem reunidos os Senadores e Deputados federais, reunir-se-ão nas sedes das Assembléias Legislativas, com a presença de um representante do Tribunal Regional Eleitoral, para eleição do Presidente da República.

§ 3º — A votação dos Delegados das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais será realizada simultaneamente com a dos demais componentes do Colégio Eleitoral.

§ 4º — Será considerado eleito Presidente da República o candidato que, registrado por Partido Político, obtiver maioria absoluta de votos.

§ 5º — Se nenhum candidato obtiver maioria absoluta na primeira votação, os escrutínios serão repetidos, e a eleição dar-se-á no terceiro, por maioria simples.

§ 6º — O mandato do Presidente da República é de seis anos."

Justificação

A permanência do processo de eleição indireta para a Presidência da República vem exigindo dos políticos brasileiros a definição de novas fórmulas para torná-lo mais representativo das diversas correntes de pensamento que estão presentes em nossa sociedade. Para tanto, torna-se necessário uma ampliação do Colégio Eleitoral, onde se realiza a eleição, com uma participação, também a nível municipal, de Vereadores eleitos pelas respectivas Câmaras.

O Município desempenha, sem dúvida, um papel crucial como célula política da Nação, embora muito esteja ainda por ser feito para seu efetivo fortalecimento. A medida ora proposta é uma tentativa de, exatamente, promover tal fortalecimento político do municipalismo pelo fato de virem a participar da eleição do Presidente da República Vereadores de todos os Municípios brasileiros.

Com isso, o processo eleitoral irá ganhar em legitimidade, já que nele estarão envolvidos este contingente de eleitores sintonizados com os problemas que nossas comunas enfrentam. Não só estarão presentes os Deputados federais e Senadores, além dos Deputados estaduais, eleitos pelas respectivas Assembléias, mas também os Municípios levarão ao Colégio Eleitoral, através do voto de seus Vereadores, os anseios de seus habitantes.

O outro objetivo desta Proposta é evitar o deslocamento dos Delegados das Assembléias Legislativas até a Capital Federal. Será mais econômico e cômodo que eles se reúnam, juntamente com os Delegados das Câmaras Municipais, nas capitais estaduais.

Com a aprovação da Emenda Constitucional que tornou diretas as eleições para Governadores, as Câmaras Municipais, que tinham representantes nos Colégios Eleitorais dos Estados, perderam tal representação.

A presente Proposta de Emenda, a qual, certamente, terá o apoio dos membros do Congresso Nacional, pretende justamente trazer a participação dos Vereadores à eleição do supremo magistrado da Nação.

DEPUTADOS: Henrique Brito — Nilson Gibson — Leur Lomanto — José Amorim — Raymundo Diniz — Antônio Valadares — Francisco Rollemberg — Braga Ramos — Ernesto de Marco — Rômulo Galvão — Natal Gale — Jayro

Maltoni — Hermes Macedo — Antônio Ueno — Wáldmir Bellinati — Menandro Minahim — Ruy Bacelar — Fernando Magalhães — Osvaldo Melo — Antônio Amaral — Nasser Almeida — Josué de Souza — Manoel Gonçalves — Augusto Lucena — Bezerra de Melo — Sebastião Andrade — Manoel Ribelro — Joaquim Guerra — Mauro Sampaio — Inocêncio Oliveira — Ângelo Magalhães — Afrísio Vieira Lima — Júlio Martins — Jorge Arbage — Vingt Rosado — Wanderley Mariz — Antônio Florêncio — Altair Chagas — Túlio Barcellos — Paulo Guerra — Cláudio Strassburger — Correia Lima — Horácio Matos — Salvador Julianelli — Antônio Mazurek — Alípio Carvalho — Cristino Cortes — Raul Bernardo — Evandro Ayres de Moura — Hélio Campos — Nagib Haickel — Antônio Pontes — Jorge Paulo — Victor Faccioni — Alcebiades de Oliveira — Jairo Magalhães — Pedro Corrêa — Álvaro Gaudêncio — Bonifácio de Andrada — Antônio Gomes — Nelson Morro — Paulo Studart — Telêmaco Pompei — Antônio Dias — Isaac Newton — Castejon Branco — Wildy Vianna — Amílcar de Quelroz — Paulino Cicero de Vasconcelos — Wilson Braga — Maluly Neto — Ney Ferreira — Adalberto Camargo — Alcides Franciscato — Athlê Coury — Claudino Sales — Glóia Júnior — João Faustino — Siqueira Campos — Hugo Napoleão — Roberto Galvani — Joacil Pereira — Theodorico Ferraço — Adolpho Franco — José Torres — Ricardo Fiúza — Albérico Cordeiro — Léo Simões — Leorne Belém — José Ribamar Machado — Deilson Scarano — Navarro Vieira Filho — José Carlos Fagundes — Ademar Pereira — Ernani Satyro — Christiano Dias Lopes — João Arruda (apoloamento) — Diogo Nomura — Feu Rosa — Geraldo Guedes — Paulo Lustosa — Flávio Marcillo — Marcelo Linhares — Gomes da Silva — Adriano Valente — Manoel Novaes — Cesário Barreto — Vicente Guabiroba — Christóvam Chiaradia — Aécio Cunha — Adhemar de Barros Filho — Alair Ferreira — Rafael Faraco — José Mendonça Bezerra — Walter de Castro — Francisco Benjamim — Odolfo Domingues — Rogério Rego — Ary Kffuri — Paulo Pimentel — Ossian Araripe — Aduino Bezerra — Ubaldo Barém — Hélio Levy — Francisco Rossi — Luiz Rocha — José de Castro Coimbra — Ítalo Conti — Humberto Souto — Adhemar Ghisi — Octávio Torrecilla — Francisco Leão — Pedro Germano — Reinhold Stephanes — Haroldo Sanford — Carlos Alberto — Edson Lobão — Emíldio Perondi — Darcy Pozza — Guido Arantes — Cláudio Philomeno — Stoessel Dourado — Joel Ribeiro — Vieira da Silva.

SENADORES: Luiz Viana — Helvídio Nunes — Passos Pôrto — Laélia de Alcântara — João Lúcio — Dinarte Mariz — José Lins — Aderbal Jurema — Benedito Ferreira — Alberto Silva — Jutahy Magalhães — João Calmon — Nilo Coelho — Luiz Cavalcante — Murilo Badaró — Almir Pinto — Eunice Michilles — Raimundo Parente — Benedito Canelas — Gabriel Hermes — Alexandre Costa — Martins Filho — Bernardino Viana — Jorge Kalume — Dirceu Cardoso.

A proposição lida foi encaminhada à Comissão Mista anteriormente designada para emitir parecer sobre as Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 25 e 27, de 1982.

Foi lido o seguinte

REQUERIMENTO

Ex.º Sr.

Senador Jarbas Gonçalves Passarinho
MD Presidente do Congresso Nacional
Brasília

Os membros abaixo assinados da Comissão Mista incumbida de examinar a Mensagem Presidencial nº 50/82-CN (nº 189/82, na origem) (8), vêm perante V. Ex.ª expor e finalmente requerer o seguinte:

I — durante a sessão da Comissão Mista realizada no dia 17 de junho de 1982, os abaixo assinados apresentaram ao Presidente da Comissão, Senador José

(8) DCN — Sessão Conjunta — 19-6-82, pág. 1.199.

Fragelli, um requerimento, de cópia anexa, assinado pelo Deputado Jorge Arbage e pelo Deputado Jairo Magalhães, Relator da Proposta de Emenda, solicitando prorrogação do prazo dos trabalhos da Comissão, por 5 (cinco) dias, a fim de permitir ao Relator o tempo necessário à melhor apresentação do seu parecer e a todos os membros da Comissão maior prazo para exame e discussão e conseqüente votação da matéria;

II — o requerimento em apreço foi embasado no disposto nos arts. 153 e 147 do Regimento Interno do Senado, como subsidiário do Regimento Comum do Congresso Nacional, bem assim na praxe sempre observada nas comissões congressuais de qualquer natureza, e visava evitar os prejuízos causados por manobra obstrucionista já em curso para frustrar a votação do parecer do Relator;

III — o Presidente da Comissão indeferiu, de ofício, o requerimento em referência, com base no disposto no art. 132, § 1º, do Regimento Comum, alegando, além do mais, o que se contém no art. 20 do citado Regimento;

IV — os membros da Comissão, protestando contra essa decisão, recorreram, de imediato, ao plenário da mesma Comissão Mista, recurso que foi igualmente negado pelo Presidente, com base, mais uma vez, no art. 132, *caput*, do Regimento Comum, e isso apesar de requerida pelos líderes José Lins e Jorge Arbage a observância do disposto no art. 446 do Regimento Interno do Senado;

V — levantada "questão de ordem" e diretamente através de novo requerimento, de cópia também anexa, para que ouvisse a presidência a Comissão de Justiça sobre a sua decisão, o Presidente igualmente indeferiu o pedido, recusando-se, mais uma vez, a submeter o assunto à deliberação do plenário da Comissão, já agora também com base no art. 133 do Regimento Comum;

VI — os membros da Comissão, pelas razões acima expostas, e por outras que melhor lhes dêem apoio regimental, sentindo-se prejudicados com a manifesta e ostensiva parcialidade do Presidente da Comissão, recorrem, já agora, diretamente a V. Exª para que tenham assegurada a prorrogação de prazo requerida tempestivamente, conforme o exposto nos itens I e II do presente expediente, que abaixo subscrevem;

VII — requerem, igualmente, que lhes seja assegurada a aplicação do disposto no art. 20 do Regimento Comum, no que concerne à apreciação da emenda substitutiva do Relator pelo Congresso, se necessário.

Sala da Sessão da Comissão Mista, às vinte e três horas do dia 17 de junho de 1982. — José Lins — Jorge Arbage — Jairo Magalhães — Nilson Gibson — Moacyr Dalla — Osvaldo Melo — Lenoir Vargas — Luiz Braz — Guido Arantes — Aloysio Chaves — Passos Pôrto — Jorge Kalume.

REQUERIMENTOS REFERIDOS

REQUERIMENTO

Requeremos, nos termos do Regimento, que a Presidência se digne prorrogar por 5 (cinco) dias o prazo para melhor exame, discussão e votação do parecer do Ilustre Deputado Jairo Magalhães.

Sala da Comissão Mista, 17 de junho de 1982. — Jorge Arbage, pela Liderança do PDS — Jairo Magalhães.

REQUERIMENTO

Requeremos, face ao indeferimento de V. Exª ao requerimento que propõe prorrogação de prazo para o Relator concluir seu parecer, que seja ouvido o plenário, nos termos do § 1º do art. 132 do Regimento Comum do Congresso Nacional.

Sala das Comissões, 17 de junho de 1982. — José Lins — Jorge Arbage.

O expediente lido foi encaminhado ao Presidente do Senado, Jarbas Passarinho.

Falaram como líderes os Deputados Odacir Klein, Jorge Arbage e Pimenta da Veiga.

O SR. PRESIDENTE (Passos Pôrto) — Na sessão conjunta realizada dia 18, às 11 horas ⁽⁹⁾, foi lido requerimento, encaminhado à Mesa pelos membros da bancada do Partido Democrático Social integrantes da Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre as Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 25, 27 e 30, de 1982, que, historiando o ocorrido na reunião do dia 17 da referida Comissão, solicitou, à vista dos fatos apontados, que fossem asseguradas a prorrogação do prazo da Comissão e a aplicação do disposto no art. 20 do Regimento Comum, no referente à apreciação, pelo Plenário, da emenda substitutiva do Relator.

Na ocasião, exercendo a presidência da sessão, achei por bem, considerando ser um dos signatários do requerimento, encaminhá-lo à decisão de S. Ex^a o Presidente do Senado Federal.

Nesta oportunidade, passo a dar conhecimento ao Plenário da decisão do Presidente sobre aquele requerimento.

“Quanto à pretendida prorrogação do prazo, apesar de exaustivamente comprovado, através da gravação daquela reunião, que os trabalhos da Comissão não se realizaram com obediência às normas regimentais, a Presidência resolve manter o princípio adotado pelos demais presidentes que o antecederam, não intervindo na autonomia das comissões. Assim, embora constatando a ocorrência de irregularidades nos trabalhos daquela Comissão, a Presidência indefere o requerimento nessa parte.

Quanto à segunda solicitação, trata-se da aplicação, pura e simples, de normas regimentais, e a interpretação dessas normas leva-nos a admitir a postulação, independentemente mesmo de requerimento.

Senão, vejamos:

Dispõe o art. 20 do Regimento Comum que:

“Esgotado o prazo destinado aos trabalhos da Comissão sem a apresentação do parecer, este deverá ser proferido oralmente, em Plenário, por ocasião da discussão da matéria.”

E o parágrafo único do art. 13 do mesmo Regimento estabelece:

“O parecer do Relator será conclusivo e conterà, obrigatoriamente, a sua fundamentação.”

Não esclarece, entretanto, em que poderá consistir a conclusão do parecer oral do Relator. Nesse ponto, o Regimento Comum é omissivo, o que nos leva ao Regimento Interno do Senado, que, nos termos do disposto no art. 151 do Regimento Comum, é seu primeiro subsidiário.

Dispõe o art. 163 do Regimento Interno do Senado:

“Se o parecer oral concluir pela apresentação de requerimento, projeto ou emenda, o texto respectivo deverá ser remetido à Mesa, por escrito, assinado pelo Relator.”

E o seu art. 270 cataloga o substitutivo como emenda, ao estabelecer, no § 5º:

“A emenda que substituir integralmente o projeto terá, em seguida ao número, entre parênteses, a indicação “substitutivo”.”

No caso em apreço, não há inovação. Inúmeras vezes, o Congresso Nacional, com base nessas mesmas disposições, tem deliberado sobre proposições apresentadas como conclusão de parecer proferido oralmente em Plenário.

(9) DCN — Sessão Conjunta — 23-6-82, pág. 1.237.

Podemos citar caso recente, ocorrido na sessão conjunta realizada no dia 15 do corrente mês, às 11 horas, quando o nobre Senador Itamar Franco, em parecer oral, proferido em Plenário, ofereceu, como conclusão do mesmo, um projeto de decreto legislativo.

Entretanto, em se tratando de Proposta de Emenda à Constituição, há de se observar a formalidade de a emenda substitutiva, apresentada como conclusão do parecer oral, estar assinada por, no mínimo, 1/3 dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em obediência ao disposto no § 3º do art. 47 da Constituição."

Esta a decisão.

— Questões de ordem dos Deputados Odacir Klein, Athiê Coury e Airtón Soares sobre a decisão prolatada pela presidência sobre o requerimento de membros da Comissão Mista que examinou a Mensagem Presidencial nº 50, de 1982 (CN).

A Presidência respondeu às questões de ordem suscitadas.

IV — Discussão em 1º turno

Parecer oral

Na sessão conjunta do Congresso Nacional em 23 de junho de 1982, às 19 horas⁽¹⁰⁾, para discussão da Proposta nº 25/82 e dependendo de parecer da Comissão Mista⁽¹¹⁾, o Deputado Pimenta da Veiga formulou questão de ordem solicitando **reconsideração** da decisão da Presidência do Congresso Nacional proferida em sessão anterior, concernente à matéria, tendo em vista os argumentos expendidos por S. Ex^ª

A Presidência esclareceu sua isenção ao decidir sobre o requerimento subscrito por parlamentares do PDS integrantes da Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre a matéria, bem como o não-acolhimento, pelas razões expostas, das questões de ordem formuladas pelos Srs. Odacir Klein e Itamar Franco.

Após a Presidência prestar esses esclarecimentos, o Senador Itamar Franco interpôs **recurso** da decisão da Presidência. Acolhido, o mesmo foi remetido **ex officio** à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Parecer oral proferido pelo Relator da matéria:

O SR. JAIRO MAGALHÃES (PDS — MG) (Para emitir parecer.) — Sr. Presidente, (...) o Poder Executivo remeteu ao Congresso Nacional a mensagem referente à Proposta de Emenda à Constituição de nº 25/82, à qual foram anexadas as de n.ºs 27 e 30, de 1982.

A Proposta representa, em última análise, o atendimento a postulações que, ao longo do tempo, vêm sendo feitas não só pelos Partidos, como também pelos parlamentares, estes através de inúmeras proposições.

É proposto, fundamentalmente, o seguinte:

- 1) Autoconvocação do Congresso Nacional.

(10) DCN — Sessão Conjunta — 24-6-82, pág. 271.

(11) Dispõe o art. 20 do Regimento Interno:

"Esgotado o prazo destinado aos trabalhos da Comissão sem a apresentação do parecer, este deverá ser proferido oralmente, em Plenário, por ocasião da discussão da matéria."

Propõe-se que o Congresso Nacional possa ser convocado por 2/3 dos membros de cada Casa.

Trata-se do aproveitamento da redação dada pela Proposta de Emenda à Constituição nº 59/80, apresentada à consideração do Congresso através de expressivos nomes das Casas Legislativas, sob a égide do saudoso Deputado Djalma Marinho, acompanhado de Flávio Marcílio, Célio Borja, Odacir Klein, Pimenta da Veiga, Roberto Freire, Luiz Viana Filho, José Lins, Aloysio Chaves, Tancredo Neves, Franco Montoro e Itamar Franco, entre tantos outros não menos ilustres, e mais modestamente este Relator.

2) Da mesma forma, a redação dada ao § 5º do art. 32, referente aos crimes de segurança nacional, encontra respaldo naquela proposição.

3) O aumento do número de Deputados é o atendimento ao anseio de uma expressiva maioria de parlamentares que apolavam a denominada Emenda Moacyr Dalla.

4) A não-aplicação da exigência constitucional de obtenção de 5% do eleitorado na eleição, distribuídos em nove Estados, sendo 3% em cada um, nada mais representa que a postulação feita pelos chamados pequenos Partidos ao Governo, face ao pequeno lapso de tempo existente entre a vigência da norma e o pleito.

5) A nova sistemática na aprovação dos projetos do Executivo para os quais tenha sido solicitado prazo especial de tramitação é um atendimento parcial do que foi sugerido na Proposta de Emenda nº 59/80, eis que amplia o prazo do decurso para mais cinco sessões subseqüentes, em dias sucessivos, após vencido o prazo inicial, com a inclusão automática do projeto na ordem do dia, em regime de urgência.

6) No que se refere às imunidades parlamentares, a Proposta procura concretizar providências que estabelecem normas inovadoras no dispositivo constitucional competente, procurando-se alcançar uma nova experiência.

A inviolabilidade assegurada ao parlamentar no **caput** do art. 32 da Constituição Federal somente não abrange os chamados crimes contra a honra, não mais fazendo referência aos crimes contra a segurança nacional.

Por outro lado, no que a Proposta ressalva da inviolabilidade — crimes contra a honra —, há com certeza o propósito de reprimir abusos no que concerne a esses crimes, e encontra-se paradigma em Constituições modernas e pronunciamentos de exegetas e dos próprios tribunais do nosso País.

A Profª Fernanda Dias Menezes, filha do ex-Deputado Dias Menezes, em sua tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo, publicada pela Câmara dos Deputados, manifesta-se:

"Dir-se-ia que subjetiva é a conceituação dos delitos que atingem a honra e que contra a sua exclusão do manto imunitório não nos insurgimos. O certo é que nos parece difícil admitir que a honra alheia seja matéria atinente à função parlamentar, cujo desempenho a inviolabilidade visa favorecer."

De igual forma, não se pode desconhecer o trecho do voto do Ministro Cordeiro Guerra no Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a exegese do art. 32:

"Ao contrário do que se procura sustentar, de que a exceção prevista no art. 32 (casos de injúria, difamação ou calúnia) é antidemocrática ou inaceitável, lembro que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada a 10 de dezembro de 1948, em Paris, no seu art. 12 diz: Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais inter-

ferências ou ataques. Assim, nossa Constituição, antes de ser restritiva, consagra o princípio da defesa da honra de todos os cidadãos. Para persuadir não é preciso injuriar."

Relativamente à imunidade processual, "a proposta visa a excluir do texto constitucional o princípio da improcessabilidade dos Deputados e Senadores sem prévia licença da respectiva Câmara, substituindo-o, no entanto, por novos mecanismos mais eficazes e adequados ao nosso tempo. A Câmara e o Senado ficam investidos, pela Proposta, de competência discricionária para sustar o processo contra qualquer de seus membros, condicionada a decisão à iniciativa da Mesa competente e ao **quorum** da maioria absoluta", nos termos da Exposição de Motivos do Sr. Ministro da Justiça.

7) Redução dos prazos de desincompatibilização constantes do art. 151.

Procura-se ajustar a matéria à realidade. Os prazos fixados pela Emenda Constitucional nº 19/81 foram desnecessariamente longos para o caso.

8) Instituição do voto distrital misto a partir de 1986 e na forma que a lei estabelecer.

Propõe-se a introdução, no texto constitucional, do sistema distrital misto para a eleição dos Deputados federais. Trata-se, realmente, de matéria polêmica, eis que encontra respaldo doutrinário por parte de grande corrente de estudiosos da ciência política e também é combatida por outras. Na área parlamentar contemporânea, lembramos Milton Campos, Oscar Dias Correa, Franco Montoro e Gustavo Capanema, dentre os que propuseram o instituto sob as mais variadas formas.

A limitação do recrutamento de candidatos a uma área restrita, a um pequeno círculo, tem a grande vantagem de facilitar a comunicação do eleitor com o eleito, aproximando o eleitor do candidato, o que torna mais autêntica a representação. Cada Deputado eleito pelo sistema distrital majoritário representa uma comunidade definida. Sua adoção em conciliação com a representação proporcional foi sugerida pelo eminente historiador e publicista João Camilo de Oliveira Torres, que apontava dois objetivos principais para esta conciliação: "baratear as eleições e, pois, criar ambiente para o combate à corrupção; estabelecer uma relação efetiva entre o corpo eleitoral e o corpo representativo, de modo a saber o eleitor quem elegeu e o representa". Ainda como vantagem do sistema distrital, considera o mesmo autor o fato de que ele "diminui a massificação do povo, reduzindo o eleitorado ao ideal clássico: associações para determinados fins; anula a influência da propaganda e de outros fatores semelhantes. Além disso, reduzindo o número de candidatos, facilita a escolha do eleitor consciente, que não ficaria, como hoje, perplexo em face da multidão de candidatos".

Mantendo a Proposta, além do voto majoritário, o proporcional, ficará assegurada a representação das minorias com uma distribuição gradativa das tendências do eleitorado.

Não obstante, a aplicação da nova sistemática ainda nas eleições de 15 de novembro do corrente ano seria prematura, bem como o estabelecimento na Constituição do **modus** a ser adotado. Por isso, estabeleceu-se que a lei ordinária disporá a respeito e a aplicação do sistema só se dará em 1986.

Necessário se faz salientar, no entanto, que na elaboração da lei ordinária, levando-se em conta as prolapadas e abalzadas manifestações expendidas na matéria, pesará a conclusão de que o distrito eleitoral e a sublegenda não se compatibilizam. E, daí, cada Partido só comparecerá ao pleito, nesse território, com apenas um candidato e o respectivo suplente.

9) Descoincidência do pleito municipal com as eleições gerais.

Propõe-se a descoincidência do pleito municipal com as eleições gerais do País, eis que, realmente, o eleitor e candidatos ficariam sobrecarregados se ficasse mantida a coincidência atual. Para isso, fica fixado excepcionalmente um mandato de cinco anos para os Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores a serem eleitos em 1982.

10) Ampliação do **quorum** para aprovação de emendas constitucionais para 2/3.

A Proposta atende, nesse particular, a um imperativo imposto pela natureza das Constituições, as quais devem ser dotadas de uma relativa rigidez que lhes assegure uma certa estabilidade. A exigência da Constituição vigente para ser emendada (apenas maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso) toma o processo de aprovação de emendas semelhante ao das leis complementares. É da tradição de nossas Constituições cercar de cautelas o poder de emendar o texto constitucional.

EMENDAS PERANTE A COMISSÃO

Foram apresentadas à Proposta, e despachadas pelo Presidente da Comissão ao Relator, nove emendas, as quais passamos a relatar:

EMENDA Nº 1

(Substitutivo)

Autores: Deputado Flávio Márcilio e outros.

A emenda visa a alteração de vários dispositivos constitucionais:

1) Autoconvocação por metade dos membros da Câmara ou do Senado Federal.

Pretende a Proposta que a autoconvocação se faça a requerimento de metade dos membros de cada Casa. Entendemos que a Proposta do Governo melhor dispõe sobre a matéria. A Câmara dos Deputados regularmente delibera **com a presença da maioria absoluta** e em outros casos, especificamente qualificados, **com o voto da maioria absoluta**. Nunca com a metade dos seus membros, o que presume o empate. No caso, trata-se de uma situação especialíssima, para a qual deve existir uma decisão decorrente de um consenso interpartidário, e não apenas de uma bancada majoritária.

É bom que se lembre da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 59/80, em que a fórmula da autoconvocação por 2/3 dos membros de cada Casa foi adotada pelos propositores e aceita pelos mais ilustres membros da Oposição e do Partido situacionista componentes da Comissão Mista. Portanto, sente-se o Relator muito à vontade para não adotar a emenda.

2) Acrescenta ao art. 29 dois incisos, e altera a redação do **caput** do mesmo.

Não vemos necessidade na alteração proposta, eis que o disposto na redação atual já define bem a matéria.

Alterações ao art. 30.

Inspirados na emenda, estamos modificando a letra **d** do art. 30, para que se viabilizem, mais amplamente, os pedidos de informações ao Executivo.

Somos, ainda, pela alteração da letra **g** do mesmo dispositivo, para que se eliminem as restrições pertinentes a missões temporárias do parlamentar no exterior.

Por último, retiramos do art. 30 as letras **b** e **f**, disposições restritivas hoje à ação parlamentar.

A partir dessas eliminações, qualquer das Casas do Congresso Nacional poderá, a critério seu, realizar mais de uma sessão ordinária por dia. E, no que tange às CPIs, a Câmara e o Senado não mais estarão condicionados quer quanto ao seu funcionamento na sede do Congresso, quer quanto a recursos para apoio às suas atividades.

3) Imunidades e inviolabilidades.

A matéria já foi por nós analisada no relatório.

4) Supressão da infidelidade partidária por abandono de Partido.

A Constituição Federal consagra o Partido Político como o veículo através do qual a política é exercida no País, chegando a destinar-lhe um capítulo.

Por outro lado, o nosso sistema representativo se baseia no funcionamento dos Partidos. Como, então, não os prestigiar? Como aceitar que o Deputado ou Senador possa eleger-se por um Partido, dele, inclusive, utilizar-se através da

legenda para completar o quociente eleitoral não atingido, e, depois, simplesmente abandoná-lo sem qualquer impedimento?

A propósito, disse João Mangabeira, cujos predicados mais do que nós poderão atentar os nobres subscritores da própria emenda:

"Se a Constituição assegura a representação proporcional dos Partidos nacionais na composição da Câmara, disso decorrem deveres para Partidos e partidários. Se o Deputado eleito por um Partido dele é expulso ou o abandona, e conserva o mandato que por ele obteve, a representação proporcional que a Constituição assegurou está falseada. Seria o caso da lei declarar tal procedimento incompatível com o decoro parlamentar. Se a lei assim declarasse, creio que ninguém teria tal procedimento, pela certeza de que a Câmara respectiva lhe imporá a pena do § 2º do art. 48 da Constituição.

Se a Constituição assegura a existência e a representação proporcional dos Partidos nacionais nas Assembléias Legislativas, se o povo não pode eleger senão representantes de Partido, óbvio que estes se obrigam a cumprir o programa partidário, sob pena de se tratar com o mais afrontoso desprezo o sufrágio eleitoral e de transformar-se a eleição numa cilada. Qualquer pessoa é livre de entrar ou sair de um Partido. Não é livre, porém, como representante desse Partido, de votar contra os princípios articulados no seu programa ou as deliberações regularmente tomadas em suas Convenções, sob pena de falsear o espírito do nosso regime, numa de suas bases vitais.

A eleição da Câmara dos Deputados pelo sistema proporcional e a existência de Partidos nacionais, cuja representação proporcional a Constituição lhes assegura, são princípios fundamentais do nosso regime. Assim, o eleitor vota, pelo Código atual, na legenda de um Partido ou nos candidatos que este registrou. Votando numa ou noutros, ele vota de fato e em substância no Partido que escolheu, com um programa previamente registrado. O voto é uma adesão a esse programa. Se, portanto, o representante vota contra o programa do Partido sob cuja legenda se elegeu, tal representante afronta o regime constitucional e subverte e despreza os princípios cardiais de sua representação. Esse procedimento poderá, sem dúvida, ser, por lei, capitulado como incompatível com o decoro parlamentar."

Por outro lado, a nova redação proposta para o § 5º do art. 152 parece-nos imperfeita. É que a regra do dispositivo em tela é a **perda da filiação partidária**; no entanto, ao final, ressalva aqueles que deixam o Partido sob cuja legenda se elegeram para participar da fundação de novo Partido. Ora, a redação desse dispositivo, com a ressalva final, teria sentido dentro do enfoque atual: "Perderão o mandato (...) ou deixarem o Partido (...)", salvo se participarem como fundadores, isto é, perderá o mandato o parlamentar que deixar o Partido, salvo (não perderá) se fundar novo Partido.

Na proposta do ilustre parlamentar, há, assim, uma certa incoerência nos termos da redação, levando-nos a concluir que o congressista poderia ficar filiado a dois Partidos a um só tempo.

5) Inclusão dos cargos de Governadores do Distrito Federal e Territórios e Secretários de Território e alteração da redação do mesmo dispositivo (art. 36).

Somos favoráveis à inclusão do cargo de Governador do Distrito Federal e Territórios dentre os que podem ser exercidos pelo parlamentar sem a perda do mandato. Quanto aos Secretários de Territórios, entendemos não ser procedente a postulação.

No que se refere ao apêndice "não podendo dela desistir", relacionado com a licença solicitada pelo Deputado para trato de doença ou para interesses particulares, julgamos desnecessário, pois a regra é dada pelo próprio dispositivo. Ora, há uma severa cominação de perda do mandato para a licença com menos de cento e vinte dias. Portanto, é inteiramente inócua a ressalva, pois, se o parlamentar se licencia por cento e vinte dias e dela desiste, a licença torna-se por prazo inferior ao estabelecido, o que ocasiona a perda do seu mandato.

Por essa razão, é evidente que não poderemos adotar a emenda.

6) Competência privativa para elaborar projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos.

A alteração como foi proposta não nos parece positiva. Hoje, o texto constitucional dá à Câmara a privacidade para propor projetos de lei dessa natureza.

Alterar o verbo **propor** por **elaborar**, no caso, pouco modifica, eis que o texto continua a referir-se a **projeto de lei**; portanto, sujeito à sanção.

Se o autor pretendeu dar à Câmara a exclusiva competência para tratar da matéria, independentemente do Poder Executivo, através da sanção, deveria ter-se referido a **projeto de resolução** conforme vigente na Constituição de 1946.

7) Decurso de prazo para aprovação de projetos.

A proposta para a redação do § 3º do art. 51 de igual forma não nos sensibiliza. Praticamente, estaremos instituindo um novo tipo de decreto-lei. Ora, se vencidos os prazos sem deliberação, pode o Presidente da República declarar em vigor o projeto. E isso não seria nada mais e nada menos que a instituição de uma nova forma de decreto-lei, **sui generis**, e versando qualquer matéria; tudo, porém, com a agravante de que o Presidente da República poderia expedir tal norma legal sem a audiência ou a manifestação do Senado Federal. Pela proposta, um projeto que tenha tramitado na Câmara sem a deliberação final poderá ser posto em vigência por ato do Presidente da República. Por outro lado, a manutenção da sistemática da aprovação por decurso já foi por nós mencionada em outros comentários.

8) Decretos-leis.

Propõe a supressão do inciso III do art. 55, justamente o que se refere à criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Ora, mantido o **caput** do artigo, não vemos por que eliminar o inciso. Se a condição básica é não aumentar a despesa, não achamos justificável a supressão pretendida. A prática nos tem mostrado que a faculdade constitucional vigente permite ao Executivo fixar os vencimentos dos servidores públicos, o que ocorre geralmente em janeiro, quando o Congresso se acha em recesso, evitando o prejuízo do servidor. Por outro lado, reduzir o prazo para 40 dias não nos parece razoável.

A redação proposta pelo § 2º do art. 55 traz um vício de técnica quando dispõe sobre a inclusão automática do decreto-lei na ordem do dia. É que o decreto-lei não é incluído em pauta, mas o projeto de decreto legislativo que o aprova ou não.

9) Veto.

Ora, o próprio texto esclarece que não se vota o veto, mas sim o **projeto vetado**. Portanto, o Congresso apenas vai reexaminar a proposição vetada.

Se a votação da matéria, anteriormente, foi pública e ostensiva, por que a mesma matéria deve ser reapreciada secretamente? Daí não aceitarmos o que é proposto.

10) Extensão aos Presidentes da Câmara e Senado Federal da competência do Presidente da República quanto ao registro de atos (art. 72).

Alega o autor que não há razão para se atribuir somente ao Presidente da República tal competência, porque o Tribunal de Contas da União está vinculado ao Poder Legislativo. **Data venia**, o nosso entendimento é exatamente ao contrário. Justamente porque o Tribunal de Contas está vinculado ao Legislativo, não se deve dar a este Poder tal competência já atribuída a um órgão correlacionado.

Ainda que se admitisse tal coisa, deveria ser por aprovação das Casas, e não pelo Presidente **ad referendum** daquelas.

11) Comparecimento do Presidente da República para entrega da mensagem anual.

Realmente, não há necessidade político-constitucional em que o Presidente compareça pessoalmente para a entrega da mensagem. A tradição brasileira e a experiência do regime presidencialista não aconselham esse procedimento.

12) Supressão do § 3º do art. 152.

O dispositivo é salutar para o nosso sistema representativo, que adota o multipartidarismo; porém, sem excessos que levem a uma multiplicidade de agremiações partidárias.

A respeito da necessidade de preservar a criação de Partidos, diz Paulino Jacques:

“Norma edificante das associações políticas, que com isso se fortalecem e prestigiam, afastando os influxos nocivos dos partidecos que tanto infelicitaram a nossa democracia.”

A proposta do Governo aceita em parte a sugestão, mas transfere para 1986 a aplicação da norma, tendo em vista o pouco tempo de sua vigência.

13) Supressão do parágrafo único do art. 154 e do inciso V do art. 35.

A supressão pretendida parece estabelecer correlação com a nova redação proposta para o § 5º do art. 32. Entendemos que o dispositivo referente ao abuso do direito individual ou político é princípio constitucional moderno com paralelo em várias Constituições de países democráticos, sobretudo na Europa. Como não há na justificativa do autor maiores considerações a respeito dessa intenção, deixamos de analisá-la mais profundamente, registrando aqui as altas intenções do ilustre Deputado cearense e a relevância de suas considerações.

Pela **aprovação parcial**.

EMENDA Nº 2

(Substitutivo)

Autores: Deputado Ulysses Guimarães e outros.

A proposição, a exemplo da anterior, pretende alterações várias ao texto constitucional.

1) **Autonomia municipal/mandato dos Prefeitos.**

Pretende o ilustre autor fixar na Constituição Federal a duração do mandato dos Prefeitos Municipais. Em que pese aos altos objetivos collimados, devemos lembrar que a Constituição Federal apenas deve estabelecer parâmetros com os cargos respectivos da União. A Constituição estadual e à Lei Orgânica dos Municípios cabe mais adequadamente tratar da matéria respeitado o limite da duração do mandato federal correspondente.

Por outro lado, pretende — através da supressão do § 1º do art. 15, segundo sua justificativa — retirar do texto constitucional as exceções à autonomia dos Municípios. Parece ter havido equívoco por parte dos ilustres proponentes, uma vez que com a simples retirada do dito § 1º do art. 15 não se elimina a possibilidade de nomeação dos Prefeitos em área de segurança nacional. O referido parágrafo apenas indica que o Governador nomeará aquela autoridade com a aprovação do Presidente da República. Ora, com a supressão do citado dispositivo, o Governador não mais nomeará, mas não significa que o Prefeito será eleito, eis que o inciso VII do art. 81 continua dispondo que cabe privativamente ao Presidente da República aprovar a nomeação dos Prefeitos dos Municípios considerados de interesse da segurança nacional. A Proposta não exclui este último dispositivo (inciso VII do art. 81), e o autor isso não propôs. Portanto, afigura-se-nos inócua a pretensão, na forma apresentada.

2) **Autoconvocação do Congresso.**

Pretende a proposta que a autoconvocação do Congresso se faça a requerimento de 1/3 dos membros de cada Casa. O próprio autor, em sua justificativa, lembra que, na oportunidade em que se apreciou a Proposta de Emenda à Constituição nº 59/80, chegou-se à fórmula adotada na Proposta governamental, ou seja, 2/3 dos membros de cada Casa. Essa fórmula, com esse **quorum**, alcançou

aprovação à época, em memorável reunião da Comissão Mista, em que foi derrotado o parecer do Relator, pelos mais ilustres membros da Oposição nesta Casa, como os Deputados Pimenta da Veiga, João Linhares, Roberto Freire, José Costa e Luiz Leal e os Senadores Cunha Lima, Henrique Santillo, Itamar Franco, Pedro Simon e Evelásio Vieira, complementados por dois ilustres Deputados do Partido situacionista, Célio Borja e Siqueira Campos. Portanto, ao adotarmos a Proposta do Governo em termos de 2/3, sinto-me bastante à vontade para o fazer.

3) Pedidos de informações e Comissões Parlamentares de Inquérito.

Propõe a restauração dos requerimentos de informações sem qualquer limitação. Entendemos que deve realmente caber à Câmara a faculdade de formular requerimentos de informações ao Executivo, mas com limitações quanto à matéria.

Lamentavelmente, a proposta não nos dá tal oportunidade, quando simplesmente institui a faculdade de forma dupla.

4) Imunidades parlamentares.

Assunto já analisado no relatório.

5) Art. 39.

Propõe nova redação ao artigo, disciplinando o sistema de representação proporcional e estabelecendo eleições no Distrito Federal. No § 1º estabelece uma graduação para o cálculo do número de Deputados segundo os índices populacionais.

Quanto à primeira parte, o nosso parecer sobre a instituição do sistema distrital misto já define nossa posição. Quanto à inclusão do Distrito Federal, realmente os autores não justificaram a pretensão. Não basta uma declaração de que se trata de uma aspiração majoritária de sua gente. E temos tido exemplos disso quando das votações de propostas já oferecidas nesse sentido, oportunidades em que o anúncio se fez amplamente, por todos os meios de comunicação de Brasília, convocando-se o povo para passeatas e presença maciça no Congresso Nacional. O resultado tem sido sempre a presença de uma minúscula representação do Distrito Federal, já conhecida, geralmente com manifestações radicais imprevistas.

O problema da representação política de Brasília, Capital da República, envolve vários aspectos de alta complexidade, o que reclama mesmo estudos mais acurados e apreciação de alternativas.

6) Quorum de emendas à Constituição.

Já analisado no relatório.

7) Decurso de prazo.

Sugere a proposta nova fórmula de inclusão de projeto em pauta após vencido o prazo solicitado pelo Executivo, até que seja aprovado ou rejeitado, sobrestando todas as demais matérias.

O que realmente se inova, em face da situação atual, é que, além de não se acelerar o andamento do projeto, que, por lhe ter sido deferido o prazo, tem uma urgência, iremos ainda bloquear a pauta das demais matérias em tramitação na Casa.

Aliás, esse é o argumento do próprio autor quando comenta o problema do prazo para a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição, item V da justificativa: "A manutenção de um prazo de tramitação das emendas à Constituição é de todo saudável. Impede que centenas delas acumulem-se na pauta do Congresso e é fator mobilizador dos parlamentares".

Da mesma maneira, não podemos aceitar o argumento que expressamente foi posto de que "o princípio universal é de que um projeto só pode ser aprovado pelo voto positivo da maioria, e não com a ausência de sua votação", isto porque o próprio autor da proposta e propugnador desse argumento sugere, para o § 2º do art. 32 a aprovação da licença para processo de Deputado por decurso de prazo.

8) Decreto-lei.

Elimina-se aqui o decurso de prazo e faculta-se a apresentação de emendas. Já analisada no relatório a adoção do sistema preconizado e por nós defendido.

9) Veto.

A proposta coincide com a da Emenda nº 1, já analisada.

10) Eleição do Presidente da República.

O autor deixou de expender argumentos para justificar sua posição. Também nós deixaremos de fazê-lo mais detidamente, registrando porém que o sistema atual já foi consagrado não só pelo Congresso Nacional, mas também pelo povo, que, após a primeira eleição indireta realizada no País, voltou a manifestar-se pelas urnas, por 5 vezes com a participação da Oposição, que teve candidatos próprios em vários pleitos.

Não se trata aqui de discutir em tese a eleição direta do Presidente da República, ou os aspectos da eleição indireta. É um problema de opção, que poderá ser ocasional ou não.

11) O voto e o sufrágio.

A alteração proposta ao art. 148 já tem a solução clara com a alteração proposta para o art. 39, a que já nos reportamos.

12) Não propõe o autor uma alternativa para um dispositivo que trata do abuso do direito individual ou político. Simplesmente sugere a sua supressão. Chega a dizer que seria viável um mecanismo de defesa das instituições, mas não o apresenta. A revogação do dispositivo pura e simples importa em desguardar a Nação contra os abusos. Trata-se de uma disposição genérica para todo cidadão. E, *data venia*, não conflita o princípio do citado parágrafo com os artigos dos direitos e garantias individuais, como pretendem os seus autores, pois estão aqueles inscritos como garantidos à medida que não haja o abuso deles por alguém. Não concordamos com a mera supressão do art. 154. Tivesse o autor apresentado concretamente uma alternativa, estaríamos prontos a acolhê-la.

13) Acesso ao rádio e à televisão.

Não entendemos tratar-se de matéria de ordem constitucional, segundo a sistemática de nossa Carta Magna.

Pela **rejeição**.

EMENDA Nº 3

Autores: Deputado Ruy Côdo e outros.

A emenda se nos afigura impertinente ao texto constitucional e contrária à filosofia da Lei Maior no que tange a emendas ao projeto do orçamento.

Pela **rejeição**.

EMENDA Nº 4

Autores: Deputado Ruy Côdo e outros.

Em que pese ao substancial trabalho do autor, a emenda, que se compõe de duas partes não nos parece compatível com a matéria objeto da apreciação.

O conteúdo da Proposta revela significativo interesse para uma camada da população, que há de ter toda a assistência do poder público.

A segunda parte da emenda, referente ao art. 177, se nos afigura desnecessária, eis que se trata de mero reforço de recomendação.

Pela **rejeição**.

EMENDA Nº 5

Autores: Deputado Walter de Prá e outros.

Parece-nos procedente a emenda. No entanto, entendemos que tal alteração só deve ser aplicada em Municípios com mais de um milhão de habitantes. Por isso, sugerimos a alteração em termos de subemenda, a ser inserida em substitutivo que propomos.

Subemenda à Emenda nº 5

Acrescente-se ao art. 15 o seguinte § 5º:

“§ 5º — Nos Municípios com mais de um milhão de habitantes, o número de Vereadores será de trinta e três.”

EMENDA Nº 6

Autores: Deputado Marcelo Linhares e outros.

A emenda envolve vários dispositivos:

1) **Art. 29, § 1º, c)** por iniciativa de dois terços de uma das Câmaras.

A matéria trata de convocação extraordinária do Congresso Nacional, o que, salvo melhor juízo, deve sempre ter a participação dos membros das duas Casas no ato da propositura.

2) Propõe o número de 504 Deputados, a serem eleitos pelo sistema distrital majoritário na forma da lei.

Entendemos ser melhor a redação da proposta no que tange ao sistema distrital misto, majoritário e proporcional, na forma que a lei estabelecer. Quanto ao número de Deputados, sugerimos o teto de 479 no substitutivo que estamos encaminhando à Mesa.

3) Propõe a oficialização de serventias judiciais e condiciona a das serventias extrajudiciais a lei complementar de iniciativa do Poder Executivo, ressalvando o direito dos titulares e assegurando a efetivação de Interinos e substitutos.

Efetivamente, procede a justificativa do autor quando transfere a oficialização das serventias extrajudiciais para outra oportunidade em que os Estados estejam em condições melhores para a fazer.

Não obstante, no que se refere ao § 3º do art. 206 proposto na emenda, entendemos de sugerir uma subemenda, a ser inserida no substitutivo que propomos.

Subemenda à Emenda nº 6

Mantém a redação proposta para o art. 206, suprime os seus parágrafos e acrescenta o art. 207:

“**Art. 207** — As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Parágrafo único — Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais do foro judicial, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício nessa condição e na mesma serventia até 31 de dezembro de 1983.”

EMENDA Nº 7

Autores: Deputado Ruy Côdo e outros.

Pretende praticamente revigorar o § 1º do art. 116 da Constituição de 1967, no que tange à criação de Tribunais de Recursos nos Estados.

A proposta do ilustre Deputado Ruy Côdo, nos termos da sua justificativa, não nos parece procedente. Entendemos que foi válida a alteração da Emenda Constitucional nº 7/77, aumentando o número de membros do Tribunal Federal de Recursos e suprimindo-se na Constituição a possibilidade de se criar mais dois outros tribunais nos Estados de São Paulo e Pernambuco.

Tal decisão visou a evitar a sobrecarga ao Supremo Tribunal Federal, colimado pela reforma do Judiciário, pois seriam inevitáveis as divergências entre os três tribunais, só restando então a Corte Suprema para dirimir.

Os conflitos seriam ainda mais numerosos se adotássemos a proposta do ilustre Deputado Ruy Codo, para que se criem, através de lei complementar, Tribunais Federais de Recursos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Bahia e Minas Gerais.

Por esta razão, somos pela **rejeição** da mesma.

EMENDA Nº 8

Autores: Deputado Siqueira Campos e outros.

A emenda visa a reduzir ainda mais os prazos para desincompatibilização dos Ministros e Governadores de Estado para três meses.

Entendemos ser um prazo demasiadamente reduzido para que tais autoridades possam desincompatibilizar-se para se candidatarem a cargos eletivos.

Pela **rejeição**.

EMENDA Nº 9

Autores: Deputado Renato Azeredo e outros.

A emenda reduz o grau de parentesco para fins de inelegibilidade.

Justifica-se a proposta porque restabelece, além do mais, um princípio legal de antiga tradição no direito brasileiro.

Por esta razão, acolhemos a mesma em nosso substitutivo.

Pela **aprovação**.

Sr. Presidente:

Isto posto, somos pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 25 nos termos do substitutivo que apresentamos, o qual consubstancia o aproveitamento das Emendas n.ºs 5 e 6, nos termos de subemendas e nº 9, e a rejeição das demais, com a prejudicialidade das Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 27 e 30, anexadas.

É que, após o estudo minucioso da Proposta e das emendas, entendemos por bem apresentar o substitutivo, nos termos regimentais e com o apoio constitucional de 1/3 de cada Casa, pelo que passamos a expor o seguinte:

1) Aproveitamento das Emendas n.ºs 5 e 6, na forma de subemenda, e da nº 9, conforme já relatado, reunindo as alterações abaixo.

2) Aprovação do disposto na Emenda nº 1, quanto à inclusão no art. 36 da Constituição dos cargos de Governador do Distrito Federal e dos Territórios dentre os cargos que podem ser ocupados por parlamentares sem a perda do mandato, feita a devida adaptação.

3) A norma referente à instituição do sistema distrital misto no art. 39 estaria de certa forma deslocada, pois deveria constar do art. 148, onde se fixa a regra geral da representação partidária, o que providenciamos.

4) Do mesmo modo, pelo aumento do número de Deputados para 479, sendo quatro por Território. A iniciativa tem por escopo fixar um número que permita uma equanimidade no aumento das bancadas estaduais junto à Câmara Federal, procurando fazer com que Estado algum tivesse reduzido o seu número de representantes, inclusive os Territórios.

5) Quanto à sistemática referente ao decurso de prazo, embora reconheçamos que a proposta do Governo já ampliava de certa forma o prazo do decurso, entendemos de elevá-lo para 10 sessões.

6) Detendo-nos no estudo quanto à composição do colégio eleitoral e às alterações sugeridas pelas Propostas de Emenda anexadas, n.ºs 27 e 30/82, julgando procedente as ponderações de seus autores, elegemos um meio termo, estabelecendo um quantitativo fixo de representantes em número de 6 dentre os membros da Assembléia Legislativa e indicados pela bancada do Partido majoritário.

7) Do mesmo modo entendemos de transferir a eleição do Presidente da República para o dia 15 de janeiro do ano em que findar o mandato presidencial, eis que, na forma atual, há um lapso de tempo muito longo entre a eleição e a posse.

8) Quanto às desincompatibilizações, julgamos que no caso dos Secretários de Estado, presidente, diretor, superintendente de órgão da Administração Pública Direta ou Indireta incluídas as fundações e sociedades de economia mista, para os pleitos municipais, poderia o prazo ser reduzido para quatro meses.

9) No tocante ao mandato dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores a serem eleitos em 1982, a Proposta prevê um prazo de cinco anos. No entanto, entende o Relator que a diferença de apenas um ano entre duas eleições é diminuta, razão por que ampliou o mandato para cinco anos e onze meses.

10) Entendeu ainda o Relator em apresentar várias alterações de redação, a fim de melhor aprimorar a técnica da proposição.

Finalmente, quanto à alteração referente ao art. 206, objeto da emenda do nobre Deputado Marcelo Linhares, entendeu o Relator da necessidade de resolver, de uma só vez, a situação das serventias extrajudiciais.

Desde a oficialização promovida pelo art. 206, ficaram estas em situação anômala, eis que oficializadas e pendentes de uma regulamentação jamais ocorrida.

Com tal fundamento, embora assegurando o direito dos titulares e ainda o direito de efetivação aos substitutos de serventias vagas, desde que, até 31 de dezembro de 1983, contem cinco anos, estabelece-se a forma de provimento pela legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, mas fixando a obrigatoriedade do respeito ao princípio democrático da classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Para finalizar, agradece o Relator a colaboração dos parlamentares com a apresentação de suas sugestões e se permite transcrever um trecho do ilustre Senador Afonso Arinos quando, ao término dos trabalhos da Constituição de 1967, se dirigia ao não menos ilustre Senador Josaphat Marinho:

"Meu caro colega, fui o Líder da Minoria que mais tempo ficou nessa condição no Congresso. Fui durante sete anos Líder da Minoria na Câmara dos Deputados. Senti e muito bem, as suas dificuldades, as suas asperezas, as suas lutas, mas a grande lição que tive na Liderança da Minoria da Câmara dos Deputados é que não há duas condições nem duas espécies de brasileiros. Só existe uma espécie e uma condição de homem público brasileiro, que é aquele que deseja realmente trabalhar, se esforçar, viver, sofrer, calar sofrimentos em benefício do País e do seu povo. Estou certo de que V. Ex^a e os componentes da Minoria são dessa espécie de brasileiros com que me defronto desde os tempos de minha juventude (...) e por isso, nutro a segurança de que podemos ter o orgulho de que todo brasileiro, qualquer que seja a sua posição, a sua etiqueta dentro de uma Casa do Congresso, que ocupe uma ou outra ala de assentos dos representantes do povo, estará sempre em condições de esperar, de transacionar, de trabalhar para que as reivindicações possam ocorrer, num sentido de consolidação da ordem política do País."

Com este sentimento e absorvendo tais ensinamentos, estamos certos de cumprir com o nosso dever ao propor a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 25/82, nos termos do substitutivo a seguir, consubstanciando a aprovação das Emendas n.ºs 5 e 6 (com subemendas) e da Emenda nº 9, com a rejeição das demais, ficando prejudicadas as Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 27 e 30, de 1982.

Para concluir, cabe-me ainda dizer que as dificuldades político-econômicas da atual conjuntura nos obriga a ter uma visão realista do cenário nacional, procurando-se, de forma pragmática, alcançar quaisquer que sejam os caminhos e as aspirações maiores que são os de promovermos, para o povo brasileiro, conquista de uma democracia compatível com as melhores tradições de nossa terra.

SUBSTITUTIVO

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 25, DE 1982

Altera e acrescenta dispositivos à 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 — São alterados e acrescentados à Constituição Federal os seguintes dispositivos, renumerados os atuais artigos de 207 a 212 para, respectivamente, de 209 a 214:

“Art. 15 —

I — pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País;

.....
§ 5º — Nos Municípios com mais de um milhão de habitantes, o número de Vereadores será de trinta e três.

.....
Art. 29 —

§ 1º —

a) pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de sítio, de estado de emergência ou de Intervenção federal;

b) pelo Presidente da República, quando este a entender necessária; ou

c) por dois terços da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

.....
Art. 30 —

Parágrafo único —

.....
b) não será autorizada a publicação de pronunciamentos que envolvem ofensas às instituições nacionais, propaganda de guerra, de subversão da ordem política ou social, de preconceito de raça, de religião ou de classe, configurarem crimes contra a honra ou contiverem incitamento à prática de crimes de qualquer natureza;

c) a Mesa da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal encaminhará, por intermédio da Presidência da República, pedidos de informação sobre fato relacionado com matéria legislativa em trâmite ou sujeito à fiscalização do Congresso Nacional ou de suas Casas;

d) 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;

e) não será de qualquer modo subvencionada viagem de congressista ao exterior, salvo no desempenho de missão temporária da Câmara a que pertencer o Deputado ou Senador; e

f) será de dois anos o mandato para membro da Mesa de qualquer das Câmaras, proibida a reeleição;

.....
Art. 32 — Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra.

§ 1º — 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.

§ 2º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão.

§ 3º — Nos crimes comuns, imputáveis a Deputados e Senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderá a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo.

§ 5º — Nos crimes contra a segurança nacional, poderá o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e considerada a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 36 — Não perde o mandato o Deputado ou o Senador investido na função de Ministro de Estado, Governador do Distrito Federal, Governador de Território, Secretário de Estado e Prefeito de Capital ou quando ilicenciado por período igual ou superior a cento e vinte dias por motivo de doença ou para tratar de interesses particulares.

Art. 39 — A Câmara dos Deputados compõe-se de até quatrocentos e setenta e nove representantes do povo, eleitos, dentre cidadãos maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos, por voto direto e secreto em cada Estado ou Território.

§ 2º — Obedecido o limite máximo previsto neste artigo, o número de Deputados, por Estado, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, para cada Legislatura, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de sessenta ou menos de oito deputados.

§ 3º — Excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado na Câmara por quatro Deputados.

Art. 48 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em sessão conjunta do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas.

Art. 51 —

§ 3º — Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.

§ 4º — A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á, nos casos previstos neste artigo e no § 1º, no prazo de dez dias; findo este, se não tiver havido deliberação, aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior.

Art. 55 —

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.

Art. 74 —

§ 2º — Cada Assembléia terá seis Delegados indicados pela bancada do respectivo Partido majoritário, dentre os seus membros.

Art. 75 — O Colégio Eleitoral reunir-se-á na sede do Congresso Nacional a 15 de Janeiro do ano em que findar o mandato presidencial.

Art. 148 —

Parágrafo Único — Iguamente, na forma que a lei estabelecer, os Deputados federais e estaduais serão eleitos pelo sistema distrital misto, majoritário e proporcional.

Art. 151 —

§ 1º —

c) a inelegibilidade do titular efetivo ou interino de cargo ou função cujo exercício possa influir para perturbar a normalidade ou tornar duvidosa a legitimidade das eleições, salvo se se afastar definitivamente de um ou de outro, no prazo estabelecido em lei, o qual não será maior de seis meses nem menor de dois meses anteriores ao pleito, exceto os seguintes, para os quais fica assim estipulado:

- 1) Ministro de Estado, Governador e Prefeito — cinco meses;
- 2) Secretário de Estado, quando titular de mandato parlamentar e candidato à reeleição — quatro meses;
- 3) Secretário de Estado, presidente, diretor, superintendente de órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, incluídas as fundações e sociedades de economia mista — seis meses; quando candidatos a cargos municipais — quatro meses;
- d) a inelegibilidade, no território de jurisdição do titular, do cônjuge e dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro de seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição;

Art. 206 — Ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

Art. 207 — As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Art. 208 — Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

Art. 215 — Os mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores eleitos em 15 de novembro de 1982 terminarão em 31 de dezembro de 1988.

Art. 216 — Nas eleições de 15 de novembro de 1982, os Deputados serão eleitos exclusivamente pelo sistema proporcional e seu número, por Estado, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, proporcionalmente à popula-

ção, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de sessenta ou menos de oito Deputados, nem sofra redução no respectivo número fixado para a Legislatura iniciada em 1979.

Art. 217 — O disposto no item II do § 2º do art. 152 não se aplica às eleições de 15 de novembro de 1982."

DEPUTADOS: Jairo Magalhães — Cantídio Sampaio — Isaac Newton — Jorge Arbage — Sebastião Andrade — José Ribamar Machado — Hugo Napoleão — João Címaco — Ludgero Raulino — Milton Brandão — Cláudio Philomeno — Leorne Belém — Marcelo Linhares — Paulo Lustosa — Antônio Fiorêncio — Ernani Satyro — Geraldo Guedes — Inocêncio Oliveira — João Carlos de Carl — José Mendonça Bezerra — Nilson Gibson — Celso Carvalho — Honorato Vianna — José Amorim — Manoel Novaes — Christiano Dias Lopes — Theodorico Ferraço — Walter de Prá — Célio Borja — Christóvam Chiaradia — Telêmaco Pompei — Cunha Bueno — Athlé Coury — Bezerra de Melo — Cardoso de Almeida — Diogo Nomura — Erasmo Dias — Maluly Netto — Guido Arantes — Siqueira Campos — Ubaldo Barém — Alípio Carvalho — Norton Macedo — Adhemar Ghisi — Victor Fontana — Carlos Chiarelli — Hugo Mardini — Victor Faccioni — Antônio Pontes — Paulo Guerra — Júlio Martins — Adhemar de Barros Filho — Raymundo Diniz — Carlos Eloy — Augusto Trein — Alron Rios — Rezende Monteiro — João Alves — Prisco Vianna — Rômulo Galvão — Alcides Franciscato — Horácio Matos — Antônio Morimoto — Adolpho Franco — Braga Ramos — Igo Losso — Odulfo Domingues — Anísio de Souza — Djalma Bessa — Ruy Bacelar — Francisco Rossi — Josias Leite — Joel Ferrelra — Edilson Lobão — Alcebiades de Oliveira — Ney Ferrelra — Nélio Lobato — Jair Soares — Luiz Braz — Darcillo Ayres — Alair Ferrelra — Osmar Leitão — Lázaro Carvalho — José Torres — Rubem Medina — Simão Sessim — Saramago Pinheiro — Furtado Leite — Hélio Campos — José Camargo — Augusto Lucena — Oswaldo Coelho — Joaquim Guerra — Ricardo Flúza — Manoel Ribeiro — Lúcia Viveiros — Oswaldo Melo — Albérico Cordeiro — Nelson Morro — Adalberto Camargo — João Arruda — Ossian Araripe — José Carlos Fagundes — Gerardo Renault — Magalhães Pinto — Maurício Campos — Batista Miranda — Castejon Branco — Altair Chagas — João Alberto — Evandro Ayres de Moura — Mauro Sampaio — Gomes da Silva — Adauto Bezerra — Paulino Cícero — Pedro Corrêa — Geraldo Bulhões — Waldmir Beilnatti — José Machado — Bonifácio de Andrada — Antônio Ueno — Túlio Barcellos — Glória Júnior — Claudino Sales — Paulo Studart — Luiz Rocha — Nagib Haickel — Victor Trovão — Magno Bacelar — Vieira da Silva — Temístocles Teixeira — Nosser Almeida — Amílcar de Queiroz — Josué de Souza — Wilson Braga — Joacil Perelra — Álvaro Gaudêncio — Marcondes Gadelha — Ademar Perelra — Antônio Gomes — Octávio Torracilla — Antônio Zacharias — Francisco Leão — Roberto Carvalho — Jorge Paulo — Salvador Julianelli — Herbert Levy — Natal Gale — Sílvio Lopes — Rafael Faraco — José Fernandes.

SENADORES: Nilo Coelho — José Lins — Helvídio Nunes — Bernardino Viana — Moacyr Dalla — Lourival Baptista — João Lúcio — Martins Filho — Aloysio Chaves — Aderbal Jurema — Amaral Pelxoto — Passos Pôrto — Milton Cabral — Benedito Ferrelra — Lenoir Vargas — João Calmon — Gabriel Hermes — Luiz Fernando Freire — Hugo Ramos — Dinarte Mariz — Amaral Furlan — Jorge Kalume — Lomanto Júnior.

Sr. Presidente, quero acreditar que, pelo fato de os nobres Deputados da Oposição não terem feito, até aqui, qualquer aparte ao Relator, eles aprovaram o substitutivo. (Muito bem. Palmas.)

O SR. PRESIDENTE (Passos Pôrto) — Em discussão o projeto e o substitutivo.

— Questão de ordem do Deputado João Gilberto e respondida pela presidência, atinente à distribuição de avulsos.

— Questão de ordem do Senador Humberto Lucena não acolhida pela presidência, sobre a inclusão, no substitutivo oferecido pelo Relator, de dispositivos novos sem a exigência de subscritores.

— Interposição de **recurso** do Senador Humberto Lucena contra a decisão da presidência sobre questão de ordem suscitada por S. Ex^a

— Acolhimento do **recurso** interposto pela presidência e enviado **ex officio** à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Continuando a discussão da matéria, usaram da palavra os Deputados Odacir Klein, como líder, e Edson Vidigal.

Face à inexistência de **quorum** para o prosseguimento da sessão, o Presidente convocou sessão conjunta, destinada à continuação da discussão da Proposta de Emenda à Constituição nº 25/82, do substitutivo apresentado, e das Propostas n.ºs 27 e 30, de 1982.

No prosseguimento da discussão, em sessão convocada para o dia 24 de junho, às 9:30 horas ⁽¹²⁾, ocuparam a tribuna os Deputados Walter de Prá, João Gilberto e Hélio Duque.

O Presidente comunicou ao plenário que, esgotado o período regimental da sessão, a discussão da matéria estava automaticamente encerrada, nos termos regimentais.

V — **Votação em 1º turno**

A 24 de junho ⁽¹³⁾, o Congresso reuniu-se, em sessão vespertina, para a votação em 1º turno da Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 1982:

Foi lido o seguinte:

REQUERIMENTO Nº 24, DE 1982 (CN)

Senhor Presidente:

Requeiro, nos termos do art. 40 do Regimento Comum, o adiamento por 48 (quarenta e oito) horas, da votação das Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 25, 27 e 30, de 1982.

Sala das Sessões, 24 de junho de 1982. — **Odacir Klein**, Líder do PMDB.

No encaminhamento da votação do requerimento, usaram da palavra os Deputados Adhemar Santillo e Ricardo Fiúza e os Senadores Humberto Lucena (*) e Aderbal Jurema.

Procedida a votação do requerimento, verificou-se o seguinte resultado:

Câmara dos Deputados: 218 votos **não**.

O requerimento foi rejeitado na Câmara e, em conseqüência, não foi submetido ao Senado Federal.

— Explicação pessoal do Senador José Fragelli a respeito dos trabalhos da Comissão Mista, presidida por S. Ex^a

(12) **DCN** — Sessão Conjunta — 26-6-82, pág. 1.303.

(13) **DCN** — Sessão Conjunta — 25-6-82, pág. 1.327.

(*) O Senador Humberto Lucena pronunciou discurso que, entregue à revisão do orador, foi publicado no **DCN** — Sessão Conjunta — 29-6-82, pág. 1.378.

Foram lidos os seguintes:

REQUERIMENTO Nº 25, DE 1982 (CN)

Senhor Presidente:

Nos termos regimentais, requeiro preferência para votação do substitutivo oferecido pelo Relator às Propostas de Emenda à Constituição n.ºs 25, 27 e 30, de 1982.

Sala das Sessões, 24 de junho de 1982. — **Djalma Bessa.**

REQUERIMENTO Nº 26, DE 1982 (CN)

Senhor Presidente:

Requeiro, nos termos regimentais, preferência para a votação da Emenda nº 2 (Substitutivo) à Proposta de Emenda à Constituição nº 25/82.

Sala das Sessões, 24 de junho de 1982. — **Odacir Klein, Líder do PMDB.**

Votação do Requerimento nº 25, de 1982 (CN):

Votação no Senado Federal: **Aprovado.**

Votação na Câmara dos Deputados: **Aprovado.**

Aprovado o requerimento de preferência para votação do substitutivo apresentado pelo Relator, ficou prejudicado o Requerimento nº 26/82 (CN), igualmente lido nesta oportunidade.

De acordo com a deliberação do plenário, foi anunciada a votação do substitutivo oferecido pelo Relator.

Usaram da palavra para encaminhamento da votação da matéria os Senadores Benedito Ferreira, Marcos Freire (*), José Fragelli e Affonso Camargo e os Deputados Ricardo Fiúza, Aírton Soares, Eloar Guazelli, José Carlos Vasconcelos, Odacir Klein, Jorge Cury e Magnus Guimarães e o Senador Lázaro Barboza.

Procedida a votação, verificou-se o seguinte resultado:

Câmara dos Deputados: 228 votos **sim** e 2 **não**.

Senado Federal : 35 votos **sim** e nenhum contrário.

Aprovado o substitutivo em 1º turno, ficou prejudicada a Proposta de Emenda à Constituição nº 25/82, bem como as de n.ºs 27 e 30/82, que com ela tramitavam em conjunto.

Foi apresentada a seguinte declaração de voto:

Declaração de Voto

Sr. Presidente, o conceito de que "o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, a menos que transforme a força em direito e a obediência em dever" nunca esteve tão vivo como neste momento, porquanto, pela aspereza de uma legislação revolucionária excrescente, transforma-se a força em direito e a obediência em dever.

(*) O Senador Marcos Freire pronunciou discurso que, entregue à revisão do orador, foi publicado no DCN — Sessão Conjunta — 29-6-82, pág. 1.378.

O hino de amor e de esperança, que é a liberdade de voto nesta Casa, cuja dignidade jamais deveria sujeitar-se a transações, expressa-se, infelizmente, em oração de angústia e de saudades, e amortalha os corações democráticos, a prenuclar o trágico naufrágio de nossas mais puras tradições libertárias.

A minha voz, Sr. Presidente, alteia-se em cóleras santas para repetir, mesmo com modéstia, mas com profundo respeito e admiração, o que o grande Rui disse com maestria no passado: "Hoje em dia, de tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver crescer as injustiças; de tanto ver agigantar-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, rir-se da honra, e tem vergonha de ser honesto".

Pelo imperativo de uma lei autoritária, gerada no ventre espúrio do desrespeito às instituições e às autoridades constituídas, devo dizer **sim**, quando a consciência dita-me a dizer **não**. Mas peço, Sr. Presidente, que este **sim**, diferente de tantos outros **sim** dados neste plenário sacrossanto, traduza-se, como explosão de agudo grito sem voz, como a angústia da palavra sem som, como o desespero do gesto sem movimento, em homenagem a todos os verdadeiros democratas com assento nesta Casa, àqueles que, na vida pública, só têm compromisso com as liberdades e com as instituições legitimamente constituídas e, em defesa delas, sempre preferiram emagrecer com honra a engordar na desonra.

Sr. Presidente, o triunfo desta batalha coube, sem dúvida alguma, à prepotência, mas a honra da luta ficou com os que protestaram.

Sala das Sessões, 24 de junho de 1982. — Deputado **Haroldo Sanford**.

VI — Discussão e votação em 2º turno

As 20 horas e 40 minutos do dia 24 de junho ⁽¹⁴⁾, teve início a sessão convocada pelo Presidente para discussão em 2º turno da Proposta de Emenda à Constituição nº 25/82, nos termos do substitutivo aprovado em 1º turno. A discussão foi encerrada, sem debates.

Foi colocada a matéria em votação, em 2º turno, constatando-se o seguinte resultado:

Câmara dos Deputados: 223 votos **sim** e 1 voto **não**.

Foi aprovado na Câmara o substitutivo, em 2º turno.

Senado Federal : 35 votos **sim** e nenhum contrário.

Foi também aprovado no Senado.

VII — Promulgação

Na sessão solene do Congresso Nacional realizada a 29 de junho ⁽¹⁵⁾, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 22, de 1982.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 22

Altera e acrescenta dispositivos à 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 — São alterados e acrescentados à Constituição Federal os seguintes dispositivos, renumerados os atuais artigos de 207 a 212 para, respectivamente, de 209 a 214:

"Art. 15 —

(14) DCN — Sessão Conjunta — 25-6-82, pág. 1.347.

(15) DCN — Sessão Conjunta — 30-6-82, pág. 1.359.

I — pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País;

§ 5º — Nos Municípios com mais de um milhão de habitantes, o número de Vereadores será de trinta e três.

Art. 29 —

§ 1º —

- a) pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de sítio, de estado de emergência ou de intervenção federal;
- b) pelo Presidente da República, quando este a entender necessária; ou
- c) por dois terços da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Art. 30 —

Parágrafo único —

- b) não será autorizada a publicação de pronunciamentos que envolverem ofensas às instituições nacionais, propaganda de guerra, de subversão da ordem política ou social, de preconceito de raça, de religião ou de classe, configurarem crimes contra a honra ou contiverem incitamento à prática de crimes de qualquer natureza;
- c) a Mesa da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal encaminhará, por intermédio da Presidência da República, pedidos de informação sobre fato relacionado com matéria legislativa em trâmite ou sujeito à fiscalização do Congresso Nacional ou de suas Casas;
- d) 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;
- e) não será de qualquer modo subvencionada viagem de congressista ao exterior, salvo no desempenho de missão temporária da Câmara a que pertencer o Deputado ou Senador;
- f) será de dois anos o mandato para membro da Mesa de qualquer das Câmaras, proibida a reeleição;

Art. 32 — Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra.

§ 1º — 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.

§ 2º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão.

§ 3º — Nos crimes comuns, imputáveis a Deputados e Senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderá a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo.

§ 5º — Nos crimes contra a segurança nacional, poderá o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e considerada a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 36 — Não perde o mandato o Deputado ou o Senador investido na função de Ministro de Estado, Governador do Distrito Federal, Gover-

nador de Território, Secretário de Estado e Prefeito de capital ou quando licenciado por período igual ou superior a cento e vinte dias, por motivo de doença ou para tratar de interesses particulares.

Art. 39 — A Câmara dos Deputados compõe-se de até quatrocentos e setenta e nove representantes do povo, eleitos, dentre cidadãos maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos, por voto direto e secreto em cada Estado ou Território.

§ 2º — Obedecido o limite máximo previsto neste artigo, o número de Deputados, por Estado, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, para cada Legislatura, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de sessenta ou menos de oito Deputados.

§ 3º — Excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado na Câmara por quatro Deputados.

Art. 48 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, a Proposta será discutida e votada em sessão conjunta do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas.

Art. 51 —

§ 3º — Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos; se ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.

§ 4º — A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á, nos casos previstos neste artigo e no § 1º, no prazo de dez dias; findo este, se não tiver havido deliberação, aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior.

Art. 55 —

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.

Art. 74 —

§ 2º — Cada Assembléia terá seis Delegados indicados pela bancada do respectivo Partido majoritário, dentre os seus membros.

Art. 75 — O Colégio Eleitoral reunir-se-á na sede do Congresso Nacional a 15 de janeiro do ano em que findar o mandato presidencial.

Art. 148 —

Parágrafo único — Iguamente na forma que a lei estabelecer, os Deputados federais e estaduais serão eleitos pelo sistema distrital misto, majoritário e proporcional.

Art. 151 —

§ 1º —

- c) a inelegibilidade do titular efetivo ou interino de cargo ou função cujo exercício possa perturbar a normalidade ou tornar duvidosa a legitimidade das eleições, salvo se se afastar definitivamente de um ou de outro no prazo estabelecido em lei, o qual não será maior de seis meses nem menor de dois meses anteriores ao pleito, exceto os seguintes, para os quais fica assim estipulado:
- 1) Ministro de Estado, Governador e Prefeito — cinco meses;
 - 2) Secretário de Estado, quando titular de mandato parlamentar e candidato à reeleição — quatro meses;
 - 3) Secretário de Estado, presidente, diretor, superintendente de órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, incluídas as fundações e sociedades de economia mista — seis meses; quando candidatos a cargos municipais — quatro meses;
- d) a inelegibilidade, no território de jurisdição do titular, do cônjuge e dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado, ou Território, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

.....

Art. 206 — Ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

Art. 207 — As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Art. 208 — Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

.....

Art. 215 — Os mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores eleitos em 15 de novembro de 1982 terminarão em 31 de dezembro de 1988.

Art. 216 — Nas eleições de 15 de novembro de 1982, os Deputados serão eleitos exclusivamente pelo sistema proporcional e seu número, por Estado, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de sessenta ou menos de oito Deputados, nem sofra redução no respectivo número fixado para a Legislatura iniciada em 1979.

Art. 217 — O disposto no Item II do § 2º do art. 152 não se aplica às eleições de 15 de novembro de 1982.”

Brasília, 29 de junho de 1982.

A Mesa da Câmara dos Deputados: **Nelson Marchezan**, Presidente — **Haroldo Sanford**, 1º-Vice-Presidente — **Furtado Leite**, 1º-Secretário — **Carlos Wilson**, 2º-Secretário — **José Camargo**, 3º-Secretário.

A Mesa do Senado Federal: **Jarbas Passarinho**, Presidente — **Passos Pôrto**, 1º-Vice-Presidente — **Gilvan Rocha**, 2º-Vice-Presidente — **Cunha Lima**, 1º-Secretário — **Jorge Kalume**, 2º-Secretário — **Itamar Franco**, 3º-Secretário — **Jutahy Magalhães**, 4º-Secretário.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar).

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 74.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 70)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“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.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL” (2ª ed.)

- 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 de novembro de 1979)

- Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente
- Exposição de Motivos do Anteprojeto

“DIREITO FINANCEIRO” (3ª ed. – 1981; adendo – 1982)

- Lei nº 4.320/64. Normas disciplinadoras da matéria. Plano de contas único da Administração Direta.

“CÓDIGO DE MENORES” (ed. 1982)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa).

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(7ª edição – março de 1982)

Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/72 a 21/81.

Emenda Constitucional nº 22, de 1982, em encarte.

Minucioso índice temático.

“CÓDIGO PENAL” (edição 1982)

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado
- Índice temático

“PROCESSO LEGISLATIVO” (3ª edição atualizada e ampliada – 1982)

- Iniciativa das Leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.

- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência, Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.
- Competência privativa do Senado Federal.
- Requerimentos que podem ser apresentados no Senado Federal.
- Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.
- Impedimento de Parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (4ª edição – 1982)

Leis e Instruções que regularão as eleições de 1982.

Textos atualizados, consolidados, anotados e indexados:

- Código Eleitoral
- Lei Orgânica dos Partidos Políticos
- Lei das Inelegibilidades
- Lei de Transporte e Alimentação
- Lei das Sublegendas

Legislação alteradora e correlata.

Instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 74 (abril/junho de 1982) a 77 (janeiro/março de 1983).

Preço: Cr\$ 1.400,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília - DF - 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

**Rede de Bibliotecas depositárias
das publicações da
Subsecretaria de Edições Técnicas**

**Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito**