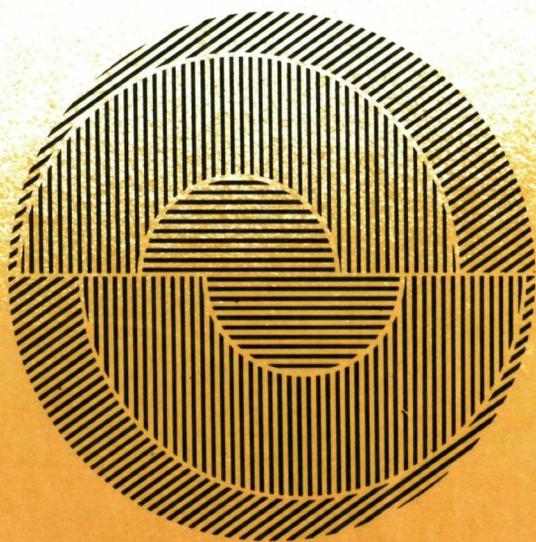


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 100

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 25 n. 100 outubro/dezembro 1988

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

**Fundadores:**

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

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

**LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL**  
(1964-1988)

---

---

**Direção:**

**ANNA MARIA VILLELA**

---

---

**Chefe de Redação:**

**PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO**

---

---

**Chefe de Diagramação e Revisão:**

**JOÃO EVANGELISTA BELÉM**

---

---

**Capa de GAETANO RÉ**

**Composição e Impressão:**  
Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	n. 100	a. 25	out./dez. 1988
-----------------	----------	--------	-------	----------------

---

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

---

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

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

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE	
Sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 .....	5
<b>COLABORAÇÃO</b>	
A vocação dos séculos e o direito romano. O ensino, a doutrina e a legislação. Um novo direito romano não europeu. Exemplos do passado e do presente. A África do Sul. O "uti possidetis" e o mundo moderno. Os "servi terrae" do mundo atual. O monopólio das terras rurais e a enfiteuse. A usura internacional. As reformas agrárias. Sobrevivência da latinidade — <i>Sílvio A. B. Meira</i> .....	19
A nova Constituição e sua contradição ideológica — Senador <i>Leite Chaves</i> .....	39
Aspectos da nova Constituição — <i>Marcelo Pimentel</i> .....	41
O Mandado de Injunção — <i>Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira</i> ..	47
O exílio do povo e a alienação do direito — <i>R. A. Amaral Vieira</i> ..	63
O Congresso brasileiro e o regime autoritário — <i>Antônio Carlos Pojo do Rego</i> .....	67
CPI e Constituição: Um caso concreto — <i>Alaor Barbosa</i> .....	85
A participação política da mulher — <i>Joaquim Lustosa Sobrinho</i> .....	113
Ombudsman para o Brasil? — <i>Daisy de Asper y Valdés</i> .....	117
Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i> .....	127
O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Alguns aspectos — <i>Gílmar Ferreira Mendes</i> .....	163
Programa de desenvolvimento para uma alta administração da Justiça — <i>Evandro Gueiros Leite</i> .....	175
A eletividade da magistratura no Brasil — <i>Orlando Soares</i> .....	185
Linchamentos: do arcaico ao moderno — <i>José Arthur Rios</i> .....	207
Poder cautelar geral do juiz — Ministro <i>Sydney Sanches</i> .....	239
A teoria das ações em Pontes de Miranda — <i>Clóvis do Couto e Silva</i> ..	249

La necesaria motivación de las resoluciones judiciales — <i>Antonio María Lorca Navarrete</i> .....	257
A proibição de analogia no direito tributário — <i>Ricardo Lobo Torres</i> .....	261
A prescrição da ação penal-econômica perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CAD — <i>José Inácio Gonzaga Franceschini</i> .....	269
O futuro do mercado de capitais — <i>Arnoldo Wald</i> .....	287
Arbitragem internacional. Percalços & entraves — <i>Marcos A. Raposo</i> .....	291
Reforma agrária no Brasil — <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i> .....	303
Da responsabilidade civil do Estado — <i>Manoel Caetano Ferreira Filho</i> .....	323
O seguro da responsabilidade civil — <i>Voltaire Marensi</i> .....	337
A TVA e o direito de autor — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	347
Evolução histórica do instituto da cessão de contratos — <i>Antonio da Silva Cabral</i> .....	351
A atividade pesqueira e suas implicações jurídico-penais — <i>Licínio Barbosa</i> .....	367
A iniciativa das leis pelo Tribunal de Contas — <i>Raimundo de Menezes Vieira</i> .....	385
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	395

# ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

## Sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia

Deputado ULYSSES GUIMARÃES  
(PMDB—SP)

Excelentíssimo Senhor Presidente da República, José Sarney.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Senado Federal, Humberto Lucena.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer.

Senhores Membros da Mesa da Assembléia Nacional Constituinte.

Eminente Relator Bernardo Cabral.

Preclaros Chefes do Poder Legislativo de nações amigas.

Insignes Embaixadores, saudados no Decano D. Carlos Furno.

Excelentíssimos Senhores Ministros de Estado.

Excelentíssimos Senhores Governadores de Estado.

Excelentíssimos Senhores Presidentes de Assembléias Legislativas.

Dignos Líderes Partidários.

Autoridades civis, militares e religiosas, registrando o comparecimento do Cardeal D. José Freire Falcão, Arcebispo de Brasília, e de D. Luciano Mendes de Almeida, Presidente da CNBB.

Discurso proferido pelo Constituinte ULYSSES GUIMARÃES, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, na Sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Prestigiosos Senhores Presidentes de Confederações.

Senhoras e Senhores Constituintes.

Minhas Senhoras e meus Senhores.

Dois de fevereiro de 1987: “ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar”. São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou.

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.

Num País de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora.

Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo.

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da Democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela não haveria a cruz nem os evangelhos.

A Assembléia Nacional Constituinte rompeu contra o *stablishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações.

Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna.

O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas no longo trajeto das Subcomissões à Redação Final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de dez mil postulantes franquearam, livremente, as onze entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, Comissões, galerias e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio.

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica.

O inimigo mortal do homem é a miséria. Não há pior discriminação do que a miséria. O Estado de Direito, consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no artigo 5.º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: "A Constituição Cidadã".

Vivenciados e originários dos Estados e Municípios, os Constituintes haveriam de ser fiéis à Federação. Exemplarmente o foram.

No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despautério: o Estado contra o País, quando o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado.

É elementar: não existe Estado sem País nem País sem a geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos problemas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha.

A civilização e a grandeza do Brasil percorreram rotas centrífugas e não centrípetas.

Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca, mas exata, de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente.

Foi também indômita vocação federativa que inspirou o gênio de Juscelino Kubitschek, que plantou Brasília longe do mar, no coração do sertão, como a Capital da interiorização e da integração.

A Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das Províncias. Comprimidas pelo centralismo, há o perigo de serem empurradas para a secessão.

É a irmandade entre as regiões. Para que não se rompa o elo, as mais prósperas devem colaborar com as menos desenvolvidas. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil.

As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos Estados e dos Municípios. O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto.

A Constituição reabilitou a Federação ao alocar recursos ponderáveis às unidades regionais e locais, bem como a arbitrar competência tributária para lastrear-lhes a independência financeira.

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios.

Se a Democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são Governo o Executivo e o Legislativo.

O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos parlamentos contemporâneos.

É axiomático que muitos têm maior probabilidade de acertar do que um só. O Governo associativo e gregário é mais apto do que o solitário. Eis outro imperativo de governabilidade: a co-participação e a co-responsabilidade.

Cabe a indagação: instituiu-se no Brasil o tricameralismo ou fortaleceu-se o unicameralismo, com as numerosas e fundamentais atribuições cometidas ao Congresso Nacional? A resposta virá pela boca do tempo. Faça votos para que essa regência trina prove bem.

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo Mandado de Injunção.

A confiabilidade do Congresso Nacional permite que repita, pois tem pertinência, o *slogan*: "Vamos votar, vamos votar", que integra o folclore de nossa prática constituinte, reproduzido até em horas de diversão e em programas humorísticos.

Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da Democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar pelo referendo projetos aprovados pelo Parlamento.

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador.

A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública.

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo: do direito de receber informações dos órgãos públicos; da prerrogativa de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas

judiciais; da fiscalização das contas dos Municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às Comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do Estado ou do Município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização.

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação, permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição Coragem, a Constituição Cidadã, a Constituição Federativa, a Constituição Representativa e Participativa, a Constituição do Governo Síntese Executivo-Legislativo, a Constituição Fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de cinco anos.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira e desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto País a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar onze milhões de aposentados, espoliados em seus proventos.

É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar.

Senhor Presidente José Sarney: Vossa Excelência cumpriu exemplarmente o compromisso de Tancredo Neves, de Vossa Excelência e da Aliança Democrática ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte. A Emenda Constitucional n.º 26 teve origem em Mensagem de seu Governo, vinculando Vossa Excelência à efeméride que hoje a Nação celebra.

Nossa homenagem ao Presidente do Senado, Humberto Lucena, atuante na Constituinte pelo seu trabalho, seu talento e pela colaboração fraterna da Casa que representa.

Senhor Ministro Rafael Mayer, Presidente do Supremo Tribunal Federal. Saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de Vossa Excelência.

O imperativo de "Muda Brasil", desafio de nossa geração, não se processará sem o conseqüente "Muda Justiça", que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do Poder chefiado por Vossa Excelência.

Registro a homogeneidade e o desempenho admirável e solidário de seus altos deveres, por parte dos dignos membros da Mesa Diretora, condôminos imprescindíveis de minha Presidência.

O Relator Bernardo Cabral foi capaz, flexível para o entendimento, mas irremovível nas posições de defesa dos interesses do País. O louvor da Nação aplaudirá sua vida pública.

Os Relatores Adjuntos, José Fogaça, Konder Reis e Adolfo Oliveira, prestaram colaboração unanimemente enaltecida.

O Brasil agradece pela minha voz a honrosa presença dos prestigiosos dignitários do Poder Legislativo do Continente Americano, de Portugal, da Espanha, de Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, Príncipe e Cabo Verde.

Os Senhores Governadores de Estado e Presidentes das Assembléias Legislativas dão realce singular a esta solenidade histórica.

Os líderes foram o vestibular da Constituinte. Suas reuniões pela manhã e pela madrugada, com autores de emendas e interessados, disciplinaram, agilizaram e qualificaram as decisões do Plenário. Os Anais guardarão seus nomes e sua benemérita faina.

Cumprimento as autoridades civis, eclesiásticas e militares, integrados estes com seus chefes na missão, que cumprem com decisão, de prestigiar a estabilidade democrática.

Nossas congratulações à imprensa, ao rádio e à televisão. Viram tudo, ouviram o que quiseram, tiveram acesso desimpedido às dependências e documentos da Constituinte. Nosso reconhecimento tanto pela divulgação como pelas críticas, que documentam a absoluta liberdade de imprensa neste País.

Testemunho a coadjuvação diuturna e esclarecida dos funcionários e assessores, abraçando-os nas pessoas de seus excepcionais chefes, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Ademar Sabino.

Agora conversemos pela última vez, companheiras e companheiros Constituintes.

A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições.

Agradeço aos Constituintes a eleição como seu Presidente e agradeço o convívio alegre, civilizado e motivador. Quanto a mim, cumpriu-se o magistério do filósofo: o segredo da felicidade é fazer do seu dever o seu prazer.

Todos os dias, quando divisava, na chegada ao Congresso, a concha côncava da Câmara rogando as bênçãos do céu e a convexa do Senado ouvindo as súplicas da terra, a alegria inundava meu coração. Era como ver a aurora, o mar, o canto do rio, ouvir os passarinhos.

Sentei-me ininterruptamente nove mil horas nesta cadeira, em 320 sessões, gerando até interpretações divertidas pela não saída para lugares biologicamente exigíveis. Somadas as das sessões, foram 17 horas diárias de labor, também no gabinete e na residência, incluídos sábados, domingos e feriados.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui caçado por tempestades. Uma delas, benfazeja, me colocou no topo desta montanha de sonho e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereci. Que o bem que os Constituintes me fizeram frutifique em paz, êxito e alegria para cada um deles.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de reencontro.

Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembléia Nacional Constituinte. Porque antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa.

Autoridades, Constituintes, Senhoras e Senhores.

A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.

O Estado era Tordesilhas. Rebeliada, a sociedade empurrou as fronteiras do Brasil, criando uma das maiores geografias do Universo.

O Estado, encarnado na metrópole, resignara-se ante a invasão holandesa no Nordeste. A sociedade restaurou nossa integridade territorial com a insurreição nativa de Tabocas e Guararapes, sob a liderança de André Vidal de Negreiros, Felipe Camarão e João Fernandes Vieira, que cunhou a frase da preeminência da sociedade sobre o Estado: “Desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei”.

O Estado capitulou na entrega do Acre, a sociedade retomou-o com as foices, os machados e os punhos de Plácido de Castro e seus seringueiros.

O Estado autoritário prendeu e exilou, a sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou.

A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram.

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-Já, que pela transição e pela mudança derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala: A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Que a promulgação seja nosso grito:

— Mudar para vencer!

Muda Brasil!

Senador AFONSO ARINOS  
(PFL—RJ)

Senhores Constituintes:

Permiti que o mais idoso dos representantes do povo com assento nesta Assembléia agradeça, de todo coração, a honra que só por aquele título lhe foi concedida, de falar em nome dela, nesta data em que a palavra do Brasil, ao se elevar neste recinto, ressoa em todo o mundo.

A experiência histórica brasileira em matéria constituinte é bem antiga. Provém da Conspiração da Inconfidência, ocorrida em 1788 na Capitania de Minas Gerais.

O Tiradentes, herói e mártir daquele grande episódio, inspirava-se em um livro francês dedicado ao estudo da Constituição dos Estados Unidos da América, elaborada havia apenas um ano.

A primeira Constituinte brasileira foi convocada pelo Príncipe Regente D. Pedro antes da Independência, por decisão de 3 de junho de 1822, e eleita pela grande maioria das Províncias.

---

Discurso proferido pelo Constituinte AFONSO ARINOS na Sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desde a sua instalação, a 3 de maio de 1823, revelou-se o insanável conflito entre a Assembléia, expressão da soberania nacional, e o Príncipe Regente, aferrado à tradição absolutista da monarquia dos Braganças.

Do dissídio crescente resultou a dissolução da Assembléia, pela tropa militar, na noite de 11 de novembro de 1823, a chamada noite de agonia. Esta agonia da coação militar sobre a representação popular infelizmente não foi a única na nossa história.

A Constituinte caiu com honra, enfrentando as ameaças e acusando energicamente o Príncipe, inclusive com pregações em prol da República. O principal redator do projeto foi o Deputado Antônio Carlos de Andrada, que tomou por modelo, não mais a Constituição dos Estados Unidos, porém aquelas das monarquias continentais da Europa Ocidental.

Esse mesmo modelo francês da Carta outorgada pelo Rei Luís XVIII, em 1814, na fase da Restauração pós-napoleônica, foi embutido na Carta brasileira outorgada a 25 de março de 1824, pelo já Imperador Pedro I. Foi redigida por pequena comissão de brasileiros ilustres, componentes do chamado Conselho de Estados, no qual figuravam diplomatas como Maciel da Costa, Marquês de Queluz; escritores como Mariano da Fonseca, Marquês de Maricá, autor das famosas *Máximas*; ou provector juristas como Carneiro de Campos, Marquês de Caravelas, o principal redator do documento.

A Constituinte republicana de 1891, na qual predominou o gênio de Rui Barbosa, voltou ao modelo americano, que nunca funcionou a contento no Brasil nem em nenhum outro sistema presidencialista na América Latina, devido à impossibilidade da criação, por costume e não pelo texto, de um órgão moderador e constantemente renovador como é a Suprema Corte dos Estados Unidos, único país do mundo em que o sistema presidencial funciona a contento. Rui Barbosa, no declínio da vida, rendeu-se a esta verdade.

A terceira Constituinte, de 1934, que encerrou o longo Governo Provisório de Getúlio Vargas, seguiu-se à pressão de vários setores sociais que a reclamavam desde a Revolução Paulista de 1932. O texto do projeto foi preparado por uma Comissão presidida pelo Ministro do Exterior, Melo Franco, e composta de outros grandes nomes como Assis Brasil, Antônio

Carlos de Andrada, João Mangabeira, Osvaldo Aranha e Oliveira Viana. O jurista Carlos Maximiliano, comentador da Constituição de 1891, foi o relator geral. Concessão perigosa da Comissão foi a eleição do Presidente da República pela Câmara dos Deputados, o que assegurou a Vargas a desejada continuação no poder e o preparo político esmerado da Constituição fascista de 11 de novembro de 1937 que morreu com a morte do fascismo no mundo.

A quarta Constituinte brasileira foi a de 1946, época em que a vitória democrática na Segunda Guerra Mundial determinou um grande movimento constitucional em toda parte.

Na Europa surgiram nove Constituições; na América Latina, doze; nos países árabes e na Ásia, cinco. Ao todo, vinte e seis reordenações jurídicas estatais.

Iniciou-se, nesta fase, um movimento sem precedentes no processo geral de elaboração constitucional, movimento este que continua a se manifestar até hoje. Como já acentuamos em outra oportunidade: "Tem sido observado, pelos autores de Direito Constitucional Comparado, um fenômeno realmente marcante. . . O Direito, nas novas Constituições, parece evoluir, em conjunto, para tornar-se mais um corpo de normas teóricas e finalísticas, e cada vez menos um sistema legal vigente e aplicável. Por outras palavras: nunca existiu distância maior entre a letra escrita dos textos constitucionais e a sua aplicação".

Hoje poderíamos juntar algo de mais grave, que é o seguinte: a aplicabilidade dos textos depende, paradoxalmente, da sua aplicação.

Esta situação anômala manifesta-se fortemente no texto de 1988, confirmando-se aqui aquilo que Oliveira Viana chamou de *idealismo constitucional*.

É importante insistir neste ponto. A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas Constituições contemporâneas, mas a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capituladas nos textos, sobretudo nos países em desenvolvimento e, particularmente, nas condições do Brasil, torna-se extremamente duvidosa (para usarmos uma expres-

são branda), quaisquer que sejam as afirmações gráficas existentes nos documentos, como este que estamos, hoje, comemorando. Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão, ou falta de sinceridade, quem sabe de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia: eis a situação.

O Mandado de Injunção vai ser o instrumento dessas experiências. O desejável é que o Supremo Tribunal Federal, preservando suas tradições de competência, diligência e integridade, se esforce para encaminhar soluções viáveis e realistas, ou para oferecer interpretações aceitáveis às dificuldades, bem como rumos para o enfrentamento gradual dos problemas que vão aparecer entre a letra do texto e sua implementação.

Recordemos, ainda uma vez, que este problema não é só nosso, no Direito Constitucional moderno. Tudo decorre do desajustamento entre a generosidade da aspiração política e a dificuldade da sua implementação jurídica.

Somos, pois, a quinta Assembléia Constituinte brasileira. Lancemos um olhar retrospectivo sobre seus trabalhos, que hoje se encerram, em tão consagrada cerimônia.

A idéia da Constituinte já se manifestava desde o final da década de 70, através de organizações depois transformadas em partidos políticos. Em 1984, formou-se a Aliança Democrática, que indicou o nome do saudoso Tancredo Neves para a Presidência da República. Em 1985, já eleito pelo Colégio Eleitoral, o Presidente Tancredo visitou o presente orador, no Rio, e o convidou para presidir uma Comissão incumbida de redigir o Anteprojeto da Constituição. Formada ela, com personalidades eminentes nas áreas jurídica, política, literária, empresarial, trabalhista e científica, iniciou seus trabalhos em agosto de 1985. Com o dramático falecimento do Presidente Tancredo Neves, assumiu o Presidente José Sarney, que manteve a convocação.

Na sede do Rio, a Comissão se organizou em várias subcomissões internas e formou comitês regionais, fora do Rio, que muito adiantavam sua tarefa. Concluídos os trabalhos em setembro de 1986, foi o texto final entregue ao Presidente Sarney, que preferiu não remetê-lo à futura Assembléia, embora lhe dedicasse belo e generoso discurso.

A Constituinte foi eleita em novembro de 1986 e instalada em fevereiro de 1987. Em junho desse ano, foi criada a Comissão de Sistematização presidida pelo mesmo constituinte que chefiara a Comissão lembrada por Tancredo Neves. Aos admiráveis e dedicados membros dessa Comissão coube o preparo final do Projeto da Constituição, concluído no mês de novembro e remetido ao plenário, que o discutiu, enriqueceu-o e finalmente o aprovou por consagrada maioria.

Cumprir, finalmente, a colaboração direta do povo no processo político, não só através de centenas de propostas remetidas à Comissão de Sistematização, vindas até do exterior, como também pela ação de grupos variados de brasileiros, que atuavam diretamente: sindicatos, empresários, militares, professores, mulheres, índios e negros. Era estimulante e comovente sentir a mobilização direta do povo, desejoso de colaborar na obra de seus representantes.

Senhores Constituintes:

Concluída está vossa tarefa preferencial, mas outro dever se abre ao vosso cuidado e esforço. Este dever indeclinável é sustentar a Constituição de 1988, apesar de quaisquer divergências com sua feitura; é colaborar nas leis que a tornem mais rapidamente e mais eficazmente operativa, apesar das dificuldades referidas; é colaborar na sua defesa contra a onda que se avoluma e propaga no seio do povo, e que visa a atacá-la tão desabridamente, que esses ataques passaram a envolver toda a classe política. Hoje se está falando dos políticos como se constituíssem um grupo específico de aproveitadores hedonistas e mal intencionados.

É indispensável determo-nos sobre este aspecto da atualidade nacional, pois ele envolve graves conseqüências.

Começemos por lembrar que Ação Política corresponde exatamente à ação de governar as coletividades sociais e nacionais integradas no Estado. Se há Estado (e ele existe desde a antigüidade grega), há necessariamente Política. Na Grécia antiga o Estado era a cidade, como a Atenas de Aristóteles ou a Esparta de Licurgo; e a Política era o governo da cidade. Em Roma, o Estado abarcou todo o mundo conhecido, e o governo fez política

durante séculos, primeiro com os Reis, depois com a República, depois com o Império.

Na Idade Média não havia Política porque não havia Estado, nem propriamente comunidade social, senão que população escassa de senhores e servos disseminados em volta de castelos em terras que não eram territórios. Com o Renascimento renasce o Estado, e com ele a Política, a terrível “política” ditatorial doutrinada por Maquiavel para os Médicis de Florença.

Senhores Constituintes, pensemos seriamente neste movimento, talvez não intencional, mas seguramente orquestrado, que visa a desmoralizar a classe política. Lembremos aos brasileiros de boa fé que Política é exatamente Governo, e que por detrás da campanha insidiosa que atinge a milhões de brasileiros de boa fé, pode haver a intenção de acabar não com a Política, que não acaba nunca, nem pode acabar, mas acabar com as liberdades que estão garantidas na Constituição que elaboramos, como nunca estiveram garantidas em nenhuma outra.

Derrubar a Constituição, execrar os políticos, é derrubar liberdade para entregar a Política atual à outra *política*, isto é, a outro tipo de *governo* não declarado, que teria em mãos a sorte e o destino do povo, e com ele o próprio futuro da Pátria.

O desprezo à Política não é a sua supressão, pois ela se confunde com o Governo.

Que haverá por detrás de tudo isso? Será que estamos ameaçados de outro tipo de “política”, ou seja, as ditaduras civis e militares que têm sido a agonia secular da nossa República?

Senhores Constituintes de hoje, senhores Congressistas de amanhã:

Vosso dever é fazer Política, isto é, defender e praticar a Constituição Brasileira em vigor, acreditar nela, convocar a Nação para defendê-la, se estiver em risco, reagir contra esses riscos disfarçados. Em suma, praticar e defender a Liberdade. Fazer Política, é honrar nosso mandato, sustentar nosso trabalho, enobrecer a memória do nosso tempo.

A vocação dos séculos e o direito romano  
O ensino, a doutrina e a legislação  
Um novo direito romano não europeu  
Exemplos do passado e do presente  
A África do Sul  
O “uti possidetis” e o mundo moderno  
Os “servi terrae” do mundo atual  
O monopólio das terras rurais e a enfiteuse  
A usura internacional  
As reformas agrárias  
Sobrevivência da latinidade (\*)

SÍLVIO A. B. MEIRA

Neste final de século, olhando-se para o passado, é lícito indagar se existe uma vocação dos povos em cada uma das etapas do tempo. Proveitoso será, também, realizar um balanço de toda a evolução histórica do direito romano, através das idades, para que se possa dizer algo a respeito da nova centúria que se aproxima, vale dizer, do novo milênio.

Foi FREDERICO CARL VON SAVIGNY que vulgarizou a palavra *vocação* na sua obra polêmica e apaixonada *Da Vocação de Nosso Tempo para a Legislação e a Ciência do Direito (Von Beruf unseres Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*, não para justificá-la, mas para combatê-la arduamente. Em mais de um passo desse livro SAVIGNY combate a idéia da codificação, chegando a afirmar, no capítulo V: “...sustento que nosso século não está em condições de produzir um bom

(\*) Conferência pronunciada no VI Congresso Latino-Americano de Direito Romano, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, a 5-8-1987. O autor é Catedrático de Direito Romano e membro do *Comitê Latino-americano e do Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano, da Itália*.

código, por ser essa empreitada de dificuldades ainda maiores". E salienta: "Sem dúvida é tarefa muito difícil pronunciar um juízo seguro sobre o século em que se vive...". Ao mencionar a velha compilação da Prússia de 1794 (*Landrecht*), é mais incisivo: "...nosso século não está apto para a codificação". Ao examinar o código austríaco em paralelo com o francês de 1804 e o da Prússia de 1794, assevera: "Se esta opinião por mim emitida a respeito dos três Códigos modernos tem fundamento, ficará confirmada minha assertiva de que o presente século não tem vocação alguma para realizar codificações...". E no final do capítulo II, como se fosse uma idéia fixa, afirmava serem "poucas as épocas oportunas" para a elaboração de um bom código. Falava SAVIGNY da "força intrínseca" (cap. III) do direito romano, principalmente como produto consuetudinário, uma energia própria, interior, que o fazia sobrepujar adversários no tempo e no espaço.

O eminente juriconsulto era homem de dois séculos (1779-1861), mas queria referir-se àquele em que escrevia, o XIX, no qual proliferaram as codificações, em todas as nações européias, seguindo o exemplo napoleônico.

Havia um certo exagero nas afirmativas do juriconsulto de Frankfurt, por ele mesmo reconhecido posteriormente. Reação contra a poderosa influência do Código francês de 1804 nas terras germânicas e resquícios de ressentimentos patrióticos provindos das incursões bélicas de Napoleão. (*Vous-êtes un homme!* teria exclamado Goethe diante do grande corso).

Em boa hora firmou-se a polémica com os defensores da codificação, principalmente THIBAUT, com o seu escrito *Sobre a Necessidade de um Código Civil Geral para a Alemanha (Über die Nothwendigkeit eines Allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland)*. Os brios patrióticos de THIBAUT e SAVIGNY eram os mesmos, embora seguissem caminhos filosóficos diferentes. "A Codificação", dizia SAVIGNY, "impede que a ciência evolua com o século, imobiliza o espírito dos juriconsultos pela fixação de suas fórmulas e priva o direito do aperfeiçoamento sucessivo que pode trazer-lhe uma interpretação mais livre." O escrito de THIBAUT é de 1814, dez anos posterior ao diploma napoleônico. Sua idéia, com o decorrer dos tempos, foi a vencedora com a promulgação do Código Civil alemão em 1896, para entrar em vigor em 1900 (BGB).

Muitas foram as peripécias que antecederam a essa promulgação. Não cabe recordá-las neste sucinto estudo. Convém, no entanto, pôr em realce a assertiva de SAVIGNY de que o código civil francês se havia infiltrado na Alemanha "como se fora uma gangrena" (Int.) e ainda que os juristas alemães da centúria anterior não estavam preparados para elaborar uma codificação: "Infelizmente, diz ele, todo o século XVIII foi muito pobre em grandes juriconsultos alemães" (Cap. V).

Creemos que esse debate ainda prossegue e prosseguirá através dos tempos, diante do evidente fracasso de algumas codificações, logo desatua-

lizadas, que perduram no tempo como ruínas de velhos castelos. As codificações petrificam o direito e o direito, pela sua plasticidade, não pode ser petrificado. Por outro lado, elas se fazem necessárias, em certas fases da História, ao lado das consolidações e compilações, a fim de ordenar o caos legislativo e até mesmo assimilar os costumes. Têm, portanto, as codificações, uma função, embora passageira, momentânea, mas de grande utilidade na sistematização de idéias, na fixação de doutrinas e até na divulgação didática do direito. Cabe lembrar que o Código Civil argentino de 1869, alicerçado no *Esboço* de Teixeira de Freitas, era largamente utilizado nas Universidades, dadas as numerosas notas que contém, com matéria doutrinária. O *Esboço* também seguia essa orientação, enriquecido de apontamentos de pé-de-página, com referência a fontes históricas e subsídios de vária natureza.

Considerava ainda SAVIGNY completamente impossível “que a ciência seja distinta dos códigos”, muito embora reconheça “a impotência do código para fundar uma ciência do direito, verdadeiramente substantiva...” (ob. cit., cap. VIII). E leva suas conclusões a um certo exagero ao vaticinar: “Na verdade, o que ocorreria se um tal código chegasse a elaborar-se é fácil de prever. Ou nos veríamos totalmente privados de literatura jurídica, ou, o que é mais provável, tê-la-íamos tão débil, escassa e inadmissível, como a que havíamos começado a produzir sob o império do Código francês”.

Há evidente exagero na afirmativa. Os códigos, uma vez promulgados, desencadeiam uma série de publicações doutrinárias, geram debates, polémicas, soltam os ventos guardados na caverna de Éolo dos textos rígidos, marcam a sua época. E a sua substituição, ou reforma, não constitui tarefa muito fácil, bastando tomar como exemplo o Código Napoleão e os copiosos debates em torno de sua adaptação aos tempos atuais.

Creemos que o grande mal está no radicalismo das opiniões. Todas as contribuições doutrinárias, legislativas, didáticas, quer sejam de cunho histórico, quer de natureza dogmática, têm a sua utilidade, o seu peso no momento oportuno.

Cabe, então, a pergunta: Há uma vocação dos séculos para a legislação e a ciência do direito? Entendemos que todas as idades são propícias a essa vocação, imanente na natureza do ser humano, vivendo em sociedade. O impulso para a elaboração de leis faz parte da própria essência natural do Homem, desde as mais remotas idades, do que são atestado perene as codificações de Manu, de Hamurabi, o Decálogo de Moisés e a Lei Decenviral romana, para só citar alguns exemplos.

SAVIGNY, aliás, no título de seu trabalho, usa a palavra “Zeit”, tempo, e não “Jahrhundert”, século. Mas no texto alude sempre a século, especialmente o XIX.

A proliferação de códigos, na verdade, revelou uma certa tendência e não vocação (*Beruf*) para as codificações, do que foram exemplos a

italiana de 1865, a espanhola de 1888, a egípcia de 1875, a rumena de 1869, a portuguesa de 1867, e muitas outras européias, americanas e asiáticas, entre estas a do Japão, de 1898.

Uma febre codificadora se espalhou por todo o orbe, com as suas vertentes européias (o Código francês de 1804 e o alemão de 1896) e americanas do sul com o Código chileno de 1855 (projeto de Andrés Bello) e o admirável *Esboço*, de Augusto Teixeira de Freitas, do Brasil, de 1860.

Essas codificações em cadeia não foram produto propriamente de uma *vocação*, mas de uma *necessidade*, no velho e no novo mundo. Uma necessidade decorrente de fatores variados, heterogêneos, em cada nação. Na Europa, a tradicional influência do direito romano e até a sua aplicação objetiva, como se fazia na Alemanha, ao lado da missão histórica do direito canônico e dos preceitos autóctones regionais, especialmente os germânicos, geraram a necessidade de atualizar as leis, expurgando-as de tudo o que fosse estranho à realidade social do momento. Nessas condições, parece-nos mais ajustada a expressão *Nothwendigkeit*, utilizada por THIBAUT, do que a *Beruf*, de SAVIGNY.

As sociedades humanas reclamavam novas leis atualizadas, não um novo direito desvinculado do passado. As raízes históricas, plantadas no tempo e no espaço, não poderiam ser arrancadas. E a mais poderosa era precisamente o direito romano, fonte sempre perene de bons princípios.

Não houve, portanto, uma vocação do século XIX para a legislação e a ciência do direito, mas a necessidade de renovar-se a legislação, antiquada sob certos aspectos e em desacordo com a nova realidade social decorrente da renovação do pensamento universal, especialmente depois da Revolução Francesa de 1789, das guerras napoleônicas e dos conflitos bélicos entre povos europeus. A industrialização, o surgimento do proletariado urbano, principalmente a partir da metade do século XIX, fizeram brotar novas concepções jurídicas que deveriam repercutir no texto dos códigos.

É lícito indagar se esses códigos desempenharam bem as suas funções em tantos povos de variadas regiões, em todas as latitudes. Exerceram uma função no seu tempo, que já vai ficando ultrapassada. O retalhamento dos códigos tradicionais pela legislação ordinária é espantoso. A pouco e pouco vão se tornando monumentos, como as ruínas do fórum romano ou as termas de Caracala. No Brasil, um vetusto Código Comercial de 1850, que ainda fala em navegação à vela, continua vigendo sem vigor, retalhado pelas leis numerosíssimas que, por mais de um século, se acrescentaram ao texto hoje clássico, peça de museu. Mas não foi ab-rogado. O mesmo já pode dizer-se, em escala menor, do Código Civil de 1917, obra-prima de concisão e boa linguagem jurídica, que teve a sua época, atualmente retalhado e desfigurado.

A chamada "vocação" do século XIX parece ter-se transferido com mais moderação para o século XX, o nosso, em que o direito, para firmar-se,

tem que enfrentar, não mais os canhões, mas os mísseis e as bombas atômicas. No Brasil, nesta centúria, além do Código Civil, surgiram outras tentativas de codificação, sendo de referir, por sua objetividade, o Código de Processo Civil de 1940, projeto do eminente jurista PEDRO BATISTA MARTINS. Promulgado durante a ditadura, apesar disso foi um bom diploma, útil à sociedade brasileira, depois substituído pelo código atualmente em vigor, projeto do jurista ALFREDO BUZAID. Um fato interessante a assinalar e digno de meditação: a elaboração dos códigos nos regimes de exceção, projetos elaborados por juristas isolados ou comissões de competentes, com bom resultado, longe do borborinho das assembleias constituintes e legislativas, quase sempre numerosas e caóticas. A Itália teve o seu Código Civil de 1942 em período de ditadura, graças à sementeira jurídica que vinha de longe e a contribuição de juristas de real merecimento. Não nos aprofundamos na análise desses fatores, que, por sua relevância, dariam matéria para uma extensa monografia. Também o todo poderoso Imperador Justiniano teve a argúcia necessária para entregar a tarefa compilatória e codificatória a comissões de competentes juristas, longe do clamor popular. Outro exemplo histórico: o Código Civil argentino, projeto VELEZ SARFIELD, foi aprovado no Senado *a libro cerrado*, porquanto tudo indica que, se fossem liberadas as discussões, de duas uma: ou aquela poderosa nação não teria o seu código no tempo devido, ou ele seria desfigurado pela demagogia. É o que vem acontecendo, *mutatis mutandis*, com o Código Civil brasileiro, cujo projeto, emendado e remendado mil vezes, cada vez fica pior e dormita nas gavetas do Senado Federal. Esses exemplos todos demonstram que, por trás de um grande código, há sempre o nome de um grande jurisconsulto, ou de alguns jurisconsultos notáveis, como ANDRÉS BELLO no Chile, VELEZ SARFIELD na Argentina, TRISTÁN NAVARRA no Uruguai, CLOVIS BEVILÁQUA no Brasil, VISCONDE DE SEABRA em Portugal, WINDSCHEID, com suas *Pandectas* na Alemanha (ao lado de outros), a pequena comissão de juristas franceses, entre eles BIGOT DU PREAMENEU, PORTALIS e MALLEVILLE, tão agredidos por SAVIGNY, e assim por diante.

Chegamos, assim ao fim deste item de nosso trabalho: não há uma vocação dos séculos para a legislação e a ciência do direito; existe, sim, a necessidade de ordenar a vida social, dentro do conceito de MONTESQUIEU, segundo o qual as leis "são relações necessárias que derivam da natureza das coisas". É ainda a palavra *necessária* que está presente, lembrando a velha máxima: *necessitas plus posse quam pietas solet* (Sêneca, Troad., 3, 579).

E neste fim de século? E nos albores do próximo, dentro de mais treze anos, nos quais a humanidade deve preparar-se para o pórtico de mais um milênio?

Continuaremos a pregar o direito romano, como profetas no deserto? Essa vem sendo a preocupação dos romanistas de todo o mundo a partir do último conflito mundial, do que é exemplo a inquietação de KOSCHAKER,

cuja obra — *Europa e o Direito Romano* — foi escrita ainda sob o impacto dos bombardeios ingleses e americanos em terras alemãs. Quase todos os romanistas dos últimos tempos versam o tema, no Ocidente e no Oriente, entre eles WIEACKER e MAX KASER, na Alemanha, MARGADANT no México e, mais perto de nós, SANDRO SCHIPANI e PIERANGELO CATALANO, das Universidades de Sassari e Roma, respectivamente.

Uma crise evidente se esboçou depois da guerra nos estudos romanísticos, com exclusão da disciplina dos currículos universitários ou a sua substituição por estudos de “Instituições Antigas” e outras denominações correlatas. Passaria, assim, o direito romano a ser peça de museu histórico, como a estátua eqüestre de Marco Aurélio em Roma ou a Vitória de Samotrácia, esta no Louvre.

Três aspectos cabe apresentar, a esta altura de nosso raciocínio: 1) o ensino do DR nas Universidades; 2) a doutrina fundada na tradição romana; 3) a legislação, vale dizer, o direito positivo atual e o do futuro.

II — *O ensino, a doutrina e a legislação* — Cremos que esses três aspectos devem ser examinados em conjunto. Rios de tinta têm sido gastos na Europa e nas Américas na análise desses problemas, quase sempre tratados de maneira unilateral e radical, como se fossem isolados. Eles formam todavia um conjunto indivorciável.

Discutem-se temas e subtemas: se a disciplina deve ser lecionada em caráter histórico ou com vistas à dogmática; se há-de situar-se no curso de bacharelado ou no doutorado; se deve ou não ser desdobrada em tantas disciplinas correlatas: exegese das fontes, papirologia, instituições, paralelo com os direitos dos povos mediterrâneos, história interna e história externa, etc., etc.

Cremos ser necessário distinguir as necessidades culturais das universidades européias das das americanas de língua românica. É natural que na Itália, berço da latinidade, se investigue em profundidade a papirologia (MITTEIS vaticinava ser o seu século o da papirologia, como o anterior fora o da arqueologia).

Não parece justo, nem racional, exigir-se o mesmo dos romanistas americanos, a não ser daqueles que, por vocação inata para a pesquisa científica, queiram expatriar-se e mergulhar em tão estranho mundo, seguindo as pegadas do grande VINCENZO ARANGIO-RUIZ. Deixemos essa tarefa para os europeus, que estão mais perto das fontes de consultas. O mesmo pode dizer-se com relação aos outros direitos dos povos mediterrâneos em paralelo com o romano: gregos, fenícios, hebreus, etc. O ensino nas universidades do Novo Mundo, em nosso entender, deve abranger o vasto setor das instituições jurídicas romanas, sistematicamente, em paralelo com o direito moderno das nações americanas. A sua utilidade é manifesta. As raízes de nossas codificações são romanas. O jurista brasileiro da atualidade, se estiver divorciado das vertentes romanas, não poderá sequer entender em sua plenitude os preceitos do Código Civil. O mesmo ocorre

com o professor, o magistrado, o advogado militante, o legislador. Fonte inexaurível de sabedoria, o direito romano instrui e sugere. Há nele um milagre de permanente renovação, que nos faz lembrar as palavras de VOLTAIRE: "Charmante antiquité, beauté toujours nouvelle". É essa beleza sempre nova, apesar de ser chamada antiguidade, que deve ser extraída dos textos latinos, de qualquer período, quer sejam do direito pré-clássico, do clássico ou do pós-clássico. Mas para encontrar essa "beauté toujours nouvelle", há necessidade de se investigar, assimilar, colher e separar o que é vetusto do que é renovável. Essa a missão do professor, do doutrinador e do legislador.

Pouca importância tem, a nosso entender, a questão da distribuição da disciplina no currículo escolar. Em qualquer fase do curso é digna de estudo. O doutrinador, por sua vez, há de ser o perscrutador do passado e do futuro, como os radares que varrem os céus de leste a oeste, em busca de sinais.

Falamos por experiência própria. Em nossa afanosa vida, passamos pela cátedra universitária, pela investigação doutrinária, pela Assembléia Legislativa e pela atividade advocatícia. Em todas elas sentimos, por trás dos fatos e das leis que os regem, a sombra milenar do direito romano. Quantas vezes o utilizamos, para surpresa de muitos, em exemplos nas aulas, nos arrazoados forenses ou em projetos de lei!

A boa técnica legislativa atual está a exigir a volta ao direito romano. As questões sociais que assoberbam o mundo de hoje estão a reclamar a nova legislação inspirada em muitas normas latinas. Quereis exemplos? Dar-vos-ei, do presente e do passado não muito remoto, a fim de demonstrar que o direito romano tem uma nova missão a cumprir neste fim de século e início de um novo milênio.

Seria assim uma 3.<sup>a</sup> ou 4.<sup>a</sup> idade do direito romano, aproveitando a feliz expressão do Prof. FLORIS MARGADANT, da Universidad Nacional Autónoma do México, quando refere a 3.<sup>a</sup> idade do DR (*El significado del Derecho Romano dentro de la Enseñanza Jurídica Contemporánea, Univ. Nac. Aut. — México, 1960*).

Seria uma *nova visão* do direito romano, transfigurado pelo tempo e pelo espaço onde deve ser aplicado, mas, na essência, sempre direito romano.

III — *Um novo direito romano não europeu. Exemplos do passado e do presente* — Poderá causar calafrios a um romanista *engagé* da Europa a idéia de um direito romano não europeu. E por que não? Não há um DR não itálico, forjado na Alemanha, rico de ensinamentos na Pandectística germânica, que tanto alimentou o BGB de 1900? Desde a queda do Império Romano no Ocidente (476) e no Oriente, depois de Justiniano, o direito romano deixou de ser romano territorialmente para tornar-se universal. Não vai nisto nenhuma *capitis deminutio* para a Itália, sua pátria

inicial, sua fonte, seu berço, sua *cuña*, como dizem os que falam castelhano. SAVIGNY não aludia a um “sistema do direito romano hodierno”? (*System des heutigen Roemisches Recht*).

O direito romano tem o dom da transfiguração, da adaptação, da renovação, da transmutação. É a “*beauté toujours nouvelle*” do dizer de VOLTAIRE.

Atravessando os Alpes, penetrou na Suíça e aclimatou-se (*Vide* a respeito os estudos de STELLING-MICHAUD). Avançou mais, entrou na Germânia e se nacionalizou com o Sacro Império Romano Germânico. Por toda parte, no Leste e no Oeste, na Espanha, em Portugal, na Holanda, Bélgica, Grécia, países da Europa central, alastrou-se, não como *gangrena*, na expressão terrível de SAVIGNY com relação ao código napoleônico, mas como bálsamo para gangrenas, temperado com as essências milenares da filosofia estoica e os princípios da benignidade do Cristianismo. Atravessou os mares, foi à África. Até hoje continua colorindo a jurisprudência da África do Sul, aonde penetrou pela mão dos romanistas holandeses. Venceu os oceanos. Foi ao Japão, através dos romanistas franceses, especialmente BOISSONADE, de Paris, na confecção do código de 1898; penetrou na China, ainda através do jurista francês ESCARRA, de Grenoble, na elaboração do código civil de 1927/30. Veio com as caravelas portuguesas nos albores do século XVI, ao tempo de Dom Manoel, O Venturoso, escondido nas dobras dos textos jurídicos lusitanos e, posteriormente, nas *Ordenações* de Felipe II, neto do mesmo Dom Manuel (1604). Toda uma enorme massa de legislação extravagante se somava às *Ordenações Filipinas*, que têm nobre ancestralidade nas *Ordenações Afonsinas e Manuelinas*.

No Brasil, como em toda a América Latina, deitou raízes, sendo de referir o seu transplante para o Chile através daquele imenso humanista, filho de Caracas, ANDRÉS BELLO. Lecionado em todas as escolas e universidades americanas, no Brasil encontrou acolhida nos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo, fundados em 1827.

Mas sua vivência americana não foi apenas universitária, nem platônica. Penetrou nas leis e nas mentes dos construtores das nações do Novo Mundo, e isso é fácil demonstrar.

Assim como as árvores emigram de continente a continente, mudando, em outros climas, a cor das folhas e o tamanho e colorido dos frutos, assim também o direito romano, transplantado, adquiriu novos e interessantes matizes. Este é o direito romano não europeu, latino-americano, rebento novo em cepa antiga, *grün des Lebens goldne Baum*, como o diria GOETHE.

IV — *Um exemplo não europeu nem americano: a África do Sul* — A África do Sul é um cadinho de experiências jurídico-sociológicas interessantíssimo. Nação de fala inglesa, com população anglo-holandesa-africana, o predomínio do poder político anglo-saxônico não teve força suficiente para extirpar as tradições do direito romano-holandês ali fixado

no passado. Os antigos ocupantes do Cabo da Boa Esperança, vindos da Holanda, trouxeram consigo o direito da pátria européia de origem: romano-holandês. Só em princípios do século XIX a região do Cabo tornou-se uma colônia inglesa. Uma longa tradição costumeira, alicerçada no romanismo, consolidou-se de tal forma que, muito embora seja uma nação de fala inglesa, não integra, sob o aspecto jurídico, a comunidade do Common Law. Por outro lado, não se adotou, ali, a codificação. Os princípios jurídicos vieram das regiões das províncias da Holanda e Zelândia. Grandes juristas e pensadores holandeses haviam prestado a sua colaboração ao direito universal, entre eles GROTIUS, VAN DER LINDEN, VAN DER KESSEL e o admirável VOETIUS (Voet), editor das compilações de Justiniano em terras neerlandesas e comentador das Pandectas (Vide *Table des Commentaires de J. Voet sur les Pandectes Analysées dans leurs Rapports avec Chacun des Articles des Cinq Codes Français*, Gauthier Frères, Paris, 1841).

PAUL VAN WERMELO, em estudo publicado em *Index*, n.º 3, 1972, p. 131, e segs. (*Le Droit Romain en Afrique du Sud*), salienta que hoje, na África do Sul, quando se emprega o direito romano-holandês, "la question de savoir si les juristes d'autrefois ont ou non bien interprété le droit romano-hollandais ne se pose plus" (p. 133).

Estando os juristas romano-holandeses com opinião uniforme a respeito da interpretação do direito romano, essa interpretação é admitida como direito romano-holandês. A classificação de *culpa lata*, *culpa levis* e *culpa levissima* está incorporada ao direito atual. Cita VAN WERMELO outros exemplos que muito informam a respeito da curiosa adaptação do DR naquela região sul-africana e conclui: "Tout de même, le droit de l'Afrique du Sud a démontré qu'on peut se servir du droit romain en le changeant pour en faire un nouveau droit qui est plus commode pour les besoins de l'époque actuelle, ce que nous pouvons illustrer par deux ou trois exemples" (p. 134). O espírito do direito romano-holandês, no entanto, tem sido minado pela penetração do sistema inglês, em grande parte.

O autor não esconde a sua inquietação e assevera: "Le fait que le droit romain perde du terrain dans les facultés de droit est une cause de inquiétude, car le droit romain est de première importance non seulement comme système de droit, mais aussi comme terrain pour exercer et aiguïser l'esprit juridique" (p. 142).

Separados da África do Sul pelo oceano, vivemos na América do Sul os mesmos inquietantes problemas, que são universais.

Oxalá este fim de século abra novos horizontes e ilumine os espíritos, preparando as sociedades humanas para o novo milênio.

A sobrevivência do direito romano em uma região tão distante da península itálica é digna de meditação, principalmente se examinarmos os canais por onde entraram as doutrinas e as leis. A Holanda ofereceu ao

mundo, nos séculos passados, grandes figuras de pensadores e juristas, com repercussão universal. Desempenhou, com relação à África do Sul, o mesmo papel de Portugal relativamente ao Brasil. Com a diferença, porém, de que o português trazia na língua e no sangue a tradição romana. O grande perigo reside na influência posterior de outras culturas capazes de eliminar tradições, mesmo as mais arraigadas. Não são poucos os exemplos de povos que viram substituídos os seus costumes e a sua legislação por outros totalmente diferentes. Na China, por exemplo, que vestígios restam dos códigos de 1927/30 elaborados sob a inspiração do direito ocidental? A pouco e pouco, na África do Sul, a tradição holandesa-romana vem sendo minada pelos princípios e pelas práticas anglo-saxônicas, o que é perfeitamente compreensível.

Daí a necessidade de se manterem sempre em guarda as civilizações americanas de origem latina, diante das investidas de outras culturas com raízes diferentes.

V — O “*uti possidetis*” e o mundo moderno — Quando surgiram as nações sul-americanas, numa época em que Espanha e Portugal eram senhoras dos mares e o Papa dividia o globo em fatias, surgiram numerosas questões de fronteiras, alimentadas desde o afamado Tratado de Tordesilhas, sob a supervisão do Pontífice espanhol Alexandre VI.

A América do Sul ainda era desconhecida dos europeus nas suas vastas extensões territoriais, nas suas riquezas, no seu fabuloso potencial econômico. As nações foram surgindo pela conquista do *braço forte* (como o diria CAMÕES), obedecendo mais à pressão dos acidentes geográficos, especialmente os rios e as montanhas.

Mesmo assim, não foram poucas as questões de fronteira, não apenas entre portugueses e espanhóis, mas entre povos de língua castelhana. Como dirimir tais questões? Qual o direito a invocar, se todos aqui eram novatos, conquistadores das terras indígenas, valentes invasores? A essa altura dos acontecimentos coube ao direito romano fornecer subsídios valiosos, embora transformados e adaptados à realidade ambiente.

Todos conhecem a origem histórica dos interditos romanos e a sua aplicação universal entre os povos de influência românica. Constitui o mais belo panorama da história do direito a lenta mas eficaz consolidação do direito honorário. Entre esses interditos adquiriu especial realce o UTI POSSIDETIS, aplicável aos bens imóveis, quando houvesse dois contendores pleiteando o mesmo bem. O Pretor expedia o interdito: UTI NUNC POSSIDETIS, QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. Proibia a violência entre os litigantes, mantinha a lide no *status quo* até decisão final. Outras fórmulas assemelhadas podem ser invocadas: UTI NUNC AULUS AGERIUS POSSIDET EUM FUNDUM, ITA POSSIDEAT. ADVERSUS EA VIM FIERI VETO (GAIO, IV, § 160). Eram interditos dúplices, como bem salientava GAIO, porque a condição de cada um dos litigantes mostrava-se idêntica e nenhum deles poderia obter preferência, quer como

demandante, quer como demandado, cada qual desempenhando os dois papéis. Era uma medida provisória, não importava em decisão final do litígio.

As características tradicionais romanas do interdito foram totalmente modificadas (para não dizer deturpadas), ao ser invocado nas questões de fronteiras entre as novas nações americanas, lutando por terras. Todos, afinal de contas, eram posseiros. Quando surgiu o litígio de limites entre o Chile e a Bolívia, ANDRÉS BELLO, em defesa de sua tese, invocou o UTI POSSIDETIS. LUIS ORREGO LUCO refere o episódio: "Después de haber sido Oficial Mayor de Hacienda, BELLO pasó a desempeñar igual puesto en Relaciones Exteriores, tocandole la defensa de los derechos históricos de Chile a litoral de Antofagasta, que según se demostró plenamente al Gobierno de Bolívia, era nuestro, en virtud de títulos derivados de *uti possidetis de la Independencia*, en 1810, REGLA FUNDAMENTAL DEL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO" (*Don Andrés Bello en Chile, Estudios sobre Andrés Bello*, Fondo A. Bello, Santiago, 1966, p. 138). BELLO era um romanista (autor de um livro de *Direito Romano*) e um internacionalista (autor de um compêndio de *Derecho de las Gentes*) e não teve dúvidas em invocar um instituto processual romano, criação pretoriana, para aplicá-lo a uma questão de posse de territórios entre nações e fixação de fronteiras. Eis aí como, filtrado pelo tempo, o direito romano pode alimentar a imaginação criadora dos juristas de outras idades!

Não ficou, porém, só nesse caso a invocação do *uti possidetis*. As numerosas contendas de fronteiras entre Brasil e vizinhos sul-americanos deram origem a dois tratados célebres entre Portugal e Espanha: o de Madri de 1750 e o de Santo Ildefonso de 1777. Sempre inclinado à conciliação e cultivando a amizade e o respeito de outras nações, esses tratados procuraram dar ênfase às ocupações, vale dizer à posse das áreas litigiosas.

Estudando tão delicado assunto, JOSÉ CARLOS MACEDO SOARES, ao invocar texto do Conselheiro BARRADAS, assevera: "Passaram assim a ter aplicação, nas aquisições territoriais por parte dos Estados, as normas oriundas das instituições do *Corpus Juris Civilis* em matérias de posse e propriedade. A tradição, o uso, o interesse, a evolução jurídica, a necessidade, acabaram por submeter as nacionalidades independentes, no tocante à soberania sobre o território, aos mesmos princípios que o direito romano formulou e generalizou a respeito da propriedade e da posse" (*Fronteiras do Brasil no Regime Colonial*, Liv. José Olympio, Rio, 1939, p. 206).

Foi ainda ANDRÉS BELLO quem escreveu as seguintes palavras: "O *uti possidetis* da época da emancipação das colônias espanholas era a posse natural da Espanha; o que a Espanha possuía real e efetivamente com qualquer título ou sem ele, não o que a Espanha tinha direito de possuir e não possuía" (*Anexo ao Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros, de 14 de maio de 1870*, Rio, 1870, p. 28, in JCM SOARES cit.).

Seguindo essa orientação, o Tratado de Madri de 13 de janeiro de 1750 estabeleceu, na cláusula III, o direito de Portugal *a tudo o que tem ocupado pelo rio das Amazonas, ou Maraçon acima e o terreno de ambas as margens deste rio até as paragens, que abaixo se dirão etc.*

O tratado de Santo Ildefonso, de 1.º de outubro de 1777, também seguiu as mesmas diretrizes referentes à posse, estabelecendo, na cláusula III, que cada um dos Estados pactuantes ficaria *com o território que possui*. O de 1750, logo no preâmbulo, firmava que *cada parte há-de ficar com o que atualmente possui*. Salienta ainda MACEDO SOARES que as Repúblicas sul-americanas de origem espanhola entenderam fazer uma distinção entre UTI POSSIDETIS DE HECHO e UTI POSSIDETIS DE DERECHO (ob. cit. p. 207). O jurista argentino RUIZ MORENO assim distinguia o *uti possidetis de derecho* do *de hecho*: “el primer es de derecho, el título y la posesión; el segundo la posesión misma, el hecho, con independencia del derecho originario” (ob. cit., p. 208).

Veja-se quanto funcionava a imaginação dos juristas do século XVIII, entre eles o eminente ALEXANDRE DE GUSMÃO, figura extraordinária de estadista.

O direito romano servia de subsídio, embora sob nova feição, adaptado, para não dizer deturpado. Aproveitava-se o princípio, a essência do interdito pretoriano, de origem e aplicação bem diferentes no solo itálico, seu berço.

Aos olhos de um romanista *engagé*, essas adaptações podem parecer como um retrato de Dorian Gray, monstruosamente adulterado. Mas a verdade é que o direito romano serviu de pano de fundo para a solução de grandes questões de fronteiras, invocado por figuras eminentíssimas como ANDRÉS BELLO, no Chile, ALEXANDRE DE GUSMÃO, em Portugal e outros juristas da época.

Também o grande jurista e advogado RUI BARBOSA, no início do século, invocou o *uti possidetis* em causa célebre. Tratava-se da ação judicial proposta pelo Estado do Amazonas, do qual era patrono, contra a União Federal, na qual reivindicava imensa área territorial do Acre Setentrional, incorporada ao Brasil pelo Tratado de Petrópolis de 1904 entre Brasil e Bolívia.

RUI BARBOSA argumentava com a posse daquela região pela União federativa — o Estado do Amazonas — como continuidade territorial da área litigiosa.

Está evidente que o advogado do Estado seguia a mesma argumentação constante dos Tratados de 1750 e 1777, quanto ao *uti possidetis*, desvinculado das velhas características romanas. Era uma inovação, porquanto o litígio entre a União Federal e um Estado da federação autônomo apresentava

aspectos diferentes daqueles previstos nos citados tratados internacionais, entre nações soberanas.

O mais interessante é que o defensor da União não atentou para esses lances jurídicos, passando ao largo na sua defesa.

Não fica só nestes exemplos a utilização de preceitos e de expressões romanas. Em virtude da cláusula XXII do Tratado de Madri de 1750, deveriam ser colocados marcos divisórios nas linhas de fronteira por parte de comissários indicados por Espanha e Portugal. No ponto de partida da demarcação, no extremo Sul, foi fincado um marco de mármore, próximo ao Monte de Castilhos, na direção norte-sul, vendo-se, na parte norte, a inscrição — SUB JOANNE V, LUSITANORUM REGE FIDELISSIMO; e do lado do sul as armas de Castela com a inscrição: SUB FERDINANDO VI, HISPANIAE REGE CATHOLICO do lado de leste a inscrição: JUSTITIA ET PAX OSCULATAE SUNT; e do lado oeste: EX PACTIS FINIUM REGUNDORUM, CONVENTIS MATRITI IDIBUS JANUARIII 1750. A expressão *finium regundorum* lembra uma das mais antigas ações romanas, destinada à fixação de limites.

Eis aí alguns exemplos do direito romano americanizado, chamado a oferecer soluções para problemas gravíssimos, como o eram os da fixação de fronteiras, de maneira pacífica, na América do Sul.

Assim como se fez no passado, pode-se, hoje em dia, invocar as inumeráveis sugestões desse direito para aplicação a realidades vivas. Vamos citar alguns exemplos em nosso país.

VI — *Os servi terrae do mundo atual* — Há uma terrível realidade no mundo contemporâneo a desafiar legisladores e sociólogos: os chamados *escravos da terra*, em várias regiões sul-americanas, especialmente na Amazônia. Os jornais todos os dias noticiam casos de milhares de trabalhadores rurais, geralmente emigrantes, que são levados para a região amazônica a fim de promoverem desmatamentos e implantação de culturas. Longe da civilização e das autoridades judiciárias, vivem num regime de escravidão, do qual não podem fugir. Devedores permanentes de saldos que não tem condições de pagar (despesas de transporte, alimentação e outras), ficam na impossibilidade de sair da gleba que os acolheu com promessas mirabolantes. O mesmo evento singular tem sido noticiado a respeito de trabalhadores brasileiros que atravessam a fronteira e vão servir em países limítrofes. Ainda recentemente tais fatos eram denunciados pela imprensa a respeito de milhares de trabalhadores rurais no Paraguai. Retirando os exageros dos noticiários, mesmo assim se encontra, por trás desses episódios dramáticos, um núcleo central verdadeiro: a escravização do homem.

Na Amazônia brasileira essa escravidão à terra é antiga, vem desde o século passado, com a exploração da borracha nos seringais nativos e da balata nos balatais da margem esquerda do imenso rio. O assunto tem

servido à criatividade literária de escritores, como FERREIRA DE CASTRO, autor do *A Selva* e outros, que revelaram ao mundo o drama surgido em torno da *árvore que chora* (cautchouc). A diferença entre essa situação atual e o *colonato romano* é que este obedecia a prescrições legais, embora duras. Fora uma situação de fato que se transformara em de direito, conforme bem o salienta MONIER, *il semble que c'est un état de fait qui s'est transformé peu a peu en une situation légale, par suite de la tendance du Bas-Empire à rendre héréditaires les conditions sociales* (Man. El. DR, Paris, 1935, Domat-Montchrestien, I, p. 270).

Havia um registro no censo, *coloni adscripti*, uma situação terrível, transmissível aos filhos e netos dos colonos, presos ao solo que deveriam explorar. É no mundo atual? Não há registro, não existe censo, milhares de seres humanos são conduzidos para as florestas de onde nunca mais voltarão ao seio da família e da civilização. O direito romano, a partir do primeiro século da era cristã, procurou amenizar a situação dos colonos da África e Ásia, transformando-os em agricultores livres e voluntários, com direito a um pedaço de solo para cultivar, mediante o pagamento de um pequeno tributo. (Vide *Étude sur les Locations à Long Terme et Perpétuelles dans le Monde Romain*, de A HAJJE, Paris, 1926, pp. 47-127, apud MONIER cit., p. 271, I, nota 2). Agindo dessa forma, os legisladores romanos deram aos antigos escravos da terra uma oportunidade de se transformarem em proprietários, fixando-os voluntariamente no campo.

O Imperador Constantino proibiu aos descendentes dos colonos abandonarem as terras, considerando os infratores dessa proibição escravos fugitivos, em 322 (*Cod. Teodosiano*, V, 9, 1). E os imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio estabeleceram iguais normas para os habitantes da Palestina (C. XI, 50, Cost. 1). Lê-se nessa constituição DE COLONIS PALAESTINIS: "*Cum per alias provincias, quae subjacent nostrae serenitatis imperio, lex a majoribus constituta, colonos quodam aeternitatis jure detineat, ita ut illis non liceat ex his locis, quorum fructu relevantur, abscedere: nec ea deserere, quae semel colenda susceperunt, neque id Palaestinae provinciae possessoribus suffragentur: sancimus, ut etiam per Palaestinam nullus omnino colonorum suo jure velut vagus, ac liber exultet, sed exemplo aliarum provinciarum ita domino fundi teneatur, ut sine poena suscipientis non possit abscedere: addito eo, ut possessionis domino revocandi ejus plena tribuatur auctoritas*".

Todo o livro XI do Código de Justiniano (ano 529), nos títulos XLVII a LIII, é dedicado aos agricultores, censitários, colonos e suas relações jurídicas e tributárias com o Império. Nele se encontram sugestões interessantes para solução de problemas da atualidade, nos quais não há lei alguma no sentido de amenizar a situação dos escravos da terra contemporâneos, os chamados *sem terra* da Sul-América, vítimas de reformas agrárias ineptas, que, em vez de fixar o homem ao solo que cultiva, antes provocam êxodos rurais formidáveis, como está acontecendo no Brasil e, ao que pa-

rece, em outras nações vizinhas, cujas capitais incham com uma população marginal faminta, entulhando os seus subúrbios. Constantino permitiu que o colono, vítima de extorsão por parte dos senhores, os denunciasse ao juiz *adeat (judicem)*, e, provada a extorsão, fosse ressarcido *prius reddito, quod super exactione perpetrata noscitur extorsisse (Cod. XI, XLIX, 1)*.

Eis aí o exemplo de uma verdadeira justiça agrária, em que se dava oportunidade ao colono vítima de extorsão de processar o extorsionista.

Lendo-se o texto dessas leis antigas, compreende-se a razão por que ANDRÉS BELLO se deliciava, no estudo do *Digesto* ou *Pandectas de Justiniano*, após as refeições, que recomendava como um bom digestivo.

O direito romano dava atenção ao problema dos sem-terra nas províncias asiáticas e africanas. Não os deixava entregues à própria sorte, sem lei nem grei, como se faz atualmente em alguns países da América do Sul, em que se transformam em assaltantes e revolucionários.

VII — *O monopólio das terras rurais e a enfiteuse* — Outro aspecto social dos tempos modernos em que o direito romano poderia oferecer valiosos subsídios é o referente às grandes extensões territoriais, especialmente na Amazônia, entregues a latifundiários que não os tornam produtivos. O grande perigo está na concessão do domínio direto a esses negociantes de terras, enquanto milhares ou milhões de cidadãos válidos migram dentro do próprio território nacional, em busca de trabalho e de solo para cultivar. Não poucas vezes eles atravessam as fronteiras e vão incrementar iguais problemas em nações vizinhas.

A solução está na adoção da enfiteuse, também chamada, em nosso direito, aforamento ou aprazamento. Com a bipartição do domínio em *direto e útil*, ficando o poder público com aquele, cessariam os abusos e a mercantilização do solo. No entanto, o que se observa nos projetos de códigos civis contemporâneos é a tendência no sentido de extinguir a enfiteuse, apagá-la das codificações, sob a alegação inepta de tratar-se de um instituto ultrapassado, medieval, de origem greco-romana. Confundem, esses juristas, os aspectos negativos da enfiteuse distorcida na aplicação *urbana* com a enfiteuse *rural*, utilíssima, cujas origens polêmicas encontrariam raízes históricas no *jus perpetuum* dos tempos do Imperador Adriano, interessado em tornar produtivas as terras do Norte da África.

Através da enfiteuse se exerceria um melhor controle na distribuição das terras, evitar-se-ia comercialização, obrigar-se-ia à exploração racional pela agricultura, facilitar-se-ia a instituição da pequena propriedade, ao lado da grande e da média.

Há muitos anos vimos desenvolvendo em nosso país uma campanha no sentido de salvar a enfiteuse nos textos dos projetos de códigos civis,

dada a sua evidente utilidade, como arma no combate a distorções sociais e solução inteligente do problema dos migrantes sem terra e sem teto.

VIII — *A usura internacional* — Um dos mais belos aspectos do direito romano é sem dúvida o do combate à usura, ligada, desde as mais remotas eras, às questões relacionadas com o patriciado e a plebe. Já afirmamos certa vez que no mundo atual continuam a existir patricios e plebeus, nações patricias e nações plebéias, estas exploradas por aquelas, integrantes do chamado *terceiro mundo*. Bancos internacionais, tendo como pano de fundo nações poderosas, descobriram um meio de dominar sem guerras, através de cálculos de juros sobre juros. Tais dívidas astronômicas (a do Brasil já atinge a cifra de cento e vinte bilhões de dólares), são produto do anatocismo, juros sobre juros, mais taxas de risco, *spreads* e outras cobranças usurárias.

A usura sempre foi combatida, em todos os tempos, pelas leis e pelas religiões. Leiam-se os códigos antigos, leiam-se os Evangelhos, o direito civil romano, desde a Lei das XII Tábuas, o direito canônico, e em todos eles se encontram preceitos salutareos no sentido de combater os usurários. O tema invadiu a literatura, sendo o exemplo clássico a figura de Shylock no drama de Shakespeare, "Mercador de Veneza".

Que acontece no mundo contemporâneo? As dívidas de nações, em rigor, já foram regamente pagas, mas crescem sempre, em juros sobre juros. Os preceitos do direito romano são ricos a respeito dos *fenus unciarium* e do *mutuum* (D. 19, 5, fr. 24; D. 17, 1, fr. 10, 4; Paulo Sent. II, 14, 1; Nov. 136, 4, Cod. IV, 32, Const. 28, Cod. IV, 32, Const. 10).

Já na Lei das Tábuas se fixava uma taxa razoável, a fim de evitar a usura (1/12 do capital). A lei Genucia do ano 342 a.C. chegou a proibir os juros, conforme se lê em TITO LIVIO, V, II, 42.

GAIO refere que uma lei Márcia deu ação aos devedores contra os usurários (*manus injectio pura*), no sentido de obrigar à devolução de juros exorbitantes. A disciplina dessa matéria levou até à instituição do *fenus nauticum*, aplicável aos negócios marítimos.

No final da República a taxa legal máxima era de um por cento ao mês ou 12% ao ano, conforme o atesta CÍCERO (Ad. Att. I, 12; 5, 21).

Justiniano baixou os juros, fazendo-os dependerem da condição do credor e do devedor (Vide G. CASSIMATIS, *Les Intérêts dans la Législation de Justinien et dans le Droit Byzantin*, Paris, 1931, apud MONIER, cit., p. 136-II).

Além de limitar os juros, Justiniano proibiu o anatocismo, isto é, a acumulação de juros sobre juros (Cod. IV, 32, Const. 28). No ano 529 da era cristã, há cerca de 1.500 anos atrás, já um governante consciencioso

vedava a exploração usurária. E muito antes dele, o Imperador Caracala, através da Constituição 10, constante do livro IV, 32 do Código justiniano, eliminava juros, quando os anteriormente acumulados atingiam quantia igual à do capital investido.

Que se vê hoje em dia? Pratica-se abertamente o anatocismo no campo internacional, nações explorando nações, sangrando-as em suas reservas, enquanto multidões de crianças não dispõem de escolas e multidões de enfermos não têm hospitais.

O direito romano deveria vir em socorro dos estadistas deste final do século XX, em defesa das nações do chamado terceiro mundo, exploradas impiedosamente. O assunto penetra em outra seara do direito romano, o das obrigações impossíveis (*ad impossibilia nemo tenetur*) e na do pagamento indevido.

Essa talvez seja uma das razões por que não interessa a certos governos a instituição do direito romano como disciplina obrigatória nos currículos universitários, porquanto ele viria esclarecer as mentes e mostrar quanto é superior ao direito hodierno.

IX — *As reformas agrárias* — Fala-se muito em reforma agrária nos países sul-americanos. A História romana é fértil nesse campo, com as numerosas experiências, desde Licínio Stolo às *leges agrariae dos irmãos Gracos* (Tibério e Caio).

Leiam-se os textos, estude-se o meio social, analisem-se as soluções e seus resultados, e grande número de sugestões poderão surgir. A investigação das *leges agrariae* romanas, ao lado de institutos como a enfiteuse e a superfície, poderá oferecer aos legisladores de nosso tempo valiosas sugestões. Mas para que tal investigação se realize é necessário o estudo da disciplina nas Universidades, a sua divulgação em obras doutrinárias, o seu conhecimento por parte de estadistas e legisladores.

X — Numerosos outros problemas nossos contemporâneos poderiam ser socorridos à luz de idéias oriundas do direito romano, entre eles a chamada socialização da propriedade, o furto do uso e o furto da posse, o trabalho humano e até assuntos novíssimos, como o da inseminação artificial em seres humanos (Vide a respeito o excelente estudo da professora MERCEDES GAYOSSO, da Universidade Veracruzana, México).

Ficamos por aqui na indicação de problemas atuais que são eternos e que poderiam ser atenuados com o auxílio da “*charmante antiquité, beauté toujours nouvelle*” voltairiana.

XI — *Como atingir o objetivo neste fim de século? O ensino, a doutrina e a legislação* (KLIO, 61, 1979, 1, 143-156).

O prof. SANDRO SCHIPANI, no trabalho intitulado *Diritto Romano e Diritto attuale — Appunti sulla Situazione Italiana*, enfoca com segurança vários aspectos da problemática ora em exame, em face da situação italiana.

A controvérsia surgida de um confronto entre o direito de Roma e o hodierno, objeto de estudo de V. Arangio-Ruiz, apresenta aspectos variados, dignos de exame.

Arangio-Ruiz li *inquadra* nell'ambito delle discipline storiche, qualificava come storici i romanisti, ed individuava il progresso scientifico degli studi romanistici nella ricostruzione storica del diritto dei romani, libera da ogni rapporto con il diritto attuale (SCHIPANI cit., p. 143).

Não aceitamos essa desvinculação total. O aspecto histórico é inegável. Histórico é tudo o que pertence ao passado. O minuto que se esvai deixa de ser presente para transformar-se em passado. Isso não importa em manter em departamentos estanques o direito romano e o direito dos tempos atuais. Pelo contrário. Já fizemos ver a enorme contribuição que ele poderá trazer à legislação de nossos dias, contribuição verdadeiramente revolucionária. Paradoxalmente, em vez de ser um direito caduco, ultrapassado, assume aspectos verdadeiramente revolucionários nos dias de hoje.

Uma tese a examinar em profundidade, que oferecemos aos senhores congressistas: *o caráter revolucionário do direito romano na idade contemporânea*. Estudem-na os doutos.

Estamos com SCHIPANI quando põe em realce a *dimensione sovranazionale del diritto romano*. Universalidade e atualidade, são dois aspectos positivos, que reforçam a nossa tese.

XII — *Contribuição de Pierangelo Catalano* — Em conferência pronunciada em Brasília, sob o título *Diritto Romano na América Latina — difusão e atualidade* (Seminários de DR, ed. Univ. de Brasília, 1981, pp. 13 e segs.), o Prof. PIERANGELO CATALANO, da Universidade de Roma, faz afirmativa que nos parece pertinente: “Não me interessa a exportação dos estudos romanísticos europeus, mas o estudo do direito romano na América Latina”. Eis aí. Este, em nosso entender, é um “outro direito”, nascido, inspirado e alimentado pelo velho *jus romanum*, mas com faces e coloridos diferentes. Esta seria, em nosso entender, a partir de agora, a 4.<sup>a</sup> idade do direito romano, (para usar expressão muito ao gosto de FLORIS MARGADANT), com vistas a este fim de século e à aproximação do novo milênio.

Já ANDRÉS BELLO, em oração pronunciada na Universidade do Chile em 17-9-1843, citado por CATALANO, dizia, referindo-se à legislação romana: “Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas.”

O Visconde de Cairu, um dos mais esclarecidos estadistas do Brasil do passado (que aconselhou Dom João a abrir os portos da Colônia às nações amigas, em 1808), falava na *Roma americana*.

A fim de atingir o objetivo almejado em Congressos Internacionais de Direito Romano na América Latina, é necessária a ação conjunta de professores, juristas e legisladores. A tarefa é uma só, tripartida embora.

Compete aos professores o ensino esclarecido da disciplina, não apenas em caráter histórico, mas em relação com o tempo presente. Aos codificadores e legisladores em geral cabe a missão de aproveitar, em seus textos, o que houver de mais oportuno no direito romano em face da realidade social. Tarefa grandiosa é a dos juristas, dos doutrinadores, dos intérpretes, para que se forme uma *consciência coletiva* a respeito da necessidade de consolidar-se um direito romano sul-americano, liberto dos aspectos negativos que, vez por outra, contaminaram o direito romano. Há um aspecto político universal para o qual poucos atentam. É o que vamos examinar, agora.

XIII — *A sobrevivência da latinidade no mundo atual. Latinos e anglosaxões. Eslavos e orientais* — As Américas receberam uma carga cultural hereditária da Europa da qual dificilmente poderão totalmente libertar-se. Somos, nós americanos do norte, do centro e do sul, depositários fiéis de uma *hereditas jacens*, que até hoje *personam defuncti sustinet*.

Como em toda herança há ativo e passivo, créditos e débitos.

Vivem os hábitos ancestrais na alma coletiva. Até hoje os americanos do norte são uns saudosistas da Mayflower, cuja missão aventurosa cultivam com um amor quase místico.

A projeção da latinidade no Ocidente ainda não chegou a seu termo; da mesma forma a invasão dos bárbaros prossegue, de seu alto grau de cultura. O mundo romano-helênico-mediterrâneo ainda subsiste nas Américas; os anglo-saxões e seus descendentes representam a outra metade desse panorama. Hemisfério sul e hemisfério norte. Se quisermos conservar a nossa fisionomia histórica, temos que defender os valores maiores da latinidade: a língua, a literatura, a filosofia, o direito.

É bem verdade que, transferido para o Novo Mundo, o direito romano sofreu o impacto do meio e da cultura autóctone, representada pelos hábitos e instituições indígenas, mais poderosos no Peru e no México. MARGADANT põe em realce as fases por que passou o direito mexicano: o período pré-cortesiano, o novo-hispano e o do México independente. Ao lado dessas três categorias está presente o direito romano, com dimensão dogmática e perspectiva histórica e ainda a história universal do direito (México: 75 años de investigación histórico-jurídica, in *LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo*, Univ. Nac. Aut. do México, 1979, pp. 63 e segs.).

Nem todas as nações americanas tiveram as riquezas culturais deixadas pelos astecas, maias e incas. No Brasil e na Argentina, por exemplo, é ínfima a contribuição indígena. SALVAT nem sequer leva em consideração essa fase inicial incolor e pobre.

Em termos gerais, a nossa grande herança é íbero-romana, com os meios-tons da contribuição germânica na legislação hispano-lusa.

No outro hemisfério está a imensa herança anglo-saxônica, servindo povos de origem diferente, com psicologias também diferentes.

É natural que, com a facilidade dos meios de comunicação e o intercâmbio vertiginoso dos tempos atuais, essas duas grandes correntes troquem influências, prevalecendo sempre o mais forte contra o mais fraco.

O direito romano, no entanto, demonstrou historicamente uma grande capacidade de resistência, uma *força intrínseca*, como dizia SAVIGNY, tanto assim que sobreviveu às invasões dos povos do Norte europeu. O Império esfacelado não foi derrotado culturalmente. Mas a luta prosseguiu e prossegue até nossos dias, repercutindo na organização política dos Estados, na elaboração dos códigos, no relacionamento econômico e financeiro, no ensino universitário, e até nos hábitos e costumes de toda natureza.

Nosso papel, como depositários da herança românica, é defender os valores da tradição, adaptando-os ao momento atual.

“A linguagem com que hoje nos expressamos” — afirma J. IGLESIAS — “nos diz que nossa cultura tradicional, embora por ela aprisionada, não morreu ainda. Na hora atual, muitas palavras latinas têm entre nós o mesmo colorido e sabor que em Roma. E melhor seria se algumas delas, como LIBERTAS, contivessem ainda hoje o mesmo sentido que tinham entre os romanos” (*O direito romano e a nossa época, trad. de nossa autoria, in Novos e Velhos Temas de Direito*, Forense, Rio, 1973, p. 220).

Diante do exposto, só nos resta não perder a fé nos valores maiores da latinidade, entre eles o direito romano, a ser estudado e divulgado não apenas no campo do Direito Civil, mas sob todos os seus ângulos: o comercial, o administrativo, o fiscal, o constitucional, o internacional, como direito histórico e como direito ainda vivo, com grande força inspiradora da dogmática jurídica contemporânea.

Só assim poderemos defender-nos das incursões de outras culturas não latinas, quer anglo-saxônicas (e principalmente), quer eslavas ou orientais, a repetirem, neste fim de século, as invasões de Átila e Gengis Khan.

Damos a palavra final a J. IGLESIAS — da Universidade de Madrid — em homenagem às suas *bodas de oro con la enseñanza*, recentemente comemoradas: “Renasce quem projeta os seus olhos para o mundo antigo, isto é, para a fonte da vida de nosso mundo atual” (ob. cit., p. 224).

# A nova Constituição e sua contradição ideológica

Senador LEITE CHAVES

Perguntei a um ilustre Embaixador, de país socialista, que alternativas vislumbrava para o Brasil. Estávamos em plena ditadura militar, sob a vigência do AI-5, que manietava o País, e do Decreto n.º 477 que emudecia os estudantes. A ordem jurídica inexistia como manto protetor das liberdades. *Estávamos, por conseguinte, ainda no regime da insegurança, do medo, da ditadura institucionalizada.*

O Embaixador, cientista político, professor universitário em seu país, versado, dentro dos melhores, na doutrina marxista-leninista, pediu prazo para resposta. Dias depois externou seu pensamento: o Brasil nem iria para mais à direita, nem para mais à esquerda e, menos ainda, para um movimento revolucionário de qualquer espécie.

Seu caminho seria a democracia. Chegara a essa conclusão em razão da natureza do povo brasileiro que, aprofundadamente, havia estudado.

Surpreendentemente chegamos ao quadro de abertura atual, sem que houvesse confrontos de classe e sem a existência de ódios irremovíveis. Uma nova Constituição passou a ser o desejo maior da sociedade. Estando em plena fase de elaboração, as suas disposições transitórias deverão ser ultimadas em questão de dias.

É a primeira vez que se faz uma Constituição a portas abertas, à vista de todos; sobretudo dos órgãos de divulgação.

Discute-se sobre a terra dos índios, no dia seguinte estão eles à porta dos gabinetes, na ante-sala da Constituinte, encenando ritos de guerra. Todas as classes aqui estiveram defendendo, de forma aguerrida, os seus direitos.

É, por conseguinte, uma Constituição feita não por 559 Constituintes, e sim por 140 milhões de brasileiros.

Não houve setor da vida nacional que não fosse examinado e discutido.

Bem o contrário ocorreu com a elaboração da Constituição americana que já completou seus 200 anos. Muitos queriam até tomá-la por modelo. Sua elaboração foi muito fácil: pouco mais de uma dezena de estadistas a conceberam e formalizaram, sem participação popular alguma.

Fizeram-na em nome da liberdade, mas mantiveram a escravatura. Aqui os fatos estão se passando de forma diversa. Nenhum segmento deixou de ser consultado e ouvido. Mas a nova Constituição traz em seu bojo uma estrutura explosiva. É a sua contradição ideológica.

Na parte econômica foram mantidos todos os privilégios que nenhum país capitalista ousou permitir; na parte social concedemos vantagens e direitos que nem os mais avançados países socialistas estão capacitados a dar. Ao mesmo tempo garantimos a execução desses direitos através de medidas eficazes, como o mandado de injunção, o habeas-data, a ação popular, o mandado de segurança coletivo. Por outro lado, não há camada social que não tenha consciência do direito que a Constituição lhe assegurou, mantendo, inclusive, a convicção de que tais direitos resultaram de sua luta. Alguns pontos de impossível acordo parlamentar foram remetidos para lei complementar e a legislação ordinária. Todos esses direitos, entretanto, passam a ser exigíveis a partir da promulgação da nova Carta.

Nem o Legislativo nem o Executivo têm condições de, em curto prazo, dar cumprimento a essa tarefa regulamentadora. O Judiciário passará a ser sacudido pela exigibilidade formalizada desses novos direitos.

O cientista político, a que me referi no início, mostrou grande conhecimento e clara visão da realidade brasileira.

Não houve confronto, é verdade. Transferimo-lo para a nova Constituição. Administrá-la será o próximo passo.

A certeza é que os mais desfavorecidos, a partir deste momento, não mais admitirão ser os marginais da vida, da história brasileira e de seus eternos anseios de justiça.

Estamos ultimando a Constituição, mas não resolvemos o grande impasse da concentração da renda. O Brasil continuará a pertencer aos 5% da população detentora de 50% da renda nacional. Nenhum país no mundo oferece esses índices e é exatamente aí que repousa a bomba-relógio de grande poder explosivo colocada no contexto da Constituição que está por sair. Como resolver a questão é o novo desafio que se abre à sociedade brasileira, agora mais vigilante, mais politizada, mais consciente de seus direitos. E quando um povo se conscientiza dos caminhos que o levam a um estado de justiça, ninguém o deterá em sua marcha.

Os representantes dos privilegiados, que souberam escamotear a Constituição, já não deverão ter em suas mãos as cartas para o blefe do grande jogo social que vai começar.

# Aspectos da nova constituição

MARCELO PIMENTEL

Ministro-Presidente do Tribunal Superior  
do Trabalho

Sinto que se faz necessário dizer algo sobre a nossa vida institucional, como um todo: examinar, ainda que rapidamente, as mudanças institucionais que a Constituição prenuncia e fazer uma síntese das suas conseqüências possíveis. Sob minha visão pessoal e objetiva de espectador da anterior Constituinte, gostaria, se não me faltasse engenho e arte, de concluir dizendo se a Constituição pode justificar alguma expectativa de redenção nacional ou não.

As relações de trabalho podem sofrer mais ou menos intervenção governamental, parecendo óbvio, hoje, que, quanto mais liberdade se conceder às partes, melhor, desde que preservado o interesse público, maior que o interesse das partes por mais especial que seja. Uma das interferências do Estado que menos se deseja, numa democracia, é a que limita o direito de associação. Entretanto, o texto em debate consagra uma singular intervenção do constituinte na vida associativa dos trabalhadores: todos podem constituir livremente as associações que quiserem, mas os trabalhadores não: só podem ter um sindicato em cada base territorial. A “base territorial” é algo semelhante ao feudo: uma forma astuta de governar autoritariamente através de organismos autoritários. Curiosamente, o texto assegura liberdade de associação, que independe de autorização e sobre cujo funcionamento o Estado não pode intervir, salvo para dissolução por sentença judicial. Mais ainda: as associações civis, quando autorizadas em seu instrumento constitutivo, têm legitimidade para representar seus filiados em juízo ou fora dele. Só os trabalhadores é que não têm essa liberdade, nem os empregadores, porque os sindicatos atuais (e com eles as federações e confederações) consagraram o seu *monopólio de representação* e, mais, o *monopólio do enquadramento sindical*, porque são eles próprios que definirão a sua “base territorial”, que apenas não poderá ser “inferior à área de um Município”. Só o sindicato único é substituto processual da famosa “categoria”, outra modelagem fascista que subsistirá na Constituição. Não

obstante, em matéria de mandado de segurança coletivo, ele concorre com qualquer "entidade sindical ou qualquer associação legalmente constituída".

Qual associação pode impetrar o mandado de segurança coletivo "em defesa dos interesses de seus membros ou associados"? Como se resolverá o conflito de representação, quando os detentores do privilégio sindical (os sindicatos) defenderem os seus associados e outras associações defenderem os seus associados (que podem até ser os mesmos) em sentido contrário? Quem estará mais *legitimado* para representar esses "associados"? Novamente a lógica indica que a vitória será dos detentores do monopólio sindical, que traçarão, assim, até nos conflitos judiciais, os limites precisos de seu feudo ou privilégio de representação.

Para complicar o problema, quando se tratar de mandado de injunção "para exercício das liberdades constitucionais", não estarão ambos legitimados, o sindicato e a associação civil de trabalhadores, em relação à *liberdade de associação* de seus associados? Novamente a Justiça será chamada a convalidar o *privilégio* "sindical" contra a liberdade de associação, proclamando um conflito intercontextual na própria Constituição?

A ação de inconstitucionalidade também poderá ser ajuizada contra os atos que firam a liberdade de associação? E, em tal caso, terá a Justiça que prestigiar a liberdade de associação ou o privilégio sindical? Creio que o *monismo pluralista* da Constituição vai suscitar demandas sem fim.

Outrossim, o salário, por mandamento constitucional, terá que ser "nacionalmente unificado". Não se poderia pensar em coisa pior para o trabalhador urbano dos grandes centros: o salário mínimo será sempre nivelado por baixo, isto é, para não prejudicar a economia dos Estados mais pobres. Isto também gera perplexidade: a quem interessa essa "unificação"? Ou será o vício da *unicidade*? . . .

O mesmo vício vai para o "piso salarial", supostamente maior que o salário mínimo, mas que contemplará apenas "a extensão e a complexidade do trabalho". Novamente, o piso, para ser fiel ao mandamento constitucional, terá que ser nacionalmente unificado, pois a extensão e complexidade de cada profissão são presumivelmente as mesmas em todo o território nacional. Mais uma vez, vou repisar aquilo que venho afirmando em artigos, conferências e contatos com congressistas: é um erro regular tanta coisa na Constituição. As "garantias" tornam-se um "boomerang", podendo voltar-se contra o trabalhador ou pela rigidez do texto, ou pela imprevisão

do constituinte. Os pisos profissionais, tal como o salário mínimo, serão nivelados por baixo. Na verdade, a Constituição nada teria a ver com piso profissional. Nem o legislador ordinário seria capaz de normatizar razoavelmente esta matéria, que é típica da negociação coletiva.

A participação nos lucros, “desvinculada da remuneração”, cria uma figura jurídica *sui generis*: participação em lucros que não é salário nem lucro. Certamente, o que se quis evitar foram os efeitos em cadeia da participação como salário, para diversas incidências, como, por exemplo, as contribuições à Previdência Social. Mas, isto poderá ter reflexos nocivos na economia do trabalhador ou de sua família, quando de sua aposentadoria ou morte, rebaixando muito a sua renda real que servirá de base para os proventos.

Se a idéia é desenvolver a negociação coletiva, não faz sentido que a lei, e muito menos a Constituição, obrigue a novos direitos, como o piso salarial, o décimo terceiro com base na remuneração integral de dezembro (o que “esfria as concessões de fim de ano no plano contratual”), o salário-família aos dependentes (que já é prestação previdenciária, com custeio próprio), a duração semanal de 44 horas, a dobra salarial nas férias, a licença à gestante, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o adicional por trabalho penoso, a aposentadoria (outra prestação previdenciária e não trabalhista), a assistência gratuita a filhos e dependentes, a participação nas vantagens advindas da modernização tecnológica e da automação, o seguro contra acidentes do trabalho (outra prestação inserida no sistema da previdência social) etc. Não se trata de combater estes direitos, mas de indagar por que razão os constituintes julgam necessário *dar alguma coisa* de novo aos trabalhadores na Constituição, como a justificar a sua eleição por eles, quando o que se quer é negociação coletiva livre, através da qual essas e outras vantagens serão ajustadas à realidade de cada setor da produção ou mesmo de cada empresa. Assim não pensando, o constituinte, a cada direito que se *enrijece* sob a forma constitucional, está reduzindo o espaço de negociação das partes. Creio que, na raiz de tudo isto, está o medo da negociação coletiva e de seu consectário, a greve, quando, na verdade, seria fácil prever mecanismo de defesa da sociedade contra as greves insuportáveis para a coletividade e liberar as partes, no mais, para a livre negociação. Mais uma vez, não definimos o que queremos em matéria de negociação coletiva, até porque o poder normativo da Justiça do Trabalho permanece em perigo, com uma emenda supressiva que o anulará. O modelo não

mudará muito, embora os “novos direitos”, na Constituição, possam empolgar alguns.

No novo texto, as instituições permanecem intactas e os institutos jurídicos pouco se modificam, a despeito da salutar distinção entre garantia de emprego e fundo de garantia do tempo de serviço. Pouco ou nada de útil se fez para dar a estabilidade desejada. O que vai acontecer é o encarecimento da dispensa, passando o empregador a pagar a importância de 40% do montante dos depósitos do FGTS, e não apenas os 10%. Se o congressista não encontrar um meio de regulamentar, com eficiência, o instituto da estabilidade, a rotatividade da mão-de-obra vai continuar sacrificando selvagemmente o operário brasileiro.

Deixemos, pois, de lado o problema peculiar a cada uma dessas instituições e institutos jurídicos e vejamos o que será o mundo das relações de trabalho no Brasil, de um modo geral, a partir da nova Constituição. As entidades estatais continuam fortes, a intervenção estatal permanece onipresente na atividade privada: basta ver a ampliação que recebe o título sobre a ordem social, assim como o da ordem econômica e financeira. Sabemos que há uma declaração de prevalência do princípio da propriedade privada e da livre concorrência; sabemos que há até mesmo a perspectiva de a nova Constituição gerar um imperativo de desestatização em muitos setores. Mas, nada disto deverá ser levado a termo, pois a força do sistema vigente se fez presente na multiplicação de regras intervencionistas, algo incompatível com os propósitos de desestatização de empresas e diminuição da presença do Estado na economia e no controle das relações sociais. Sabemos também que o sistema financeiro nacional deverá ser “estruturado” pelo Estado, mas vemos a presença prevalecente do Estado no mercado financeiro e não conseguimos imaginar como ela se reduzirá, com tantos “programas constitucionais” a cumprir. Até juro temos tabelados! A atividade estatal na economia tem algumas peculiaridades: é capaz de ser liberal em momentos de crise e parcimoniosa em momentos de abundância, sempre em favor de seus projetos políticos. Em outros termos, a economia estatal é uma economia viciada e viciadora: tudo submete a interesses políticos, fazendo com que, na economia privada, também se reflitam esses interesses e que o desenvolvimento dos direitos sociais se submeta àquela “sinalização” a que nos referimos, às vezes com dano para a economia privada, outras vezes com indevida vantagem para ela.

O Brasil ameaça entrar na chamada “terciarização da economia”, deslocando os problemas sociais, inclusive e especialmente os trabalhistas, da

economia industrial para a economia terciária. No setor de serviços, nunca houve tanta greve, proporcionalmente, como no ano que passou. A união operária com que sonhava Marx é agora uma quimera, porque os interesses se conflitam, desde a economia agrária até a terciária. No mundo todo, esse conflito interno na enorme e crescente "classe trabalhadora" revela que ela não é uma só classe, mas, na verdade, está em todas as classes sociais. Isto não reduz a gravidade do conflito trabalhista, mas, ao contrário, torna-o mais complexo e impossíveis as soluções unitárias, como as pensadas desde o século passado pelas mais diferentes correntes políticas. A divisão entre capitalistas e comunistas vai desaparecendo, com a evolução chinesa e a "perestroika" caminhando a passos largos para a ocidentalização da Rússia. Devemos considerar também a internacionalização da economia, que tornou obsoletos os preconceitos contra o capital estrangeiro e trouxe grande prejuízo às economias mais fechadas. O desemprego, entretanto, continua a assustar, principalmente nas economias mais avançadas, já que nas economias atrasadas ele é uma decorrência necessária, principalmente sob a forma de subemprego, como no Brasil. Esse problema não se resolve com iniciativas estatais, mas com fortalecimento da economia de mercado, como já começa a ser percebido por muitos socialistas.

Tudo isto reclama uma postura de vanguarda das elites brasileiras. Não discursos. Não artigos de Constituição. Não leis. Não URPs. Não portarias e instruções. Mas, consciência da realidade e determinação de agir. *Res, non verba*. Meu desejo e minha esperança é que, a partir da Constituição brasileira, não queiramos recriar o Brasil. Precisamos é libertá-lo do clientelismo, da corrupção, da demagogia; libertar as forças produtivas, empresários e trabalhadores da tutela estatal, permitindo que o Brasil mostre ao mundo que somos um povo, não um Estado cartorial, ou uma república de mandarins.

A Constituição, na área do trabalho, é conservadora de certas instituições estadonovistas brasileiras, como já afirmei.

Nada há mais perigoso, hoje, do que ser conservador por princípio, pois o nosso dever é o de, sem preconceitos, sem idéias preconcebidas, estarmos prontos a mudar, a reformar, sem revolucionar. Por isso, o conservadorismo se fez progressismo, aqui e alhures. Todos sentem a necessidade de uma mutação constante de instituições, de práticas, de estilos e de idéias, sempre a serviço da liberdade e da dignidade humanas. A direita política, pelo próprio significado, deveria ser uma corrente aceitável no

plano do pensamento político, mas assumiu, em nossa linguagem, uma conotação pejorativa, como que preparada para nos lançar à esquerda. Culturalmente, é como se todos devêssemos nascer canhotos, para sermos progressistas.

O resultado desse patrulhismo político aí está: concessões irrealizáveis, ao gosto da esquerda, e resistência à mudança, ao gosto da direita, para alegria da esquerda, que gosta de ver acentuarem-se as contradições do sistema capitalista. Para onde vamos? Para a inércia, diria eu, a pior das soluções, porque apta a fermentar decepções e reanimar frustrações ativistas. O revolucionário, para mim, é aquele que não sabe para onde vai, mas sabe de onde quer sair. O pior que nos pode acontecer é isto: em pouco tempo, todos saberem que não querem essa Constituição, embora não saibam ainda que Constituição desejam. Já conhecemos o fenômeno de perto, pois o atual sistema jurídico de há muito é desrespeitado, porque parece desajustado à realidade, embora ninguém saiba qual o sistema jurídico que pode substituí-lo. A Nação vive sua crise existencial, que me parece, sobretudo, uma crise de pensamento político. O desencanto é geral, com os diferentes sistemas econômicos e políticos. É a hora perigosa do crepúsculo, em que tudo se confunde, e até um demagogo pode ser aclamado como salvador da Pátria.

Temos necessidade de ordem, logo, de Governo cuja autoridade seja amplamente reconhecida e respeitada. Mas, precisamos de definições dos poderes constituídos e, principalmente, de nossa Constituição. Não é possível pretender uma democracia forte, com um povo livre e Governo respeitado, se entregamos aos sindicatos o poder discricionário de decidir quando e como vão fazer uma greve. Isto é coletivismo, é sindicalismo, mas não é democracia pluralista, em que todas as classes sociais e todas as correntes de pensamento possam ter livre curso. Vamos ter um autoritarismo sindical, legitimado pela Constituição, e já sabemos de antemão que isto irá apenas gerar atritos: inconformidade do Poder Executivo para com os mais que previsíveis abusos do poder sindical; inconformidade do Poder Judiciário, por causa da inutilidade dos seus esforços para assegurar a tranqüilidade pública, ante essa onipotência do sindicato corporativista e neo-feudalista; e inconformidade do Poder Legislativo, porque as suas leis, lentas e ineficazes, nada poderão contra o "poder sindical único" que se está consolidando nessa estranha democracia. Se estou errado, o tempo dirá, e então reconheceremos que o Brasil inventou uma Nova República sindicalista democrática.

# O Mandado de Injunção

HERZELEIDE MARIA FERNANDES DE OLIVEIRA  
Assessora Legislativa do Senado Federal

## SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — Histórico do Mandado de Injunção
  - 1 — Origem do Instituto
  - 2 — Tramitação do Instituto na Assembléia Nacional Constituinte
  - 3 — Objeto do Instituto
- III — Natureza jurídica do Mandado de Injunção
  - 1 — Norma auto-executável
  - 2 — Dificuldades na aplicação imediata do Instituto
  - 3 — Extensão da aplicabilidade do Instituto
- IV — Efeitos jurídicos do Mandado de Injunção
  - 1 — Competência normativa do Poder Judiciário
  - 2 — Extensão dos efeitos jurídicos do Instituto
- V — Foro competente para o ajuizamento do Mandado de Injunção
  - 1 — Previsão do Foro para o julgamento do Instituto
  - 2 — Competência para o julgamento do Instituto face à omissão da autoridade estadual, distrital e municipal no cumprimento da Constituição Federal
- VI — Institutos jurídicos paralelos: O Mandado de Injunção e a ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão
- VII — Conclusões  
Bibliografia

## I — *Introdução*

As considerações que tecemos sobre o Mandado de Injunção representam uma tentativa de iniciar o debate jurídico sobre esse instituto processual com assento na Constituição.

Como novel garantia constitucional, o Mandado de Injunção tem sido objeto da mais acirrada polêmica — gerando ódios e paixões —, colocando-se, no entanto, os polemistas, sempre no campo do posicionamento ideológico, esquecidos de todo e qualquer critério jurídico norteador de sua ação.

Necessária se faz, agora, uma reflexão profunda que leve à análise exaustiva desse remédio processual criado pela Constituição de 1988, a fim de serem detectados os seus limites e abrangência no cumprimento da missão que lhe foi outorgada: a defesa da própria Constituição.

Cientes da importância, não só jurídica mas também social, do Mandado de Injunção, nos encorajamos a tecer algumas considerações preliminares sobre esse recém-criado instituto, na esperança de que se inicie o debate jurídico do tema.

## II — *Histórico do Mandado de Injunção*

### 1 — *Origem do Instituto*

Há algum tempo, os cientistas sociais brasileiros, mormente nos campos jurídico e educacional, vêm se preocupando com a inefetividade das normas jurídico-constitucionais de conteúdo social.

Em todas as Constituições brasileiras anteriores à de 1988, essas normas definidoras dos direitos inerentes ao homem e ao exercício da cidadania constaram como meras declarações de intenção com o mínimo de eficácia para serem consideradas jurídicas, sofrendo a suspensão dos seus efeitos, na dependência de ulterior atuação dos Poderes constituídos, mediante a edição de atos e elaboração de normas implementadoras da Carta Magna.

Com a inércia do poder público, os problemas sociais se foram agravando, pois os avanços nessa área — os compromissos do Estado com a sociedade — sempre estiveram contidos em normas não auto-aplicáveis, classificadas pela doutrina jurídica como meramente “programáticas”, detentoras do mínimo de eficácia para se manterem vigentes; despidas, portanto, de qualquer caráter cogente e imperativo.

Como obrigar, então, o Governo a executar as medidas contidas de forma genérica na Constituição, destinadas à satisfação das necessidades básicas da sociedade, à concretização dos direitos elementares do homem?

Essa preocupação atormentou durante longo tempo os estudiosos do Direito e os educadores, hajam vista, no tocante aos últimos, as premissas

básicas de sua atividade estarem lançadas na Constituição, em normas programáticas, na dependência da boa vontade dos Governos em atendê-las.

Refletiu-se, essa preocupação, nas atividades preparatórias da Assessoria Legislativa do Senado Federal aos Trabalhos Constituintes, tendo as suas áreas de Educação e Direito envidado esforços no sentido de encontrar solução para o problema educacional no Brasil.

Como resultado das pesquisas efetuadas pelos assessores do Senado Federal, foram apresentadas pelo nobre Senador Virgílio Távora, cuja memória reverenciamos, três sugestões de norma constitucional: as que criam os institutos do Mandado de Injunção e da Inconstitucionalidade por Omissão e a que oferece à Educação a configuração de Direito Público Subjetivo.

O Mandado de Injunção surgiu a partir da necessidade de elaborar-se instituto jurídico-processual, com assento na Constituição, para a defesa do direito à Educação. Ressalte-se que existiam, no ordenamento jurídico brasileiro, garantias constitucionais cujas limitações as impediam de exigir do Governo a observância dos ditames constitucionais.

Descartados os institutos processuais brasileiros, pensou-se no “Juicio de Amparo” mexicano, mas este foi também rejeitado por se voltar ao controle da constitucionalidade das leis e atos emanados pelo poder público, sendo que, no caso, cogitava-se de controlar a inação do Governo brasileiro.

Na impossibilidade de utilização dos remédios jurídicos já conhecidos, teve-se que inovar mediante a criação de um novo instrumento processual, voltado para a execução das normas programáticas.

Dessa forma, foi gerado o Mandado de Injunção e, para isso, buscou-se inspiração nos “injunctions” inglesas, mais precisamente no “writ of injunction”, fonte, também, do “Juicio de Amparo” e do Mandado de Segurança.

Paralelamente ao Mandado de Injunção, foi criado, sob inspiração direta da Constituição portuguesa (art. 283), o instituto jurídico da Inconstitucionalidade por Omissão, ao qual, porém, conferiu-se conotação mais abrangente que a do seu similar português, sendo-lhe atribuído o controle não só da inatividade legislativa mas, principalmente, da inércia do Poder Executivo no campo educacional.

Por último, sob as luzes do mestre Pontes de Miranda em sua obra “Direito à Educação”, tornou-se a Educação um Direito Público Subjetivo, acionável contra o Estado mediante Mandado de Injunção.

## 2 — *Tramitação do Instituto na Assembléia Nacional Constituinte*

Alertado pela Assessoria Legislativa do Senado Federal para os problemas enfrentados nos campos educacional e jurídico, a respeito do cumpri-

mento do “poder-dever” do Estado para com a Educação e a efetividade das normas programáticas, o Senador Virgílio Távora apresentou, no início dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, as Sugestões de Norma Constitucional de n.ºs 155-4 e 156-2, ambas datadas de 27-3-87, e a de n.º 315-8, de 2-4-87, versando sobre os institutos do Mandado de Injunção e da Inconstitucionalidade por Omissão, e a configuração da Educação como Direito Público Subjetivo.

A Sugestão de Norma Constitucional n.º 155-4 foi redigida nos seguintes termos:

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

Já à Sugestão de Norma Constitucional n.º 156-2 foi oferecida a seguinte redação:

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

E, enfim, a Sugestão de Norma Constitucional n.º 315-8 recebeu o seguinte texto:

“Art. — .....

*Parágrafo único* — O acesso ao ensino básico é um direito público subjetivo, acionável contra o poder público mediante mandado de injunção.”

Posteriormente, o Senador Ruy Bacelar propôs à Assembléia Nacional Constituinte a Sugestão de Norma Constitucional n.º 367-1, datada de 3-4-87, na qual, utilizando a mesma nomenclatura, sugeriu a criação de idêntico instrumento processual, com assento na Constituição.

A Sugestão de Norma Constitucional n.º 367-1 obteve a seguinte redação:

“Art. — Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam de lei ou de providências do Estado serão assegurados por “mandado de injunção”, no caso de omissão do poder público.

*Parágrafo único* — O “mandado de injunção” terá o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança.”

Originalmente proposto para sanar o vício da “inconstitucionalidade por omissão” no cumprimento dos programas de governo com a Educação,

estabelecidos nas normas programáticas, nas quatro esferas de governo (União, Estado, Distrito Federal e Município), o mandado de injunção sofreu várias alterações em sua tramitação na Assembléia Nacional Constituinte.

Assim é que, já na primeira fase dos trabalhos constituintes, o mandado de injunção recebeu no anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, cujo Relator foi o Deputado Darcy Pozza, a seguinte redação:

“Art. — .....

§ 35 — Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm a aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual.”

Essa redação sofreu profunda alteração no âmbito da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, passando a constar o mandado de injunção, no substitutivo do Relator da Comissão, Senador José Paulo Bisol, nos seguintes termos:

“Art. 34 — Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

.....

Art. 48 — .....

§ 1.º — A lacuna permanecendo depois de seis meses da promulgação da Constituição, qualquer cidadão, associação, partido político, sindicato ou entidade civil poderá promover mandado de injunção para o efeito de obrigar o Congresso a legislar sobre o assunto no prazo que a sentença consignar.”

Mantendo a redação definidora do mandado de injunção, a Comissão de Sistematização, na fase do Projeto de Constituição, reintroduziu a norma estabelecida para a competência para o seu julgamento:

“Art. 32 — .....

*Parágrafo único* — Qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras da lei processual, é competente para conhecer, processar e julgar as garantias constitucionais.”

Já na fase de emendas ao Primeiro Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização, o Senador Fernando Henrique Cardoso ofereceu a Emenda n.º 34.970, de 5-9-87, que foi acatada pelo Relator no que respeita à supressão da referência ao rito processual do mandado de segurança, influenciando, decisivamente, para a redação final do instituto.

O Segundo Substitutivo da Comissão de Sistematização contemplou o mandado de injunção com a seguinte redação:

“Art. 5.º — .....

§ 47 — Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual previsto em lei complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.”

O Projeto de Constituição “A” (Terceiro Substitutivo do Relator da Constituinte) inovou apenas quanto à norma regulamentadora do instituto, subtraindo a referência à lei complementar e prevendo a lei ordinária.

Finalmente, com o Projeto de Constituição “B”, originário do segundo turno de discussão e votação no Plenário, o mandado de injunção sofreu a sua última alteração, sendo definido nos seguintes termos:

“Art. 5.º — .....

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

Essa redação é a contemplada no art. 4.º, LXXI, da Constituição de 1988.

### 3 — Objeto do Instituto

A nova garantia constitucional foi criada, especificamente, para a proteção do Direito Público Subjetivo à Educação.

Porém, tendo como objeto a defesa de um direito social, o novel instituto jurídico-processual, automaticamente passou a compreender, também, a defesa de todos os demais direitos de cunho social incluídos na Constituição.

A partir da ampliação do seu âmbito de atuação voltou-se, esse Instituto, para a proteção da Carta Magna como um todo, sendo o instrumento por meio do qual se exigirá a observância por parte do Governo,

das normas programáticas, dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em conseqüência do seu objeto, o Mandado de Injunção viabiliza a defesa dos direitos não só individuais, mas eminentemente sociais, contidos no texto constitucional, instando e obrigando o Governo a agir no cumprimento da lei.

Dessa forma, será a ação processual utilizada contra todas as omissões do Poder Público, atentatórias aos direitos do cidadão, individual ou coletivamente considerado, como por exemplo: o direito à saúde, à educação, à segurança, à habitação.

### III — *Natureza jurídica do Mandado de Injunção*

#### 1 — *Norma auto-executável*

Grande tem sido a polêmica criada em torno da aplicabilidade do novo Instituto jurídico-processual, com assento na Constituição.

Enquanto alguns entendem — atendo-se à letra fria do § 1.º do artigo 4.º da Carta de 1988 — que o Mandado de Injunção é auto-executável, outros, desprezando o comando normativo constitucional, alegam que esse instrumento processual não pode ser aplicado imediatamente, porque não há rito processual a ser seguido — o conjunto de normas jurídicas estabelecidas do procedimento para o seu ajuizamento.

Essa segunda interpretação é, tipicamente, um entendimento ideológico, manifestação de juízo de valor, sem qualquer respaldo jurídico.

É inegável a imperatividade do comando insculpido no § 1.º do artigo 4.º da futura Constituição brasileira: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

O comando da norma é indiscutível. A “mens legis” é inquestionável. Todos os direitos e garantias fundamentais — em sentido amplo devem ser assim entendidos não só aqueles constantes do Título II da Constituição, mas todo o que diga respeito às necessidades elementares do homem — têm aplicação imediata, são auto-executáveis.

A inexistência de rito processual específico do Mandado de Injunção não impedirá a sua impetração, até porque falece ao Poder Judiciário a competência para eximir-se do julgamento do feito, com base na falta da norma jurídica. O Direito compõe um sistema completo e auto-suficiente, o que impossibilita a existência de lacuna jurídica. Na falta de norma, aplicam-se a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; assim o determina o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Compete, portanto, ao Poder Judiciário a função de julgar os Mandados de Injunção acionados em razão da inobservância da Constituição,

para isso aplicando-se-lhes, analogicamente, um dos procedimentos judiciais hoje existentes, sendo o mais apropriado o rito processual do Mandado de Segurança, por ser este um instituto jurídico que guarda, com o Mandado de Injunção, afinidade de origem.

Há de se observar, porém, que, na quase totalidade das hipóteses futuras que provocarão o acionamento do Mandado de Injunção, estas não deverão ocorrer no dia seguinte, nem na semana seguinte, nem no mês seguinte à promulgação da Carta.

Na medida em que o Mandado de Injunção visa a suprir a ausência da norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos do cidadão, algum tempo terá que ser concedido aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário — tempo considerado razoável (p. ex. no caso do Poder Legislativo, o menor prazo que se utilizará para a elaboração de um projeto de lei, qual seja o da urgência) — para a emissão de normas infraconstitucionais, implementadoras da Lei Maior e que ainda não existam no Ordenamento Jurídico brasileiro, a partir do qual, ante a inércia da autoridade, se caracterizará a inconstitucionalidade por omissão e se tornará exigível, mediante a nova garantia constitucional, a ação do Poder competente.

Dessa forma, a inaplicabilidade imediata do Mandado de Injunção ocorrerá, não porque inexistente um rito procedimental, específico (por essa razão ele é auto-aplicável), mas sim porque não se terá caracterizada a omissão que esse instituto jurídico visa a suprir.

Assim, o Mandado de Injunção, não obstante careça de rito processual específico, é auto-aplicável, garantindo o cumprimento da Constituição.

Há de se ressaltar que, consoante demonstrado anteriormente (tópico 2, Capítulo II), a Constituição pretendeu, inicialmente, eximir de qualquer dúvida a auto-executoriedade do Mandado de Injunção, ao afirmar, desde a origem dos seus trabalhos até a fase da Comissão de Sistematização (Primeiro Substitutivo), a aplicabilidade do rito do Mandado de Segurança.

Durante curta fase, entre o Segundo e o Terceiro Substitutivos do Relator da Constituinte, vingou na Assembléia Nacional Constituinte a idéia da referência expressa à lei regulamentadora (ora complementar, ora ordinária), permanecendo a eficácia do Instituto suspensa até a implementação do texto constitucional.

Essa idéia foi de imediato vencida, sendo suprimida, na norma definidora do Mandado de Injunção qualquer referência expressa à lei infraconstitucional e constando na Lei Maior o comando da auto-aplicabilidade dos direitos e garantias individuais (art. 4.º, § 1.º). Donde é lícito concluir que a “mens legislatoris” foi a de caracterizar o novo Instituto processual como auto-executável.

## 2 — *Dificuldades na aplicação imediata do Instituto*

É indubitável a auto-executoriedade da norma definidora do Mandado de Injunção. É inevitável, não obstante, que, para a aplicação imediata, o Poder Judiciário terá que utilizar os meios que o Direito oferece, por inexistir previsão de rito processual próprio ao Mandado de Injunção.

Observando a tramitação do Instituto na Assembléia Nacional Constituinte e atendo-se à intenção do legislador, o Poder Judiciário deverá utilizar, para o conhecimento imediato do Mandado de Injunção, o rito processual do Mandado de Segurança — aplicável no que couber — o qual foi, inicialmente, proposto como o procedimento judicial a ser seguido.

Essa opinião tem recebido boa acolhida entre os juristas; a da aplicabilidade do procedimento judicial do Mandado de Segurança ao Mandado de Injunção, em face da sua origem comum.

Não obstante a auto-aplicabilidade do Mandado de Injunção, necessária se faz a sua regulamentação para que sejam delimitados os seus contornos e preenchida a sua moldura jurídica.

## 3 — *Extensão da aplicabilidade do Instituto*

A redação final da nova garantia constitucional, aprovada em segundo turno de discussão e votação pela Assembléia Nacional Constituinte, atribuiu-lhe a configuração de instituto jurídico-processual, cujo escopo é o de suprir a lacuna da norma regulamentadora não emitida, que inviabiliza o “exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A definição constitucional do Mandado de Injunção pode levar à conclusão precipitada de que a nova garantia constitucional se prestará a suprir, apenas, a omissão do Poder Legislativo, haja vista referir-se à ausência de “norma regulamentadora”. No entanto, procedendo-se a uma interpretação sistemática do texto constitucional, com especial atenção para o Capítulo “Do Poder Judiciário”, chegar-se-á ao entendimento juridicamente válido de que a nova garantia constitucional será utilizada na proteção da Constituição em face das omissões não só do Poder Legislativo mas, também, dos Poderes Executivo e Judiciário que, ao não emitir os atos administrativos e jurisdicionais exigidos pela Lei Maior, provoquem lesões aos direitos do cidadão, individual ou coletivamente considerado. A “mens legis”, portanto, da expressão “norma regulamentadora” é abrangente da lei, do ato administrativo e do ato jurisdicional.

À norma infraconstitucional que regulamentar o Mandado de Injunção falece a competência para limitar a sua aplicação à omissão legislativa, haja vista que a própria Carta Magna conferiu-lhe extensão às omissões dos Poderes constituídos.

#### IV — Efeito jurídicos do Mandado de Injunção

##### 1. Competência normativa do Poder Judiciário

O Mandado de Injunção, inspirado no “writ of injunction” do direito americano guarda com este, na realidade, afinidade apenas no que diz respeito ao fortalecimento do Poder Judiciário, ao conferir-lhe autonomia na criação do Direito.

A Carta de 1988 atribui ao Poder Judiciário brasileiro a competência para expedir normas de caráter genérico ou individual, visando à proteção dos direitos fundamentais do homem e essenciais ao exercício da cidadania. Poder semelhante somente teve, há mais de dois mil anos, o pretor romano.

Efetivamente, por intermédio do Mandado de Injunção, o Poder Judiciário no Brasil exercerá, em harmonia com o Legislativo e o Executivo, o “jus imperii” do Estado, assumindo, finalmente, o seu *status* de Poder.

Inconcebível é, portanto, a interpretação que juristas do governo pretendem dar ao Mandado de Injunção, confundindo-o com a Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão.

Entendem esses juristas que os efeitos jurídicos do Mandado de Injunção limitar-se-ão à fixação de prazo para o Poder constituído omisso emitir a norma ou o ato administrativo ou judisdicional. Restringem, pois, a atuação do Poder Judiciário à instância do Poder constituído omisso a agir, negando-lhe a competência normativa que lhe conferiu a Constituição.

A interpretação desses juristas tem como arrimo o § 2.º do art. 103 da Lei Maior, que define a Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão, instituto paralelo porém não idêntico ao Mandado de Injunção.

É de ser ressaltado, ainda, que a idéia de consignar prazo, mediante Mandado de Injunção, para o Legislativo emanar a norma omitida constou do relatório do Senador Bisol, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, sendo suprimida no Anteprojeto de Constituição oferecido pelo Relator da Comissão de Sistematização.

##### 2 — Extensão dos efeitos jurídicos de Instituto

Ao negar a competência normativa do Poder Judiciário no julgamento do Mandado de Injunção, os jurisconsultos que abraçam essa tese restringiram, também, a extensão dos efeitos jurídicos do Instituto ao caso concreto, individual.

Creemos, no entanto, que em razão da competência normativa do Judiciário — a qual defendemos e que será exercida de forma supletiva, gerando efeitos até ser emanada a norma ou o ato normativo omitido — os efeitos jurídicos produzidos pelo Mandado de Injunção poderão ter

caráter genérico ou individual. Irão depender do tipo de norma regulamentadora cuja omissão provocará o ajuizamento da ação.

Na hipótese de omissão de lei ou ato normativo, esses, por terem efeitos genéricos, provocarão decisão do Poder Judiciário que beneficiará todos, ou seja, produzirá efeitos "erga omnes". O Poder Judiciário, ao suprir a lacuna criada pela ausência da lei ou ato normativo, legislará supletivamente, beneficiando não só o autor do Mandado de Injunção mas todos aqueles que se encontrem em idêntica situação. E a norma jurídica emitida jurisdicionalmente, com base na competência normativa supletiva, vigorará até que o legítimo detentor da competência de emitir a lei ou o ato a exerça.

Na hipótese, no entanto, de omissão de ato administrativo ou jurisdicional, os efeitos jurídicos do Mandado de Injunção serão individuais, somente beneficiando o autor da ação, por serem esses atos de efeitos concretos ou individuais.

Há de se considerar, ainda, que o ajuizamento do Mandado de Injunção não se encontra adstrito à pessoa física, sendo legítima a sua impetração por pessoas jurídicas, entidades associativas — quando expressamente autorizadas por seus associados (art. 4.º, XXI, CF) — em defesa de direitos dos seus filiados.

Esse entendimento encontra respaldo no Substitutivo do Relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Senador José Paulo Bisol, cujo articulado tivemos oportunidade de transcrever (tópico 2 do Capítulo II).

## V — *Foro competente para o ajuizamento do Mandado de Injunção*

### 1 — *Previsão do Foro para o julgamento do Instituto*

O Estatuto Maior, em sua tramitação pela Assembléia Nacional Constituinte, enquanto Projeto de Constituição, contemplou a descentralização do julgamento do Mandado de Injunção, que poderia ser proposto em qualquer juízo ou tribunal.

Consoante anteriormente demonstrado (tópico 2 do Capítulo II), até a fase da Comissão de Sistematização, o Mandado de Injunção seguiria o rito processual do Mandado de Segurança e, a exemplo deste, poderia ser ajuizado perante qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de legislação processual.

No segundo turno de discussão e votação em Plenário, quando estava sendo objeto de deliberação o Projeto de Constituição "B", o Deputado Maurício Nasser apresentou as Emendas n.ºs 2T01842-8 e 2T01843-6, que foram aprovadas, visando à centralização do julgamento do Mandado de Injunção pelos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça,

ressalvando, porém, a competência exclusiva da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho.

Depreende-se da leitura das emendas mencionadas que o seu objetivo maior foi o de subtrair do juiz singular a competência de julgar o mandado de Injunção.

Ocorre, porém, que entre as datas de 08-09-88 a 15-09-88 o texto constitucional, alterado pelas Emendas Maurício Nasser, sofreu nova alteração na Comissão de Redação e passou a conter dispositivos à primeira vista díspares, que necessitarão de uma interpretação sistemática para a sua fiel compreensão.

Assim é que a norma do art. 102, I, *q*, e o mandamento insculpido no art. 105, I, *h*, primeira parte, revelam a intenção do legislador constituinte em centralizar no âmbito dos Tribunais Superiores o julgamento do novo instituto processual. Já a segunda parte da letra *h* do item I do art. 105 da Lei Maior, que foi objeto de alteração na Comissão de Redação, ao ressaltar os casos de competência “dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”, possibilitou o conhecimento do Mandado de Injunção, não só pelos Tribunais Regionais dessa justiça, mas, também, pelos Tribunais Regionais Federais e, inclusive, pelo juiz singular dessas justiças (especializada e federal).

Ao legislador ordinário caberá extrair da Carta Magna a sua real intenção: se é a de centralizar ou descentralizar o foro para o julgamento do Mandado de Injunção.

2 — *Competência para o julgamento do Instituto face à omissão da autoridade estadual, distrital ou municipal no cumprimento da Constituição Federal*

A Constituinte, ao estabelecer o foro para o julgamento do Mandado de Injunção, esqueceu de prever a hipótese de omissão de autoridade estadual, distrital ou municipal, no cumprimento da Lei Maior.

Em nenhum momento a Carta Magna se refere à competência para o julgamento de omissão de autoridade estadual, distrital ou municipal, que implique no seu descumprimento, via Mandado de Injunção.

Parece-nos que ocorrendo essa hipótese o único remédio judicial a ser utilizado de imediato, no âmbito federal, será a Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão, à qual o cidadão comum não terá acesso.

VI — *Institutos jurídico-constitucionais paralelos: O Mandado de Injunção e a Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão*

Todas as Constituições brasileiras padeceram do vício do descumprimento contumaz por parte dos governos, mormente no que diz respeito ao

seu conteúdo social. Sofreram, elas, neste particular, da síndrome da inefetividade, possuindo o mínimo de eficácia para se manterem vigentes.

Assim é que os direitos inerentes ao exercício da cidadania (v.g. educação, saúde, habitação, segurança), constantes em normas constitucionais programáticas, sempre tiveram a sua aplicação protelada e transferida para os governos seguintes, os quais não os executavam. Essa prática encontrou guarida na classificação jurídica das normas programáticas como regras jurídicas de eficácia limitada, cuja exequibilidade dependeria de regulamentação anterior, sem que, no entanto, existisse no Direito brasileiro qualquer instituto jurídico-processual que capacitasse o cidadão a exigir do Estado a edição dessa legislação regulamentadora. Configurava-se dessarte, a norma constitucional programática, como meramente criadora de "expectativas de direito", não atribuindo qualquer legitimidade ao cidadão para acionar o Estado pelo seu descumprimento.

Alerta para a desconfiguração das Constituições brasileiras como Carta Magna, ante o desprezo com que os governos sempre trataram os seus comandos sociais, a comunidade jurídica passou a se preocupar em encontrar a solução que legitimasse o cidadão a exigir do Estado a efetivação dos programas sociais, culturais, econômicos, constantes no Estatuto Maior.

Essa preocupação revelou-se com toda a sua força nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e culminaram com a criação de dois institutos jurídico-constitucionais, paralelos e justapostos, ambos visando a sanar o vício da inconstitucionalidade por omissão, que são: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão.

Dessa forma, o que antes inexistia, agora, no texto da nova Constituição brasileira, existe em dobro. isto é, o instituto jurídico-processual que obrigará o Estado a cumprir a Constituição.

Diferenças basilares há, no entanto, entre os dois institutos.

O Mandado de Injunção é uma garantia constitucional criada para suprir a ausência de norma regulamentadora — lei, ato administrativo ou ato jurisdicional — que inviabilize a aplicação da Constituição principalmente no que respeita aos direitos e garantias individuais e sociais.

A essa garantia constitucional terá acesso qualquer cidadão, competindo ao Poder Judiciário emitir a regulamentação omitida. Os efeitos jurídicos poderão ser individuais ou "erga omnes", dependendo do tipo de norma regulamentadora que possa vir a ser objeto do Mandado de Injunção. Na hipótese de omissão de lei ou ato normativo, estes por terem efeitos genéricos provocarão decisão do Poder Judiciário que beneficiará todos. Na hipótese de omissão de ato administrativo ou jurisdicional, os efeitos serão individuais, só beneficiando o autor da ação.

Poderá, ainda, ser proposto em defesa de direitos coletivos ou difusos, por associações ou entidades de classe, em nome dos seus filiados, e a decisão jurisdicional, neste caso, mesmo que se trate de ato concreto, beneficiará uma coletividade indeterminada de indivíduos.

A Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão tem, por sua vez, o escopo de sanar o vício da omissão no cumprimento da Lei Maior, falecendo, porém, ao Poder Judiciário, a competência para emitir a “medida” omitida; cabe-lhe, somente, a função de compelir o poder competente a agir. A legitimidade para a proposição foi delimitada a determinadas autoridades, órgãos ou entidades (exemplo: Presidente da República, Conselho Federal da OAB, Partido Político, Confederação de Sindicatos etc.), e o ajuizamento foi centralizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Os efeitos jurídicos serão “erga omnes”, beneficiando todos, no caso de omissão da lei ou ato normativo; e serão individuais, quando se tratar de atos de efeitos concretos e individuais.

Da análise das características desses institutos jurídicos, constata-se que ambos oferecem vantagens e desvantagens na proteção da integridade do texto constitucional.

Ao Mandado de Injunção é atribuída a vantagem de poder ser proposto por qualquer cidadão, sem restrição, ao que tudo indica, de foro para o seu julgamento. Porém, ao mesmo tempo, é-lhe apontada a desvantagem da inexistência de sua definição, a qual se refere à “ausência de norma regulamentadora”, o que poderá ensejar interpretações restritivas considerando a expressão relativa, apenas, à lei ou ao ato normativo. Outrossim não se aplica, por enquanto, às omissões de autoridades estadual, distrital e municipal, atentatórias à Constituição federal.

Já a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão oferece a vantagem de constar no texto constitucional como o remédio judicial para sanar a omissão de “medida” que obstaculize a sua efetivação, sendo, portanto, bem mais abrangente o seu âmbito de atuação do que o do Mandado de Injunção, compreendendo, indubitavelmente, a omissão de ato de efeitos concretos, por autoridade federal, estadual, distrital ou municipal atentatória à Constituição federal. Padece, porém, da desvantagem da centralização da legitimidade para a sua impetração — a ela não tendo acesso o cidadão comum — e do monopólio da competência para o seu julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal.

## VII — Conclusões

1 — O Mandado de Injunção, instituto jurídico gerado no âmbito da Assessoria Legislativa do Senado Federal, inspirou-se nas “injunctions” inglesas, mais precisamente no “writ of injunction” americano e na “inconstitucionalidade por omissão”, previsto na Constituição portuguesa (art. 283).

2 — Originalmente proposto para a proteção específica do Direito Público Subjetivo à Educação, o Mandado de Injunção teve o seu âmbito de atuação ampliado, voltando-se para a proteção da Carta Magna como um todo, sendo o instrumento por meio do qual se exigirá a observância, por parte do Governo, das normas programáticas, dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

3 — O Mandado de Injunção é auto-executável por força do disposto no art. 4.º, § 1.º, da Constituição federal, a inexistência de rito processual específico não impedirá a sua proposição, aplicando-se-lhe, analogicamente, o rito processual do Mandado de Segurança enquanto não implementada a norma constitucional que o define.

4 — Há de se observar, porém, que na quase totalidade das hipóteses futuras que provocarão o acionamento do Mandado de Injunção, estas não deverão ocorrer no dia seguinte, nem na semana seguinte, nem no mês seguinte à promulgação da Carta. Isto porque para sua proposição terá que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário aos quais, no entanto, deverá ser concedido prazo razoável para a implementação do texto constitucional.

5 — Não obstante a auto-aplicabilidade do Mandado de Injunção, necessária se faz a sua regulamentação para que sejam delimitados os seus contornos e preenchida a sua moldura jurídica.

6 — A “mens legis” da expressão “norma regulamentadora”, constante da definição do Mandado de Injunção é abrangente da lei, do ato administrativo e do ato jurisdicional, estendendo-se a atuação do novo Instituto processual às omissões dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

7 — Por intermédio do Mandado de Injunção o Poder Judiciário no Brasil exercerá, em harmonia com o Legislativo e o Executivo o “jus imperii” do Estado, assumindo, finalmente, o seu *status* do Poder.

8 — Os efeitos jurídicos do Mandado de Injunção terão caráter genérico ou individual, dependendo do tipo de norma regulamentadora cuja omissão provocará o seu ajuizamento.

9 — É legítima a impetração do Mandado de Injunção por pessoas jurídicas, entidades associativas, quando expressamente autorizadas por seus associados, em defesa dos direitos dos seus filiados.

10 — À lei ordinária cabe interpretar a “mens legis” das normas constitucionais estabelecedoras do foro para o julgamento do Mandado

de Injunção, determinando se a intenção é a de centralizar ou descentralizar o ajuizamento do novo Instituto.

11 — O Mandado de Injunção ajuizado em razão de omissão de autoridade estadual, distrital ou municipal o será perante a Justiça Estadual ou Distrital, de conformidade com disposição normativa a constar nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Distrital e Municipal.

12 — Enquanto não elaboradas as Cartas Estaduais, Distrital e Municipais, aplica-se, no tocante ao descumprimento por omissão da Constituição federal pela autoridade estadual, distrital ou municipal, a Ação de Declaração Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

13 — A Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão é um instituto jurídico paralelo ao Mandado de Injunção, deste se distinguindo por ter o foro para o ajuizamento mais limitado, somente podendo ser proposto perante o Supremo Tribunal Federal. A legitimidade para a proposição é, também, mais restrita, competindo às autoridades, órgãos e entidades discriminadas no artigo 103 da Carta Magna.

14 — A Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão apresenta a vantagem, sobre o Mandado de Injunção, de ter um âmbito de atuação mais amplo, visando a sanar a omissão de "medida" que obstaculize a efetivação da Lei Maior.

#### BIBLIOGRAFIA

- ACKEL FILHO, Dioman. Mandado de Injunção, artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 77, fevereiro de 1988, vol. 628.
- CAMPOS, Alfredo. O Mandado de Injunção, artigo publicado no jornal "Correio Braziliense", Brasília, em 21-8-88.
- CASIO, Arturo Gonzalez. "El Juncio de Amparo", 1ª ed., México, Universidade Nacional Autónoma do México, 1973.
- The New Encyclopedia Britannica, William Benton Publisher, 1943-1973, Helen Hemingway Benton Publisher, London, 1974, Micropaedia.
- MACIEL FERREIRA, Adhemar. Mandado de Injunção, artigo publicado no jornal "O Estado de Minas", Belo Horizonte, agosto/88.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969, 2.ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, Tomo V.
- MIRANDA, Pontes de. Direito à Educação, Rio de Janeiro, Ed. Alba, 1933. Senado Federal, Seminário Interno de Preparação do Assessoramento do Senado Federal à Constituinte, Brasília, Senado Federal, 1987, vol. XIII.
- SILVA, José Afonso de. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

# O exílio do povo e a alienação do direito

R. A. AMARAL VIEIRA

Em pouco menos de cem anos, temos, agora, nossa sexta Constituição, fruto de nossa terceira Constituinte, se considerarmos a carta outorgada pela Junta Militar de 1969. Nem por isso fomos capazes de construir instituições políticas e jurídicas estáveis. Nem por isso fomos capazes de evitar a seqüência de golpes de Estado e insurreições militares, derogadores uns e outras da ordem constitucional; nem por isso construímos uma sociedade moderna. Mas talvez por isso mesmo seja tão forte entre nós o desapego à lei, nosso desamor à Justiça, a descrença do direito como instrumento de realização da igualdade social. Aqui há brasileiros de diversas classes de cidadania e brasileiros de classe nenhuma, os pingentes da história. No pórtico do século XXI, somos uma sociedade perversa que privilegia a esperteza, o golpe, o “jeitinho”, que despreza o mérito. Nessa sociedade, o fundamental é levar vantagem, e o trabalho não é fonte de acumulação de capital. Essa sociedade leva a extremos o preconceito e a discriminação racial, a concentração de renda e a pobreza mais abjeta:

- 38 milhões de pessoas vivem, se isso é viver, em estado de miséria;
- 50% da população nacional detêm apenas cerca de 13% da renda nacional;
- 5% da população nacional, os ricos, detêm 33% da renda nacional;
- 1% da população, os mais ricos, detêm 13% da renda nacional;
- 300 mil crianças morrem anualmente de fome.

---

(\*) Discurso de posse como membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros — Rio de Janeiro, 20 de maio de 1987.

É a essa sociedade que serve a atual ordem jurídica.

Nessa sociedade cumprir a lei é dever dos ingênuos, dos simples, e há mesmo leis que vigem e leis que não vigem, e nenhuma vige quando o caso é alcançar o rico, o poderoso, o influente. Aqui, a pobreza tem cor; o pobre tem medo da Justiça, cara, inacessível; os advogados evitam a lide; a Polícia é instrumento da violência.

Nessa sociedade, fracassados os milagres anunciados, a Constituição se transforma em panacéia para todos os males, até para nossa tragédia social. Com essa artimanha, vamos ganhando tempo, enquanto a pobreza aumenta e a insatisfação, o desânimo e descrença tomam conta de um povo que não se identifica com sua história, nem acredita no seu direito, nem confia nos governantes, despreza seus mandatários-constituintes.

Onde está a crise do Estado brasileiro e, dela derivada, a crise do direito?

Certamente não serei original ao afirmar que o exílio do povo é, dentre todas, a característica mais distintiva de nossa História, da Colônia à República, da República Velha à Nova. Sem povo e sem opinião pública, em país de párias e iletrados, fizemos a Independência, nos livramos da escravidão legal, nos livramos da Monarquia e implantamos uma República federativa e presidencialista, de regime representativo e poucas eleições. E o fizemos copiando o modelo constitucional norte-americano, que partira de uma experiência histórica diametralmente oposta à nossa. Se lá Estados originariamente autônomos se compunham na Confederação e, mais tarde, na Federação, aqui províncias sem autonomia foram, por decreto, declaradas soberanas, para assim terem a liberdade de se associarem ao Estado federalista.

Na República, alcançada pela aliança entre intelectuais e militares, mas longe do povo que a tudo assistia atônito, sem nada entender, os barões são substituídos pelos "coronéis". Surge a classe-média e, finalmente, a burguesia industrial e o proletariado. E por um longo período os "tenentes" e, por fim, os generais. Mas nada disso altera a nomenclatura e o pódio dos nossos heróis; ao poder absoluto dos senhores da terra segue-se o poder autoritário dos senhores do capital concentrado quando o País se industrializa; a economia rural, relutantemente, não sem traumas, cede praça à força emergente das cidades, e o povo, que seguidamente vai às ruas, raramente faz história. Quase sempre serve de massa de manobra da mesma burguesia, que, crise após crise, se vai conservando no mando político.

Se o povo foi submetido ao exílio da história, que seria de nosso Estado e do direito?

Em um Estado desde suas origens coloniais centralizado, centralizador e autoritário, o direito haveria de ser a expressão dos interesses de classe.

Se, de uma parte foi esse Estado, sempre, muito mais que em outras nações, o centro de sua formação social e econômica e o núcleo em torno do qual se construiu a civilização e a nacionalidade, aqui, mais do que na maioria das outras nações modernas, com ele mais cedo se confundiriam os interesses das forças dominantes. No seio do Estado é que os conflitos são resolvidos.

Após o mais amplo, mais profundo e autêntico movimento de massas conhecido por este País, a campanha das “diretas-já”, parecia que, afinal, o povo, massa, havia chegado ao proscênio da história. Se não se havia obtido a correção jurídica do monstrengo do Colégio Eleitoral, alcançadas estavam, pela política, as alterações que o formalismo jurídico emperrara. Nada obstante a eleição de Tancredo Neves, inegavelmente referendada por um amplo apoio nacional, não há-que negar a frustração do civismo nacional em face da acentuada distonia entre a vontade coletiva e o interesse político institucionalizado. Uma vez mais a mobilização popular foi concertada nas instâncias da política e, havendo a rendição da guarda, por outros pares, deixou de haver alteração substantiva na composição do poder e na qualidade do direito. Quando poderíamos ter uma Assembléia Nacional Constituinte, realmente livre, realmente autônoma, realmente possuidora de poder constituinte originário, temos um Congresso ordinário com poderes constituintes outorgados por um outro Congresso ordinário que não tinha os poderes que delegou ao seu sucessor.

O movimento de massas, a participação popular, a sensação de ter a história nas mãos, foi o cenário da Carta Compromisso — texto jamais revelado à Nação — acordo político ou pacto das elites com os militares que possibilitaria a eleição de Tancredo e asseguraria a posse de Sarney, sem fraturas. Mas compromisso que adiaría indefinidamente as transformações políticas e sociais. A regra do acordo foi na verdade a postergação e a indefinição da ordem política. Foi feita a convocação de um Congresso constituinte, na forma da Carta Compromisso, isto é, sem exclusividade, vale dizer, os representantes constituintes, numa eleição regida pela legalidade autoritária e dominada pelo poder econômico — foram eleitos como deputados e senadores, funções que estão acumulando. Na primeira oportunidade, na discussão de seu Regimento, a chamada Constituinte abdicou de seus poderes. E assim temos um processo institucional transformista, mediante o qual a ordem decaída, o regime derogado, sobrevive no regime sucessor.

O País vive hoje, certamente, a mais grave crise de sua vida republicana. Ainda não há luz no final do túnel.

Vivemos a crise do Estado. Fracassou o Estado brasileiro; a ordem jurídica, provinda do passado, não responde às necessidades do presente. O sistema presidencialista de governo está esgotado, como esgotadas estão as artimanhas do capitalismo: uma a uma de suas mezinhas foram postas em prática e uma a uma fracassaram, nos conduzindo ao quadro atual de perplexidade e estupefação. Não há mais lições no repertório de nossos

dirigentes, não há mais coelhos na cartola do mágico. A legalidade carece de legitimidade, e isso ameaça a estabilidade institucional.

Que podemos esperar?

Que pode a Nação esperar do direito?

Ouso dizer que quase nada. Não cabe ao direito promover as reformas, cumpre-lhe, tão-só, dar forma jurídica a decisões que se operam fora de sua órbita, no econômico e no institucional. Claro que, após tantos anos de autoritarismo, e de direito autoritário, haveríamos de passar a limpo a ordem jurídica da ditadura e construir uma outra, mais contemporânea, mais consentânea com os novos tempos, senão com os dias de hoje, tão conturbados, pelo menos consentânea com as nossas esperanças de um futuro próximo menos injusto.

Mas o direito não tem história própria, não é capaz de revoluções; ele cristaliza as conquistas, normatiza a vida social segundo o seu caráter em um determinado momento, reflete o Estado e a composição de forças que estão no âmago e na base da vida social. É instrumento dos seus conflitos. Só um Estado democrático produz um direito democrático, só um Estado sem desigualdades pode produzir um direito que aspire à Justiça.

No isolamento do Planalto, perto de Deus e longe dos homens, nossos deputados e senadores, nossos constituintes, elaboraram — sobre a visível e inquestionável pressão do Executivo — a anunciada Carta Constitucional de 1988, forma e matriz de um novo direito. Elaborou-se ali uma nova ordem jurídica que se deseja seja a mais democrática possível, a mais equânime possível, almejando o máximo de justiça social possível. Espera-se que o novo Estado brasileiro expresse as aspirações da sociedade brasileira de hoje, para que tenhamos um direito menos injusto.

Se o direito-norma tende ao congelamento, a sociedade está incessantemente a aquecê-lo. A renovada contradição entre o direito, tal qual se cristalizou em um determinado momento, e a sociedade que não cessa de mudar, e que acaba obrigando o direito também a mudar, é a crise e a vida do direito. O direito ao tempo em que reflete como um instantâneo a sociedade fixada em um momento, é também instrumento de mudança, é também renovação, renovando-se ele continuamente para proporcionar uma ordem jurídica nova, contemporânea, substituta da ordem jurídica envelhecida. O objeto do direito, portanto, não deve ser a ordem jurídica estável, cristalizada, como propõem os conservadores, mas a ordem jurídica em permanente mutação. Por isso deveríamos dizer não que o direito é, mas que *está sendo*. Uma aspiração permanente, um pleito continuado, uma busca incessante, o compromisso com o futuro, a batalha pela justiça social. Pois quanto mais injusta for a ordem econômica e social, mais fascinante se faz a aspiração de Justiça. A batalha do direito, portanto, é a luta pela superação dos antagonismos de classe, pela superação das desigualdades, pela realização da liberdade.

# O Congresso brasileiro e o regime autoritário

ANTÔNIO CARLOS POJO DO REGO

Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados. Bacharel em Ciências Sociais, UFRGS, 1971. Pós-graduado em Sociologia, USP. Mestre em Ciência Política, State University of New York at Albany, 1986 e doutorando (Ph.D. candidate) na mesma universidade, 1987

## SUMÁRIO

*Introdução. Um Congresso para os militares: a função de legitimação. O legislador como lobbista: uma distorção da função de representação. O Congresso e a abertura: a fixação da agenda política. O Legislativo e a política de informática: a conjunção das funções legitimadora e decisória. Instrumentos da ação legislativa. O avanço da sociedade política. A Nova República. O Congresso em retirada.*

### Introdução

Imediatamente após do golpe militar de 1964, a maioria conservadora do Congresso Nacional, que resultara da eleição de 1962, aceitou e mesmo apoiou o novo governo. Posteriormente, porém, a instituição assumiu uma posição de coexistência instável com o regime, na medida em que o Legislativo perdia os poderes de que dispusera durante a nossa "experiência de democracia": o período da Constituição de 1946 (1). Essa situação, por sua vez, evoluiu para um confronto, quando o Congresso, com apoio da sociedade civil e por meios pacíficos, foi capaz de administrar a transição para um regime civil, que se iniciou em janeiro de 1985.

O objetivo deste artigo é examinar o papel político desempenhado pelo Legislativo brasileiro durante o regime militar para verificar que efeitos teve, na natureza do regime, o fato de o Congresso ter permanecido funcionando durante o período "burocrático-autoritário" (1964-1985). Isto é uma característica importante, na medida em que dentre os quatro países latino-americanos que se enquadraram na definição de GUILLERMO O'DONNELL, Chile, Uruguai, Argentina e Brasil, este último foi o único

(1) SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: De Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)*. Rio de Janeiro, Editora Saga, 1969.

onde o Poder Legislativo, embora sob controle dos militares, foi mantido funcionando após o golpe (2).

Inicialmente é importante que se estabeleça uma distinção conceitual entre o que ALFRED STEPAN denomina das três arenas da polis: a sociedade civil, a sociedade política e o Estado (3). Por um lado, encontramos o Estado, unidade de decisão e ação que procura exercer o controle sobre a totalidade do país e que, no Brasil do período, se encontrava controlado pela corporação militar. De outro, temos a sociedade civil, onde movimentos sociais e organizações de todas as classes sociais articulam-se em defesa de seus interesses em face do Estado. Por último, a sociedade política, organizada para buscar o controle sobre o Estado. É justamente nessa instância intermediária que encontramos a instituição legislativa.

A participação da sociedade política, consubstanciada no Congresso Nacional, no processo decisório do regime militar teve um impacto evidente na natureza desse regime. De fato, a sociedade política desempenhou, durante o longo processo de liberalização, um papel importante na montagem de um sistema de apoio político que auxiliou na tarefa de estabilização do governo.

#### *Um Congresso para os militares: a função de legitimação*

Em artigo publicado em 1971, o cientista político norte-americano Robert Packenham defendeu o ponto de vista de que a função de legitimação é a mais importante desempenhada pelo Legislativo nos regimes autoritários. Pelo simples fato de reunir-se regularmente, o Parlamento produz, segundo ele, "um sentimento generalizado e profundo do direito moral de o governo dirigir a nação" (4). Mesmo aceitando-se esse argumento, é importante que examinemos os mecanismos através dos quais o Legislativo desempenha essa função. Se esse estudo não for realizado, não será possível perceber em que medida essa legitimação é ou não eficaz. Se é verdadeira a afirmação de ALFRED STEPAN de que "em nenhum momento o regime autoritário brasileiro chegou remotamente perto de assegurar a hegemonia" (5), então o papel que os militares tinham em mente para o Congresso parece não ter sido adequadamente desempenhado pela instituição. Contudo,

(2) O'DONNELL, Guillermo. *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism*. Berkeley, U. of. California Press, 1967.

(3) STEPAN, Alfred. *Os Militares: da abertura à Nova República*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 9.

(4) PACKENHAM, Robert. "Legislatures and Political Development". in Allan Kornberg and Lloyd D. Musolf, editors. *Legislatures in Developmental Perspective*. Durham, NC: Duke University Press, 1971, p. 528. O mesmo autor examinou o caso brasileiro em "Functions of the Brazilian Legislature", in WESTON H. AGOR. *Latin American Legislatures: Their Role and Influence*. New York, Praeger Publishers, 1971, p. 270.

(5) STEPAN, Alfred. *op. cit.*, p. 18.

existem elementos que nos fazem acreditar que, em áreas específicas da política governamental, o processo de legitimação funcionou eficazmente.

Além de legitimar os militares, o Legislativo consistia num importante canal de informação, permitindo ao governo conhecer demandas das várias regiões do País, o que é fundamental numa nação extremamente diversificada e complexa como o Brasil. Ocorreu no Legislativo recrutamento de elites políticas que posteriormente vieram ocupar posições de destaque na administração, efetivou-se a comunicação entre diferentes correntes de opinião, foram articulados interesses de grupos sociais e, sob o ponto de vista estrito da elaboração legislativa, efetuou-se melhoria considerável de projetos de lei propostos pelo Executivo (6).

O autoritarismo evoluiu entre 1970 e 1985 de sua forma pura à democracia de elite da atualidade, e o papel do Congresso e da "classe política" (7) foi extremamente importante para a definição da velocidade e amplitude desse processo. A presença do Congresso na elaboração da política do Estado autoritário pode auxiliar na explicação do processo incompleto de transição para a democracia, na medida em que deputados e senadores passaram a ter um interesse no destino da maior parte das políticas postas em prática pelo governo autoritário.

Do ponto de vista da Oposição, o Legislativo, a despeito dos controles exercidos pelo regime, representava uma garantia da presença oposicionista na política. Enfrentando sérias limitações à sua atuação, os oposicionistas, em sua maioria, viram no Congresso um dos únicos instrumentos que lhes eram disponíveis para a divulgação de suas propostas. Assim, como afirma MARIA HELENA MOREIRA ALVES, a "Oposição aprendera a utilizar os canais formais de participação política para atuar mais eficazmente ao nível da política formal" (8).

O papel constitucional do Congresso fora extremamente limitado após o golpe, reduzindo-se a pouco mais do que o da ratificação de projetos apresentados pelo Presidente da República (9). O Estado aumentou ainda mais seu controle sobre a sociedade política ao abolir os partidos através do Ato Institucional n.º 2 e instituir partidos incapazes de articular, de maneira efetiva, as demandas da sociedade.

Em 1967, com a nova Constituição votada pelo Congresso, o Poder Legislativo iniciou um período de maior atuação e de procura de um papel

(6) WESSON, Robert e FLEISCHER, David V. *Brazil in Transition*. New York, Praeger, 1983, p. 83.

(7) Essa expressão, primeiro utilizada por Gaetano Mosca, é normalmente utilizada pela imprensa brasileira para se referir aos políticos.

(8) ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis, Editora Vozes, 1987, p. 181.

(9) MENDES, Cândido (Org.). *O Legislativo e a Tecnoocracia*. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1974, e HUGHES Steven W. e MIJESKI, Kenneth J. *Politics and Public Policy in Latin America*. Boulder, Co., Westview Press, 1984.

para a instituição. O resultado foi a ação militar desencadeada a pretexto de um discurso de um Deputado da Oposição, a edição do AI-5 e o fechamento do Congresso durante o ano de 1969. Chamado novamente a se reunir para legitimar a escolha do General Emílio Médici para suceder a Costa e Silva, os parlamentares que haviam sobrevivido às cassações conheciam as limitações que o regime impunha à sua ação. Diante desta situação de fato, os legisladores procuraram novas formas de atuação política.

### *O legislador como lobbista: uma distorção da função de representação*

Na medida em que retirava os poderes decisórios do Congresso, o regime procurava a legitimidade através de uma administração eficiente da economia. De fato, o processo legitimador durante o governo Médici se deu basicamente pela via do crescimento econômico e da melhoria do padrão de vida da classe média. Esta, todavia, era a principal contradição do regime militar, na medida em que expunha o regime a um processo de deslegitimação em função de um eventual problema no desempenho da economia. Este era o diagnóstico de um dos principais arquitetos da abertura política, o General Golbery do Couto e Silva:

“Um governo autoritário só se mantém quando é eficiente. (...) Ele só é considerado legítimo quando está melhorando a situação de todo o mundo, quando está produzindo resultados aceitáveis. Não se pode jogar toda a legitimidade de um governo em cima da realização de um bom governo, isto é utopia, porque vai chegar um momento em que esse governo não vai funcionar direito”<sup>(10)</sup>.

O Congresso, ao tempo em que o governo funcionava a contento, durante o período do milagre econômico, procurava assumir outras funções, agindo como um fórum para a divulgação de problemas e como uma caixa de ressonância para as demandas das regiões periféricas do País. As elites destas regiões, politicamente atuantes, estavam claramente super-representadas no Legislativo, mas sub-representadas nos altos escalões dirigentes do governo.

Assim, como já tive ocasião de argumentar em outro trabalho<sup>(11)</sup>, os deputados e senadores agiram conscientemente durante o governo militar, como um *lobby* para a defesa dos interesses das elites regionais, principalmente do Nordeste. Como um exemplo deste processo, em 1971 deputados e senadores da ARENA organizaram no Congresso uma Comissão de Estudos do Nordeste, com objetivo de fornecer informações ao governo e auxiliá-lo na solução do problema do atraso econômico e das diferenças regionais.

(10) Entrevista concedida a José Carlos Bardawil, “O Desenho da abertura”. *Senhor*, 22 de setembro de 1987, p. 34.

(11) Ver REGO, Antônio Carlos Pojo do. “O Lobby Nordestino, novos padrões de atuação política no Congresso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 21, n. 81 (janeiro/março de 1984).

O comportamento dos legisladores, neste caso, era aquele que EULAU e KARPS denominaram de "reatividade de alocação", isto é, ações procurando assegurar que suas bases recebam parcela "justa" dos recursos públicos<sup>(12)</sup>. O Executivo não aceitou pacificamente a retomada deste papel representativo por parte do Congresso, mas levou em consideração as demandas e agiu no sentido de atendê-las, apesar de não reconhecer publicamente esse fato.

Haviam ocorrido importantes mudanças na política de desenvolvimento regional quando os militares chegaram ao poder. Ao invés de investir diretamente recursos públicos, o governo pretendeu coordenar o desenvolvimento industrial do Nordeste através da concessão de incentivos fiscais, os quais passaram a competir com incentivos concedidos a diversas outras atividades empresariais, como turismo, pesca, indústria aeronáutica, etc. Foi eliminada da Constituição qualquer destinação específica de recursos tributários para o desenvolvimento do Nordeste, modificando a tradição republicana: até então, todas as Constituições (1891, 1934 e 1946) haviam reservado uma percentagem fixa para tal fim.

A política industrial do governo militar dava ênfase a projetos industriais com a implantação de fábricas nas regiões metropolitanas, que recebiam incentivos fiscais mas geravam um número pequeno de novos empregos. Como resultado dessa política, o impacto da industrialização na vida dos habitantes da região foi muito pequeno. Na verdade, em alguns aspectos, a política teve um efeito adverso sobre as condições de vida dos mais pobres: uma parcela cada vez maior das terras disponíveis foi dedicada a culturas de exportação, com limitação da área dedicada à produção de alimentos<sup>(13)</sup>.

Mais próximos das necessidades locais do que os planejadores em Brasília (embora sintonizados primordialmente com os interesses dos grupos de elite), os políticos nordestinos perceberam que a crise social e econômica que a região enfrentava não recebia atenção devida do governo. O critério fundamental para o investimento era um alto grau de retorno econômico do capital investido, e não o fator social, e o governo preferia financiar projetos no Centro-Sul a fazê-lo no Nordeste. Além disso, a maior parte da equipe econômica do governo, a começar pelo seu chefe, o Ministro da Fazenda Delfim Netto, provinha das regiões mais desenvolvidas do País.

Em face dessa situação, as elites regionais necessitavam de outro canal de acesso ao processo decisório governamental. O Governador João Agripino, da Paraíba, em fevereiro de 1971, afirmava que o Nordeste estava sendo prejudicado por seus representantes, que ignoravam os reais proble-

(12) EULAU Heinz, e KARPS, Paul D. "The Puzzle of Representation: Specifying Components of Responsiveness". *Legislative Studies Quarterly*. 1977. 2: p. 235.

(13) MELO, Fernando Homem de. *O Problema Alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro, 1983, p. 15.

mas da região. A solução, segundo ele, seriam organizações voluntárias, como clubes de serviço, mostrarem ao governo a realidade do Nordeste <sup>(14)</sup>. O que estava sendo proposto era uma estratégia clara de agregação de interesses: informar o governo e gerar apoio na sociedade civil para ações que significassem o atendimento de reivindicações regionais.

A Comissão referida não representava uma tentativa de o Congresso adquirir poderes às expensas do Executivo. Ao contrário, uma das principais preocupações consistia em alcançar resultados sem antagonizar a burocracia, usando a tática de apresentar recomendações de modo a minimizar resistências.

O seu relatório final, apresentado ao Presidente da República em dezembro de 1971, detalhava estudos e recomendações em áreas como agricultura, pecuária, indústria, habitação, desenvolvimento urbano, finanças públicas e política de exportação. A importância do esforço pode ser vista na cobertura que o mesmo recebeu da imprensa nacional, que se mostrava muito relutante em aplaudir ações de iniciativa do Congresso. O Legislativo foi visto procurando fazer algo para retomar sua atuação e prestígio na formulação de uma política governamental para o Nordeste, e esse fato foi reconhecido pelos meios de comunicação <sup>(15)</sup>.

Ao mesmo tempo, o governo fez saber à imprensa que uma série de medidas seriam adotadas para atender às necessidades do Nordeste, como mudanças na forma de concessão de incentivos e um aumento de gastos públicos com irrigação. Sem alterar substancialmente as condições de vida da maioria da população ou a estrutura de poder regional, era exatamente aquilo que as elites regionais propunham e esperavam. A concentração de renda manteve-se e mesmo agravou-se, 52,3% da população economicamente ativa recebendo hoje no Nordeste menos de um salário mínimo <sup>(16)</sup>.

Embora tal fato não fosse reconhecido pelo governo militar, uma série de recomendações da Comissão nas áreas de irrigação e desenvolvimento industrial, que interessavam de perto à elite fundiária, por exemplo, foram integralmente atendidas. O Congresso contribuiu para a formulação de uma política para a região, atendendo a demandas quanto a distribuição de recursos públicos entre as regiões.

Em 1979, já durante o processo de abertura política, foi organizado um outro grupo de parlamentares governistas, já com um objetivo mais claramente político. A carta que convidava a bancada do Nordeste para uma primeira reunião afirmava que "precisamos dar uma contribuição mais efetiva ao planejamento governamental. Devemos nos unir e saber como re-

(14) *Jornal do Brasil*, 12 de fevereiro de 1971, p. 3.

(15) *Jornal do Brasil*, 24 de setembro de 1971, p. 4.

(16) JAGUARIBE, Hélio. et al. *Brazil, 2.000: Para um Novo Pacto Social*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 44.

vindicar como um grupo" (17). A bancada pretendia partir de um papel de mero *lobby* para uma ação mais claramente política e nessa alteração da função de representação para a função decisória está o verdadeiro significado do processo de liberalização. A sociedade política, que, durante o governo militar, exercia basicamente um papel de ligação entre a sociedade civil e o Estado, procurava influenciar o processo decisório do próprio Estado.

### *O Congresso e a abertura: a fixação da agenda política*

A crise de legitimidade que o governo sofreu com fim do milagre econômico resultou na derrota do partido oficial na eleição de 1974 (18). Com o início da política de liberalização gradual durante o governo Geisel, as contradições do processo político se intensificaram ainda mais. Era cada vez mais evidente que o País caminhava para uma crise econômica de grandes proporções, semelhante àquela que, com o esgotamento do modelo de substituição de exportações, anunciara o colapso do populismo e o ciclo burocrático-autoritário (19).

O sucessor escolhido por Geisel, o general João Batista Figueiredo, era um fator de continuidade do programa de abertura. Ele iniciou seu governo procurando antes de tudo legitimidade, e agindo como se estivesse em campanha para uma eleição popular e não uma mera indicação autoritária. Apresentava-se como o candidato da conciliação nacional e desfrutando, de início, de altos índices de popularidade. Essa mudança importante de estilo político se deveu em parte ao fato de o novo presidente ter escolhido um homem da "classe política" para seu principal assessor. Para Ministro da Justiça e encarregado de um novo acordo político nacional foi indicado o ex-Presidente do Senado e ex-líder do governo naquela Casa, Senador Petrônio Portella, do Piauí, um homem de cuja lealdade muitos militares duvidavam, devido a sua oposição inicial à revolução. Havia claramente um plano para a abertura, elaborado por Petrônio e pelo Ministro do Gabinete Civil, Golbery do Couto e Silva, que passava necessariamente por um fortalecimento da classe política e do Congresso, evidentemente com ênfase em sua facção conservadora.

O plano envolvia a anistia para crimes políticos (que evitasse investigações sobre os desmandos cometidos durante o regime militar), a volta dos exilados, a libertação de presos políticos, o fim do bipartidarismo plebiscitário e eleições diretas para governadores dos Estados em 1982. O resultado foi uma aproximação entre o Presidente e o Congresso, com um aumento da influência de políticos moderados e melhoria das relações entre os dois

(17) Carta do Deputado Albérico Cordeiro, convocando uma reunião dos deputados nordestinos, 16 de agosto de 1979.

(18) A vitória oposicionista ficou patente com o MDB elegendo nada menos de 16 dos 22 Senadores.

(19) Para uma análise deste processo, ver Guillermo O'Donnell. *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism*. Berkeley: U. of California Press, 1967.

Poderes. Além dessa agenda eminentemente política, havia uma agenda econômica que girava em torno dos aspectos mais imediatamente políticos da política econômica do governo. Esses pontos incluíam um tratamento menos repressivo para greves, melhores condições de organização sindical e uma reforma na política salarial. Da mesma forma que o governo atendia reivindicações da "classe política" quanto à liberalização do regime, procurava diminuir, através de concessões, a força do movimento sindical mais organizado.

A abertura, todavia, viria a sofrer sérios contratempos. Com a morte inesperada de Petrônio Portella em janeiro de 1980, seguiu-se uma retomada da ascendência dos burocratas sobre os políticos. Apesar de também ser membro do Congresso, ao novo Ministro da Justiça, Deputado Ibrahim Abi-Ackel, faltavam condições pessoais para assumir o lugar de Petrônio, o que implicou num afastamento gradual entre o Presidente e a "classe política".

Um dos elementos-chave da nova estrutura multipartidária prevista por Petrônio e Golbery havia sido a formação de um partido político moderado, o Partido Popular, que deveria exercer um papel na transição para um governo civil, dando aos militares condições de negociar com uma Oposição "confiável" e não radical.

Pouco depois da morte de Petrônio, todavia, este partido foi forçado a uma reunificação com o principal partido de Oposição, o PMDB, depois de o governo ter pressionado o Congresso a aprovar uma série de casuísmos eleitorais com o objetivo de garantir a vitória do novo partido oficial nas eleições para governadores de Estado, em 1982. Entre essas regras estavam o voto vinculado e a proibição de coligações partidárias <sup>(20)</sup>.

Era ainda difícil para os militares e seus aliados tecnocráticos agir politicamente. Na reorganização partidária, o PDS havia sido capaz de manter uma maioria reduzida na Câmara dos Deputados, além de uma diferença mais folgada no Senado, mas ele necessitava de estabelecer coalizões e acordos em votações importantes. O Executivo, todavia, não se mostrava preparado a inevitável tarefa de fazer concessões políticas em troca de votos.

Tal flexibilidade política tornou-se ainda mais difícil com a volta de Delfim Netto a uma posição de destaque no Ministério Figueiredo e, conseqüentemente, como líder do bloco "antipolítico". Indicado, em 1980, para substituir Mário Henrique Simonsen na pasta do Planejamento, Delfim Netto voltava como virtual responsável pela condução da política econômica do governo, num período de crescentes dificuldades nesta área.

Durante o período que vai do início de 1981 às eleições de novembro de 1982, houve uma clara tentativa da parte do governo de diminuir a velo-

(20) Para uma visão atual sobre esses casuísmos, ver DAVID FLEISCHER, "Eleições e Democracia no Brasil", *Humanidades*, ano III, agosto/outubro de 1986, p. 84.

cidade do processo de abertura. Preocupados com o que percebiam como transformações excessivamente radicais, grupos de extrema-direita, ligados aos órgãos de segurança, haviam começado a se fazer presentes no cenário político, com uma série de atentados, dos quais o mais importante foi o perpetrado em 31 de abril de 1981, no Riocentro.

O General Golbery pressionou o governo para permitir uma investigação sobre o incidente, mas o grupo mais radical dentro do Exército foi mais forte, o que levou Golbery ao isolamento político e à demissão, em agosto. Para substituí-lo, Figueiredo nomeou seu antigo colega no gabinete de Médici, João Leitão de Abreu. O novo ministro, um jurista e não um político, merecia a desconfiança da "classe política", como arquiteto que fora do mais repressivo governo do ciclo militar. Além disso, Leitão de Abreu demonstrou desde logo que sua prioridade não era o avanço da abertura, mas a manutenção do controle do Estado sobre o processo político.

Em face dessa nova situação, dissidentes do PDS juntaram esforços com a Oposição para derrotar o governo no Congresso na questão das sub-legendas para as eleições para os governos de Estado. O resultado desta derrota foi a polarização do voto entre governo e Oposição, e, em conseqüência, levou à derrocada do plano da abertura. Outra conseqüência deste fato foi uma mudança no discurso político do Presidente: Figueiredo "voltou aos quartéis". Em diversas ocasiões ele já fizera comentários desabonadores em relação aos políticos, tais como "o povo brasileiro não merece os políticos que tem (...) encontramos em todos uma ambição pessoal constante, a defesa dos próprios interesses e uma falta de amor pelo país" (21). Politicamente isolado, Figueiredo sofria agora uma crise de legitimidade.

O Congresso foi capaz de aumentar sua influência sobre o sistema político, bem como seu controle sobre a agenda da abertura. Em diversas áreas, como a política industrial e salarial, o papel decisório do Legislativo foi substancialmente aumentado.

#### *O Legislativo e a política de informática: a conjunção das funções legitimadora e decisória*

Um bom exemplo desse aumento do papel do Legislativo na política governamental foi a política nacional de informática. O governo havia reconhecido a necessidade de uma política coerente no setor da informática, mas medidas como a reserva de mercado para minicomputadores, aprovada em 1976, deram origem a um debate sobre a matéria, primeiro dentro da burocracia e mais tarde envolvendo o Congresso. O papel congressual foi sendo incrementado na medida em que o processo de abertura política evoluía (22).

(21) *VEJA*, 8 de agosto de 1984.

(22) Para um trabalho que discute a natureza da política adotada e apresenta o papel do Congresso na mesma, ver Cristina Tavares e Milton Seligman. *Informática, o Desafio do Século XXI*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1984.

No início, o Legislativo não estava em condições de dar uma contribuição efetiva para a política, mas tão-somente apresentar projetos de lei chamando a atenção do Executivo para determinadas facetas da política. Essa era formulada pela tecnocracia e por militares, principalmente ligados à "comunidade de informações".

Neste período, havia um alto grau de concordância, no seio do Executivo, acerca da política a ser seguida, e em conseqüência, o Congresso não teve condições de intervir. Com a criação da Secretaria Especial de Informática em 1979, com um mandato amplo de coordenar a política do setor, criou-se uma séria área de atrito entre SEI e o Ministério das Comunicações, que também atuava no setor, com políticas diferentes e mesmo opostas numa série de questões-chave, como o relacionamento com as empresas multinacionais. Setores mais ligados ao capital estrangeiro tinham objeções quanto à reserva de mercado, enquanto a esquerda discordava do excessivo papel desempenhado pelos órgãos de informações no setor.

Assim, a SEI sentiu a necessidade de apoio político para suas posições, e esse apoio só podia ser conseguido no Congresso. Para tanto, o órgão começou a contactar parlamentares nacionalistas que sabia simpáticos à reserva de mercado. Essa necessidade de legitimação foi um fator crucial para explicar a evolução da política de informática, e o processo que fez com que o Congresso viesse a participar efetivamente da formulação de uma política fundamental para o desenvolvimento industrial do País.

Quando o Executivo necessitou de legitimação do Congresso para uma área específica de política econômica, a versão final desta política foi diversa daquela que o Executivo havia proposto. O Congresso adicionou importantes mecanismos ao projeto finalmente original, com o objetivo de controlar a atuação do Executivo e diminuir sua margem de discricção em relação à política.

Em julho de 1984, o Executivo enviou ao Congresso um projeto de lei detalhando afinal sua política no setor (23). O projeto institucionalizava a reserva de mercado, mas mantinha a SEI dentro da órbita do Conselho de Segurança Nacional. Uma Comissão composta de altos funcionários do Executivo supervisionaria o trabalho da SEI, que assim não teria sua autonomia limitada por qualquer esquema de controle externo à burocracia.

Duzentos e sessenta e uma emendas foram apresentadas ao projeto de lei do governo, sendo que setenta e duas foram finalmente aproveitadas pelo relator, Senador Virgílio Távora (PDS-CE), que apresentou um substitutivo alterando substancialmente a proposição, principalmente no que respeita à subordinação da SEI à presidência e não mais ao CSN (24). As preocupações

(23) O projeto deu origem à Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, publicada no *Diário Oficial*, 29 de outubro de 1984, p. 15.842.

(24) O Substitutivo e o Parecer do Relator foram publicados no *Diário do Congresso Nacional*, 29 de setembro de 1984, p. 2.287.

do Congresso foram especificamente na área de fiscalização e controle sobre o órgão que deveria formular a política de informática e como este deveria ser controlado.

Uma vez chamado a contribuir, o Congresso não se limitou ao que havia sido proposto, mas introduziu novos aspectos na política. O processo de legitimação não funciona numa única direção, aquele que legitima exige, em contrapartida, concessões políticas em troca do serviço que presta.

### *Instrumentos da ação legislativa*

Durante o regime militar, diferentes instrumentos foram usados pelo Congresso brasileiro para levar o Executivo a discutir e, freqüentemente, a alterar sua política. Alguns foram empregados desde o início do período autoritário, quando a capacidade de atuação do Congresso era extremamente limitada, sendo que outros foram sendo empregados na medida em que a instituição ia readquirindo autonomia e prestígio. Entre estes instrumentos estavam discursos, projetos de lei, requerimentos de informação, entrevistas à imprensa, seminários e trabalho das comissões permanentes e de inquérito.

Os parlamentares apresentaram numerosos projetos de lei durante todo o período do regime militar, mesmo sabendo que uma percentagem ínfima desses seriam aprovados. Essa situação seria alterada com a volta ao governo civil: em 1985, dos 390 projetos aprovados, nada menos de 290 foram apresentados por congressistas <sup>(25)</sup>.

Cabe-nos, todavia, indagar qual a razão desta constante, mas aparentemente infrutífera, atividade parlamentar. Um número extremamente alto de projetos de lei são apresentados todos os anos no Congresso. De 1979 a 1985, por exemplo, apenas na Câmara foram apresentados uma média anual de mais de 2.100 projetos <sup>(26)</sup>. Projetos de lei, no Brasil e em outros parlamentos, só indiretamente são instrumentos de política nacional. As proposições servem a uma variedade de objetivos, entre os quais informar o Estado e a sociedade civil dos pontos de vista de determinados parlamentares e do Congresso como um todo. Ocorreu, na verdade, uma espécie de "legislação indireta". Muitas destas políticas alternativas foram posteriormente incorporadas à política do governo na medida em que eram consideradas adequadas pelo Executivo, com a vantagem de já haverem sido discutidas e ser possível identificar reações favoráveis e desfavoráveis às mesmas.

Outro papel importante do Congresso estava ligado à educação das elites políticas. O Legislativo patrocinou a realização de inúmeros seminários durante o período autoritário, como meio de educar a instituição e o público sobre determinadas políticas, na medida em que os depoimentos e os

(25) Câmara dos Deputados, *Relatório da Mesa Diretora*, 1985.

(26) *Ibid.*

debates eram publicados e distribuídos. Apesar dessas atividades serem diferentes das comissões de inquérito, elas pretendiam chegar a conclusões e recomendações específicas quanto a políticas a serem adotadas. Os debates, além disso, serviram para forçar o Executivo a explicar publicamente suas posições, dando aos burocratas oportunidade para esclarecer, em público, diferenças de orientação. Tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado realizaram diversos seminários sobre a política nacional de informática, e o trabalho da COCENE teve exatamente este formato.

Outro instrumento foi a apresentação de pedidos de informação ao Executivo, com o objetivo de enfatizar preocupações de parlamentares quanto a determinadas políticas. Embora freqüentemente respondidos com evasivas pelo Executivo, os requerimentos muitas vezes deram origem a esclarecimentos de políticas. Além disso, os congressistas atuavam em cooperação com a imprensa, visando mobilizar a opinião pública em apoio a certas posições. Mesmo durante o período mais duro da censura, durante o governo Médici, essa cooperação entre os parlamentares e os meios de comunicação funcionou bastante bem, já a censura ao noticiário oriundo do Congresso era menos severa que aquele surgido de outras fontes.

As comissões temporárias e permanentes realizaram com freqüência sessões sobre aspectos da política governamental, sempre com ampla cobertura da imprensa. Um tipo comum de comissão temporária é a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Extremamente atuante antes do golpe, as CPIs tiveram sua autonomia e âmbito de atuação limitados pelo novo regime<sup>(27)</sup>. As comissões permanentes discutiam assuntos de forma mais objetiva com o propósito de estabelecer uma orientação a ser seguida. Ministros e outras autoridades foram constantemente chamados a depor nas comissões de ambas as Casas. Com a abertura política, o trabalho das comissões foi bastante intensificado, realizando-se grande número de inquéritos sobre atividades do governo, que, se não levaram, via de regra, a identificação de culpados por problemas administrativos, serviram como elemento fundamental no processo de deslegitimação do regime militar.

### *O avanço da sociedade política*

As eleições de 1982 foram cruciais para o processo de abertura, na medida em que estavam em jogo, além da legitimidade do próprio sistema de poder, um terço das cadeiras do Senado, a totalidade da Câmara dos Deputados, as assembleias legislativas e os governos estaduais. Com vistas a assegurar uma vitória na eleição, o governo pressionou o Congresso para a aprovação de uma legislação eleitoral que incluía a vinculação total dos votos, a proibição de coalizões partidárias e, o que era talvez a sua característica mais importante, praticamente impedia o acesso da Oposição ao rá-

(27) Segundo o artigo 30 da Constituição aprovada durante o governo militar, apenas cinco CPIs podem funcionar a um só tempo, e suas atividades devem-se limitar à capital federal.

dio e televisão (28). O governo desenvolvia aqui uma dupla estratégia: por um lado, pretendia forçar uma “paroquialização” da eleição, com o objetivo de beneficiar o PDS, que se organizara em maior número de Municípios (29) e por outro, aumentar a força do partido no Nordeste, região que o alto índice de pobreza absoluta tornava especialmente suscetível à uma política de clientela (30).

Essa estratégia, todavia, foi apenas parcialmente bem-sucedida. O PDS perdeu sua maioria na Câmara dos Deputados, ficando a cinco votos da maioria absoluta, enquanto no Senado, a maioria oficial era garantida apenas pelo instituto dos senadores “biônicos” eleitos em 1978 (31). O desempenho da Oposição foi ainda melhor nas eleições para os Executivos estaduais, vencendo nos principais Estados, como São Paulo, Minas e Rio de Janeiro. Nada menos de 75% do Produto Interno Bruto brasileiro passou a ser oriundo de Estados controlados pela Oposição. Estabeleceu-se, como resultado deste fato, uma situação que foi referida por JUAN LINZ como uma “diarquia”, uma forma de governo onde dois níveis do Executivo dispõem de formas diversas de legitimidade (32).

O que estava realmente em disputa era o controle do Colégio Eleitoral (33) que deveria escolher o próximo presidente, já que os governadores dos Estados detinham muito pouco poder para que viessem a significar uma ameaça real ao regime burocrático-militar. Após a eleição de 1982, o PDS tinha 361 votos no Colégio Eleitoral, uma reduzida maioria de 32 votos. Em novembro de 1984, esta maioria se reduzira a 248 votos, na medida em que os deputados e senadores dissidentes abandonavam o partido em função da disputa pela indicação do candidato do partido à Presidência, e juntavam-se à Oposição.

Figueiredo mostrou-se incapaz de fazer valer sua autoridade sobre o processo sucessório. Nenhuma reforma ministerial foi implementada, com vistas a aumentar o apoio ao governo no Congresso: os únicos parlamentares que compunham o ministério era Abi-Ackel (Justiça), César Cals (um

(28) Esta proibição se devia à permanência de um dos instrumentos mais eficazes do regime autoritário: a Lei Falcão, que efetivamente eliminava a propaganda política nos meios de comunicação de massa.

(29) O PDS possuía diretórios organizados em todos os municípios, uma penetração que nenhum outro partido dispunha na época.

(30) O Nordeste com apenas 23% dos votos nas eleições de 1982, elegeu 39% do Senado e 31% da Câmara e 33% do Colégio Eleitoral que deveria escolher o sucessor de Figueiredo.

(31) Para os resultados e significação desta eleição ver DAVID FLEISCHER. “Eleições e democracia no Brasil — transição ou transformismo?” *Humanidades*, n. 10, ano III, agosto/outubro de 1986, p. 84.

(32) Citado por ALFRED STEPAN. *Os Militares: Da Abertura à Nova República*. op. cit., p. 74.

(33) O Colégio Eleitoral, de acordo com a Constituição de 1969, era composto pelos Senadores, Deputados federais e seis “representantes do partido majoritário na Assembléia Legislativa”.

Senador "biônico" do Ceará, o Ministro das Minas e Energia) e, em 1983, Murilo Badaró outro Senador eleito indiretamente por Minas Gerais, indicado para o Ministério da Indústria e Comércio.

Os "candidatos populares" do partido oficial, i.e., aqueles que apareciam nas pesquisas de opinião, eram o Vice-Presidente Aureliano Chaves e o Ministro Hélio Beltrão. Ambos foram claramente vetados por Figueiredo, cuja popularidade nestas mesmas pesquisas atingia o seu ponto mais baixo (34). O Presidente negava repetidamente que estivesse tentando permanecer no cargo após o final de seu mandato de seis anos: "Eu ficarei apenas se o povo vier até os portões do Palácio do Planalto e me implorar", disse ele ao líder do PDS na Câmara dos Deputados, Nelson Marchezan, a 6 de junho de 1984 (35). Todavia, o nível de confusão aparentemente deliberada que o Presidente trouxe ao processo sucessório tende a tirar credibilidade a esta posição, já que, apesar destas declarações, o Presidente, através de seus correligionários políticos, tentava articular uma alteração das regras que lhe permitisse a prorrogação de seu mandato de seis anos, em dois ou mesmo quatro anos.

Em outubro de 1983, a coalizão PDS-PTB, que dava apoio político ao governo na Câmara dos Deputados foi rompida devido às disputas sobre a política salarial do governo. O governo enfrentava sérias dificuldades na aprovação das medidas de austeridade determinadas em seus acordos com o Fundo Monetário Internacional. Mais uma vez, o Presidente tentou resolver problemas políticos com métodos militares, e usou os poderes excepcionais que lhe eram garantidos pela Constituição para pressionar o Congresso, colocando Brasília sob estado de emergência quando o Legislativo votava a política salarial. Não obteve, todavia, sucesso, e a proposta do governo saiu derrotada.

A Oposição decidiu iniciar uma campanha nacional em prol das eleições diretas para o sucessor de Figueiredo. Esta campanha estava destinada a ser a maior mobilização política na história do País. Um deputado da Oposição, Dante de Oliveira, havia apresentado uma emenda à Constituição determinando a realização de eleições diretas para Presidente da República, a 15 de novembro de 1984. Durante os dois meses da campanha popular, intitulada "Diretas-já", realizaram-se os maiores comícios populares já promovidos, reunindo nada menos de um milhão de pessoas no Rio de Janeiro, e 1,5 milhões em São Paulo (36).

(34) De acordo com o instituto Gallup, o índice de popularidade do Presidente caiu de 15 pontos positivos, no início de 1979, para 19 pontos negativos em 1980 e 13 negativos em 1981.

(35) DIMENSTEIN, Gilberto, NEGREIROS, José, NOBLAT, Ricardo, LOPES Roberto e FERNANDES, Roberto. *O Complô que Elegeu Tancredo*. Rio de Janeiro, Editora JB, 1986, p. 30.

(36) A mobilização pública pareceu impressionar mesmo o Presidente Figueiredo, o qual, durante uma visita à África, em novembro de 1983, declarou publicamente: "Eu gostaria de realizar eleições diretas, mas o PDS não me deixa."

Em abril, no momento em que o Congresso se preparava para votar a emenda, o governo decretou uma vez mais medidas de emergência em Brasília. A pressão foi bem sucedida, então, e a emenda não alcançou a necessária maioria de dois terços por uma diferença de 52 votos<sup>(37)</sup>. Todavia, a legitimidade havia sido totalmente retirada do Executivo, e nada mais lhe restava, senão a força das armas para manter-se no poder.

Políticos dissidentes do PDS, encabeçados pelo Vice-Presidente Aureliano Chaves e pelos Senadores José Sarney e Marco Maciel aliaram-se à Oposição em julho de 1984. A coalizão daí resultante, denominada Aliança Democrática, decidiu apresentar uma chapa à eleição presidencial indireta, encabeçada por Tancredo Neves e tendo José Sarney como candidato a Vice.

Tancredo Neves foi capaz de convencer os principais líderes militares de que era um candidato "seguro" e não radical. Radicais de direita na área militar organizaram uma campanha contra sua candidatura, mas o Alto Comando deixou claro que o Exército não interferiria para impedir uma vitória oposicionista no Colégio Eleitoral<sup>(38)</sup>. O apoio a Tancredo representou "a maior coalizão de elite da história do Brasil"<sup>(39)</sup>. Assim, a 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves foi eleito Presidente com 309 votos da Oposição (apenas o PT se absteve), além de 171 de representantes do PDS. Seu oponente, Paulo Maluf, recebeu meros 180 votos.

### *A Nova República*

Apesar do entusiasmo popular por ela gerado, a "Nova República" desde logo pareceu extremamente semelhante ao regime do período 1946-64, com formas democráticas, mas controles políticos e sociais efetivamente exercidos pela oligarquia. Na véspera da posse, a 15 de março, Tancredo Neves adoeceu gravemente, foi hospitalizado e sofreu uma operação de emergência, o que permitiu que Sarney, um dos políticos mais identificado com os militares, o sucedesse temporariamente e depois permanentemente à Presidência.

O Ministério empossado a 15 de março havia sido previamente escolhido por Tancredo Neves. Não restara a Sarney qualquer escolha, a não ser aceitá-lo, inclusive devido ao fato de esperar que o Presidente eleito fosse assumir o cargo dentro de pouco tempo e, eventualmente, reverter decisões tomadas pelo seu vice. Ademais, o Gabinete representava efetivamente a coalizão política que dera apoio à eleição indireta.

(37) Dos 479 deputados, 298 votaram a favor da emenda, 65 contra, 113 não estavam presentes e 3 se abstiveram.

(38) Como um almirante havia afirmado em conversa com Henry Kissinger, então em visita ao Brasil, em 21 de setembro, "As Forças Armadas não estão dispostas a agir como uma "guarda pretoriana", citado por Dimerstein, *et al.*, p. 178.

(39) José Alvaro Moisés, numa conferência realizada na reunião da ANPOCS, Aguas de São Pedro, outubro de 1984.

Ausente Tancredo, o Congresso tentou ocupar o vácuo de poder causado por uma Presidência fraca. Houve numerosos exemplos de decisões tomadas pelo Congresso, mesmo contra as posições expressas do Poder Executivo. Estas decisões eram tomadas pelo Congresso, mesmo se a agenda política era determinada pelo Presidente, devido ao fato de a Constituição elaborada pelos militares não haver sido alterada e, em consequência, o Congresso não poder apresentar iniciativas numa série de áreas, como a política econômica, por exemplo.

Mesmo nesta área, são diversos os exemplos deste novo perfil do Legislativo. Em maio, o Congresso foi chamado a decidir sobre o saneamento financeiro de dois bancos, o Sul-Brasileiro e o Habitasul. Opondo-se à política expressamente definida pelo Executivo, o Congresso transformou estas instituições em um banco oficial e forçou o novo banco a manter o emprego de seus funcionários (40).

Durante os primeiros meses do novo regime, importantes mudanças foram efetuadas na legislação eleitoral, inclusive com o fim das sublegendas e da fidelidade partidária, novas regras garantindo o livre acesso dos candidatos ao rádio e à televisão, eliminação dos limites à organização partidária, permitindo a legalização do Partido Comunista, eleições diretas em novembro de 1985 para prefeitos em 201 cidades, entre as quais as capitais dos Estados e os Municípios denominados de "segurança nacional", eleições diretas para o sucessor de Sarney, com a utilização de um sistema de eleições em dois turnos (41).

Quando o Legislativo examinava a legislação referente à propaganda eleitoral (42), a Associação das Empresas de Rádio e Televisão (ABERT) apoiou uma versão do projeto que permitia a propaganda nos meios de comunicação de massa, mas que fazia com que os candidatos e os partidos fossem responsáveis pelo pagamento às emissoras pelo tempo utilizado, ao invés desse ser cedido gratuitamente, como mandava a legislação anterior. A proposta da ABERT, que havia sido aceita pela liderança da maioria após intensas pressões, foi derrotada em plenário (43).

O resultado foi uma campanha da imprensa que apresentou à opinião pública uma imagem extremamente negativa do Congresso. A questão por que jornalistas individualmente, muitos dos quais eram bastante próximos dos políticos (e inclusive com empregos em tempo parcial na burocracia

(40) *VEJA*, 15 de maio de 1985, p. 68.

(41) *VEJA*, 15 de maio de 1985, p. 20.

(42) A antiga norma reguladora da propaganda eleitoral (a Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974), havia sido alterada pelo regime militar em 1977, através de uma lei que se tornou conhecida pelo nome do Ministro da Justiça do governo Geisel, Armando Falcão, e que proibia o acesso ao rádio e à televisão aos candidatos, que a Oposição havia utilizado tão eficazmente na campanha eleitoral de 1974.

(43) *FLEISCHER*, op. cit., p. 208.

do Legislativo), engajaram-se nesta campanha não pode ser adequadamente respondida aqui. Todavia, uma razão possível será o sentimento oposicionista de muitos membros da imprensa, que consideravam o Congresso como dominado por políticos conservadores. Esta visão é bem clara nas acusações formuladas pela imprensa de que “os membros do Parlamento, eleitos em 1982, eram o produto da velha República, escolhidos num período em que o voto ainda estava rigidamente controlado pelos militares” (44).

A imprensa, que se havia aliado com o Congresso, na luta contra o governo militar, engajava-se numa campanha contra seu antigo aliado. Os primeiros tiros desta batalha foram desferidos no final de junho, com a publicação de diversas fotografias de parlamentares votando duas vezes no sistema de votação eletrônica da Câmara (45). Os acusados alegaram que haviam apenas votado por colegas que não estavam presentes.

A campanha de deslegitimação aumentou de intensidade, baseada em três acusações principais: fraude, absenteísmo e paroquialismo. As relações entre o Congresso e a imprensa deterioraram-se ainda mais. “Uma das alianças mais tradicionais na política brasileira, entre o Congresso e a imprensa, está ameaçada”, afirmou a revista *VEJA*.

### *O Congresso em retirada*

O resultado desta campanha foi uma “retirada institucional” do Congresso, durante os últimos meses de 1985 e um fortalecimento da Presidência, na medida em que Sarney tentava preencher o vazio de poder em Brasília. Já que a sua única fonte de poder era a legitimidade que lhe conferia o voto popular, a campanha de deslegitimação atingiu o Congresso de modo especialmente forte, e num ponto extremamente sensível.

A principal razão por que o Congresso não foi capaz de defender a posição de força que adquirira nos primeiros seis meses da Nova República parece ter sido o fato que o Legislativo, no Brasil, não dispunha de instrumentos de institucionalização (46), e, portanto, não estava preparado para fazer frente ao Executivo. Este poder dispõe da cobertura de uma burocracia permanente (47), e capaz de enfrentar pressões externas de modo muito mais efetivo do que o Congresso.

Mesmo com a campanha da imprensa, tivesse o Congresso sido capaz de construir-se como instituição, sua capacidade de resistir ao processo de deslegitimação teria sido muito maior. Existem muitas razões para esta falta

(44) “O que passou passou”, *ISTO É*, 26 de junho, 1985, p. 23.

(45) “Com a boca na botija”, *VEJA*, 19 de junho, 1985, p. 26.

(46) Para uma discussão do papel do “institution building”, ver HUNTINGTON, *op. cit.*, pp. 12-90.

(47) Para um retrato do papel da burocracia permanente, ver “O Poder Oculto”, *VEJA*, 10 de março de 1985, p. 281.

de institucionalização, mas o fato principal está ligado a uma liderança institucional extremamente fraca, resultado deliberado de uma série de "reformas" levadas a efeito pelo Executivo durante o regime militar, nas normas internas do Congresso (48).

Este enfraquecimento da liderança institucional do Legislativo brasileiro foi o resultado de um esforço empreendido pelo regime militar para impedir que o Congresso assumisse uma postura institucional assertiva, num momento em que o regime necessitava do Congresso como instrumento de sua própria legitimidade.

Não era permitida a reeleição para a Presidência de qualquer das Casas, e a rotação da liderança também foi introduzida no nível das Comissões. Como resultado, passou a não ser mais possível o surgimento de uma especialização entre os parlamentares, um elemento-chave para a institucionalização (49). Além disso, criou-se uma clara separação entre a liderança política (representada pelos líderes dos partidos) e a liderança institucional (a "Mesa"). Enquanto a primeira dispunha de influência no processo legislativo, a liderança institucional, separada daquela, detinha o controle sobre os recursos financeiros, organizacionais e humanos, da instituição. Esta divisão enfraqueceu sobremaneira ambas as posições. É importante notar-se, neste contexto, que quando a instituição procurou fortalecer-se, durante a Nova República, a concentração de atribuições nas mãos do Presidente da Câmara, do PMDB e, posteriormente, da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, foi uma consequência natural, embora constantemente criticada pela imprensa.

Incapaz de fortalecer-se efetivamente como instituição, o Congresso não resistiu às pressões do ambiente, e não foi capaz de manter a percepção, por parte da opinião pública, de sua legitimidade. O Legislativo bateu em retirada, e perdeu boa parte da influência que adquirira na elaboração das políticas de governo, durante o final do regime militar e o primeiro ano do novo regime.

A expectativa do poder não foi seguida por um poder institucional real e os avanços aqui referidos foram seguidos por uma retirada, que culminou com a derrota da proposta de adoção do parlamentarismo na Constituinte, em março de 1988. Todavia, a necessidade imperiosa da institucionalização, com a resolução dos problemas acima referidos, aparece claramente como o ponto crucial do desenvolvimento do Legislativo brasileiro.

(48) O significado destas reformas é analisado por ABDO I. BAAKLINI, "Legislative Reforms in the Brazilian Chamber of Deputies", in ABDO I. BAAKLINI and JAMES J. HEAPHEY, *Comparative Legislative Reforms and Innovations*. Albany, State University of New York at Albany Press, 1977, p. 230.

(49) Ver NELSON W. POLSBY, "The Institutionalization of the U.S. House of Representatives", in HERBERT HIRSCH e M. DONALD HANCOCK, (eds.). *Comparative Legislative Systems: A Reader in Theory and Research*. New York, The Free Press, 1971, pp. 188-221.

# CPI e Constituição: um caso concreto

ALAOR BARBOSA

Assessor Legislativo do Senado Federal e  
Advogado

## SUMÁRIO

*Colocação do tema. Uma questão preliminar. A constitucionalidade da Resolução constitutiva da CPI. "Fato determinado". A experiência brasileira. Os demais itens do parecer Saulo Ramos. Item nº 8: Autonomia da investigação parlamentar. Item nº 9: Os poderes da CPI. Item nº 10: Incidentes do inquérito parlamentar. Princípio da colegialidade. Sistema Nacional de Informações e Contra-Infamação. O objeto da consulta. Controle jurisdicional das atividades da CPI. Conclusão.*

Mediante parecer que alcançou muita repercussão, o Consultor-Geral da República argüiu, no primeiro semestre deste ano, a inconstitucionalidade da Resolução n.º 22 do Senado Federal, que criou e constituiu Comissão de Inquérito para investigar, em profundidade, as denúncias de irregularidades, inclusive corrupção, na administração pública, ultimamente tornadas tão notórias pelos meios de comunicação.

Fundou o Consultor-Geral da República a sua argüição em interpretação que fez do art. 37 da Constituição Federal (de 1969), o qual diz:

*"Art. 37 — A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros."*

Invocou também a Lei n.º 1.579, de 18 de março de 1952 (art. 1.º), que dispõe sobre a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, e o Regimento (art. 168) do Senado Federal.

Sustentou o Consultor-Geral, na sua interpretação da norma constitucional, que a locução “fato determinado”, dela constante, impõe que somente são passíveis de investigação parlamentar “fatos determinados, concretos e individuados que sejam de relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do País”.

Explicou o Consultor-Geral da República: “A resolução do Senado Federal em questão alude a denúncias de irregularidades, inclusive corrupção. Mas, quais irregularidades concretamente? Em que setores da administração pública, especialmente?”

E adiantou: “As respostas a tais indagações conformariam a resolução do Senado à exigência constitucional formulada no preceito referido”.

E arrematou: “O conteúdo da resolução senatorial em análise permite nela vislumbrar a existência de um vício seminal, que a contamina irremediavelmente, posto que promulgada com absoluto desrespeito à exigência imperativamente formulada no art. 37 do texto constitucional”.

Resumindo: o parecer do Consultor-Geral da República afirma ser inconstitucional a Resolução n.º 22 do Senado Federal, constituidora de Comissão de Inquérito para investigar irregularidades na administração pública, por não ter como objeto de investigação “fato determinado”, nos termos do art. 37 da Constituição.

Adiante acusa o parecer algumas ilegalidades no procedimento da comissão constituída.

### *Uma questão preliminar*

Preliminarmente, todavia, é preciso examinar uma questão que de logo se apresenta: a da constitucionalidade do parecer do Sr. Consultor-Geral da República. Ou, melhor dizendo: a constitucionalidade do caráter normativo conferido a esse parecer pelo despacho aprobatório nele exarado pelo Presidente da República.

Um dos pontos essenciais do sistema constitucional brasileiro é o de que o exame da constitucionalidade das leis e atos normativos em geral pertence à competência do Poder Judiciário. De acordo com o nosso sistema constitucional de separação das diversas funções do poder do Estado em três ramos distintos, que se equilibram com harmonia e independência, é ao ramo judicial que incumbe a função de conferir, sempre que chamado legalmente a fazê-lo, a conformidade das leis e atos normativos ao sistema constitucional. Essa função — como as demais — é indelegável. Toda vez que se promulga ato legislativo (na acepção genérica dessa locução) suscetível de ser considerado contrário à legislação de ordem constitucional, a pessoa ou as pessoas legitimadas para tal podem argüir-lhe a inconstitucionalidade perante o ramo judicial do Estado. Toda vez que se pratique ato — de qualquer natureza — fundado em norma legal eivada de inconstitucionalidade, podem também a pessoa ou as pessoas legitimamente interessadas promover-lhe a declaração judicial de inconstitucionalidade.

Estabelecida essa verdade como uma premissa jurídica axiomática, tem-se que, *contrario sensu*, é destituída de todo valor e eficácia jurídica declaração de inconstitucionalidade não emanada de autoridade que não seja a judicial. Por conseguinte, a conversão, operada pelo despacho do Presidente da República, do parecer do Consultor-Geral da República, em ato normativo obrigatório para as pessoas funcionalmente subordinadas à Presidência da República, constitui-se em ato inconstitucional; trata-se de uma usurpação, inequívoca, da função judicial.

Somente o poder judicial tem competência para examinar, com fim declaratório formal, a constitucionalidade da resolução objeto do parecer do Consultor-Geral da República.

Ao apor o seu “de acordo” no parecer do Consultor-Geral da República, o Chefe do Poder Executivo invadiu a esfera de competência privativa do Poder Judiciário.

Além de significar uma usurpação da função judicial somente deferida aos juízes e tribunais, esse ato presidencial, conforme se verifica das suas conclusões, tem o efeito prático — e jurídico, e político — de impedir o funcionamento livre de uma comissão de inquérito do Congresso Nacional, isto é, do Poder Legislativo.

O ato normativo do Presidente da República é, pois, duplamente inconstitucional, por usurpar função privativa do Poder Judiciário e por impedir o funcionamento livre do Poder Legislativo.

Ora, impedir o livre exercício do Poder Legislativo constitui crime de responsabilidade, tipificado no inciso II do art. 4.º da Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Crime de responsabilidade em que incidiu, gravemente, o Presidente da República.

#### *A constitucionalidade da Resolução constitutiva da CPI*

A afirmação feita pelo Consultor-Geral da República, da inconstitucionalidade da Resolução n.º 22 do Senado Federal, se funda na inteligência dada por ele da significação das palavras “fato determinado” constantes do art. 37 da Constituição Federal.

A expressão “fato determinado” não tem — simplesmente porque não poderia ter — o sentido restritivo da liberdade do Congresso Nacional de criar comissões de inquérito, que lhe pretende conferir, com sua interpretação interessada, o parecer do Consultor-Geral da República.

“Fato determinado” não é, como afirma o parecer, fato concreto individuado em sentido estrito. “Fato determinado” quer dizer fato na sua acepção mais lata, que se confunde com a da palavra questão. Empregou a Constituição a locução “fato determinado” como poderia ter utilizado a locução “questão determinada”. A palavra “determinado” foi empregada pelo legislador constituinte por causa da necessidade, sentida na frase, de

se adjuntar à palavra “fato” um adjetivo. Já que quis o legislador empregar, embora desnecessária, a palavra “fato”, teve de fazê-la acompanhar de um adjetivo. Não podia o legislador dizer (no art. 37):

“... comissões de inquérito sobre fato... e por prazo certo...”

Era preciso qualificar a palavra “fato”, uma vez que, repetimos, preferiu o legislador utilizá-la, embora desnecessariamente. O legislador poderia ter dito, por exemplo, em vez de “fato determinado”, “fato irregular”, ou “fato suspeito”, ou “fato chegado ao seu conhecimento”, ou, por que não?, “fato notório”. Ele optou pelo adjetivo-participio “determinado”: “fato determinado”.

Existe, no fundo dessa questão — da conceituação de “fato determinado” —, um ponto muito importante, que não tem sido devidamente considerado por aqueles que estudaram o assunto comissão parlamentar de inquérito. Esse ponto consiste na impossibilidade constitucional de limitar a faculdade do Congresso Nacional de realizar inquéritos ou investigações necessários ao desempenho de suas funções. Essas funções são basicamente três: representativa, legislativa e fiscalizadora. Para desempenhar a função representativa — do povo e dos Estados-Membros — o Congresso Nacional não precisa de fazer inquéritos: não vemos hipóteses de que a necessidade deles possa ocorrer. Para cumprir o papel de legislador, o Congresso depende, sim, muitas vezes, de inquérito, mediante os quais procura obter os conhecimentos e informações indispensáveis à sua atuação legiferante. Para fiscalizar os atos e o comportamento geral do Poder Executivo, o inquérito pode ser, e quase sempre o será, um instrumento de trabalho absolutamente necessário ao Congresso Nacional. Impossível, com efeito, fiscalizar sem conhecer, de perto e bem, a realidade em que se move e atua e de que é fatora a administração pública federal. (E mesmo a administração de Estado-Membro pode ser objeto de inquérito parlamentar do Congresso Federal, nos casos de intervenção federal submetida à aprovação congressual.)

A função fiscal do Poder Legislativo, tendem muitos pensadores políticos modernos a considerá-la mais importante mesmo do que a função estritamente legislativa. A esse respeito, é oportuno citar uma informação que nos fornece WILSON ACCIOLI, no seu *Instituições de Direito Constitucional* (Forense, Rio de Janeiro, 1978, pp. 282 e seguintes). Diz ele:

“Desde que os Parlamentos começaram a se estruturar e a pôr em funcionamento seus mecanismos internos — e o da Inglaterra é o modelo mais antigo —, surgiu, concomitantemente, o princípio inerente à sua fiscalização em relação aos outros poderes do Estado. Estabeleceu-se, desde logo, que a vigilância do Parlamento se erigiria no elemento fundamental de seu melhor desempenho.

Traduzindo, com perfeito descortino, o alcance dessa projeção, disse Pitt, na Câmara dos Comuns, em 1742: “Nós somos

chamados o Grande Inquérito da Nação, e como tal é nosso dever investigar em cada escalão da administração pública, seja no estrangeiro ou dentro da nação, para observar que nada tenha sido erradamente realizado”.

Traçava, nessa época, o grande parlamentar inglês um esboço do que concebia como o verdadeiro papel do Legislativo: o de investigar e prover para que a Administração Pública bem desenvolvesse suas atividades.”

Mais adiante, WILSON ACCIOLI transcreve a opinião de SCHWARTZ:

“Sem dúvida, poucos aspectos da autoridade congressional têm recebido mais atenção pública do que o poder de investigação. Às vezes, na verdade, é como se o principal papel do Congresso fosse o que, em certa oportunidade, William Pitt, o Moço, designou como Grande Inquérito da Nação. Desde a Segunda Guerra Mundial, no mínimo, o congressista como inquisidor parece que se sobrepôs ao congressista legislador. Dificilmente pode ser negado que o poder de inquirir é uma ajuda essencial à função legislativa.”

Inquirir e investigar é, portanto, ação inerente ao Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional. É ação ínsita às suas funções essenciais. Poder Legislativo privado do poder de inquirir e investigar é uma contradição essencial e, pois, impensável. Uma das características do sistema constitucional é a de que, sempre que estabelece os fins, fornece os meios. Se o Poder Legislativo tem por fins legislar e fiscalizar, é preciso que ele disponha dos meios indispensáveis à realização desses fins.

O poder de inquirir e investigar é de tal modo consubstancial à existência do Poder Legislativo — e, pois, ao funcionamento do Congresso Nacional — que, nos sistemas constitucionais que há mais tempo o instituíram e que mais constantemente o praticam, os sistemas britânico e americano, não existe norma escrita constitucional ou ordinária, que o haja instituído ou que o regule. Nesses dois sistemas, a fonte do direito de investigar é de natureza consuetudinária. Também na Argentina o é. Na França, é lei ordinária a fonte. Brasil, Bélgica e outros países têm por fonte desse direito norma de caráter fundamental.

Informa GALLOWAY, citado por AGUINALDO COSTA PEREIRA (*Comissões Parlamentares de Inquérito*, Asa Artes Gráficas S/A, Rio de Janeiro, 1948, p. 40), que a primeira Constituição “a prover sobre as Comissões de Investigação” foi, provavelmente, a de Saxe-Weimar, de 1816. Logo em seguida vieram as Constituições da Bélgica, de 1831, da Holanda, de 1848 (que restringia o direito de investigar à segunda Câmara, isto é, ao Senado), e diversas Constituições alemãs, como a de Frankfurt, de 1849, e da Prússia, de 1850.

A respeito da falta de previsão, na Constituição dos Estados Unidos, do poder de investigar do Congresso Federal esclarece SCHWARTZ, citado por WILSON ACCIOLI:

“Aliás, a despeito de sua importância, o poder de investigar é um dos que não estão, expressamente, preceituados na Constituição. Num caso relevante, a Corte Suprema se manifestou deste modo: ‘não há preceito expresso investindo cada uma das Casas do Legislativo com poder de investigar e exigir testemunho, com o objetivo de exercer sua função legislativa, deliberada e efetivamente’. Desde a fundação da República, o Congresso tem procedido de acordo com a presunção de que ele possui o poder de investigar, como uma consequência necessária dos poderes que lhe são expressamente delegados. Este poder foi declarado primeiro em 1792, quando a Câmara dos Deputados nomeou uma Comissão especial para investigar o fracasso que aconteceu com o General Saint Clair e seu exército na expedição enviada contra os índios.”

A Corte Suprema dos Estados Unidos, ao julgar o caso *McGrain v. Daughert*, em 1927, assim definiu o poder de investigar do Congresso:

“Nós somos de opinião de que o poder de investigação — com o respectivo processo obrigatório — é um subsídio essencial e inerente à função legislativa.”

É interessantíssimo, e profundamente esclarecedor, observar que, no texto do Anteprojeto de Constituição remetido pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas, em 1933, à Assembléia Nacional Constituinte, e que fora elaborado pela chamada Comissão do Itamaraty, presidida pelo Embaixador Afrânio de Mello Franco, constava, do art. 29, § 1.º, a seguinte proposta de redação para a norma previsora da faculdade de criar o Poder Legislativo comissões de inquérito:

“1.º — A Assembléia poderá criar comissões de inquérito; e fá-lo-á sempre que o requerer um quarto dos seus membros.”

Como se vê, referia-se o Anteprojeto somente e simplesmente a “criar comissões de inquérito” de forma ampla e sem determinação do objeto delas. Era essa uma forma muito mais coerente — sob o aspecto da lógica jurídica — com o princípio dos poderes constitucionais implícitos. Esse princípio permite a interpretação lógica e sistemática e teleológica de que o poder de inquirir e investigar é uma inerência ao poder de legislar e de fiscalizar.

A razão estava, pois, com o Constituinte ALIOMAR BALEIRO (que anos depois seria um dos mais brilhantes juizes do Supremo Tribunal Federal), ao propor, na sua Emenda n.º 955, apresentada à Assembléia Constituinte de 1946, a supressão da norma referente ao poder do Congresso de criar comissões de inquérito. A razão estava com ele por causa da

implicitude inafastável do poder de inquirir no poder de fiscalizar e de legislar. Relembremos, a propósito, uma lição de RUI BARBOSA, que foi, no Brasil, um estrênuo professor de direitos e um educador profícuo do espírito democrático do nosso povo; disse RUI a respeito dos poderes implícitos na Constituição:

“Não são as Constituições enumerações das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. Traçam elas uma figura geral do regímen, dos seus caracteres capitais, enumeram as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e deixam à interpretação e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, a escolha dos meios e instrumentos com que os tem de exercer a cada atribuição conferida.

A cada um dos órgãos da soberania nacional do nosso regímen, corresponde implicitamente, mas inegavelmente, o direito ao uso dos meios necessários, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida. Nunca a este respeito se disputou, nem mesmo no Brasil, onde até de alfabeto entre homens ilustres constantemente se contende. Querer inferir do silêncio constitucional sobre o uso de uma medida, quando esta medida cabe naturalmente no âmbito de atribuições, cujas funções se quer desempenhar, inferir, digo, daquele silêncio constitucional sobre este poder da forma republicana de Governo (Constituição, no art. 34, § 33) a proibição constitucional dessa medida, é o mais frágil, mais infantil, mais frívolo dos absurdos.” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira* coligidos e ordenados por Homéro Pires, Saraiva e Cia., São Paulo, 1932, pp. 203 e 204.)

Insistiu RUI BARBOSA nesse ponto dos meios que devem corresponder aos fins constitucionais. “Nos Estados Unidos”, doutrinou ele, “é desde MARSHALL que essa verdade se afirma, não só para o nosso regímen, mas para todos os regímenes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que — em se querendo os fins se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções (ob. cit., p. 206).

Em outro passo dos seus comentários sobre a nossa primeira Constituição, afirmou RUI BARBOSA: “Sempre se disse que quem quer os fins, quer os meios, que quem confere um mandato, *ipso facto*, conferido tem as faculdades necessárias à sua execução.” E prossegue RUI: “Pouco importa o silêncio; esse silêncio é comum nas Constituições a todos os meios de execução, a todas as faculdades que ela outorga. Percorrei, uma a uma, todas as atribuições conferidas ao Congresso e ao pé de cada uma delas se levantará a questão: quais os meios pelos quais esta faculdade será exeqüível? A quem incumbirá defini-la? A quem tocará determiná-la? Por quem será escolhida? E essa escolha, essa determinação, essa definição,

quando se trata do Poder Legislativo, é a ele mesmo que toca. Acima dele, nenhuma questão há senão a desta mesma Constituição, que ele vai interpretar, e se acaso no uso desse direito de interpretação a sua autoridade for coibir o direito individual, expressamente consagrado no texto constitucional, o remédio estará nos meios ordinários da justiça” (ob. cit., p. 218).

Algum interessado poderá objetar que a invocação do princípio dos poderes implícitos, factível na vigência da Constituição de 1891 (que era omissa a respeito do poder do Congresso de criar comissões de inquérito), não o é agora, quando vige uma Constituição que expressamente prevê essa faculdade do Congresso Nacional. A objeção não procede. O que se pretende, ao invocar-se o princípio dos poderes constitucionais implícitos, é salientar a preponderância desse outro princípio, que é o de que a outorga dos fins implica a dos meios, e de que, portanto, o uso dos meios deve ter a amplitude dos fins. Se o Congresso Nacional tem, como um dos seus fins essenciais, o de fiscalizar os atos e o comportamento da Administração Pública federal (e, em alguns casos, da dos Estados-Membros), necessário se torna que ele possa, para bem cumprir essa função fiscal, realizar todos os inquéritos que forem precisos, e com toda a latitude que se lhes revelar indispensável.

A compreensão clara dessa idéia tem, como corolário necessário, o de que a Constituição, sob pena de negar-se a si mesma, não pretendeu limitar o direito de investigação do Congresso Nacional, ao empregar a locução “fato determinado”, no art. 37. A palavra fato se utilizou, aí, na sua acepção mais larga possível.

Assim, para exemplificar com a atuação desta Comissão de Inquérito, fato determinado não seria apenas, como se deduz do parecer do Sr. Consultor-Geral da República, a intermediação de verba pública denunciada pelo Prefeito de Valença. Se assim fosse, chegar-se-ia ao absurdo lógico de o Senado ter de constituir comissão de inquérito para cada caso de intermediação de verba pública: uma comissão de inquérito para o caso denunciado da Prefeitura de Valença, e tantas comissões quantos fossem os Municípios envolvidos em casos de intermediações de verbas públicas. A absurdidade da consequência demonstra a ilogicidade da premissa.

É perfeitamente constitucional a investigação do tema genérico “intermediação de verbas públicas”, ainda que a partir de um único caso denunciado publicamente. E se no curso do inquérito outros casos, e outros problemas, surgem, mesmo que de natureza diversa da inicialmente invocada como fundamento e razão da criação da comissão de inquérito, e se ligam uns aos outros, e se imbricam, e se mesclam e entrelaçam, a Comissão deve (e não pode deixar de o fazer) prosseguir no inquérito, até onde for necessário, em busca da verdade dos fatos.

A locução “fato determinado” não tem, pois, repitamos, sentido restritivo da liberdade do Congresso de realizar inquéritos com que se

instrua e informe sobre o que quer que seja concernente às suas funções legislativa e fiscalizadora. A significação das palavras “fato determinado” é a de tornar necessária a fundamentação do ato criador de comissão parlamentar de inquérito. Só assim se pode interpretar essa locução, que, se tivesse alguma significação restritiva, se chocaria com o princípio de que o Congresso Nacional pode tudo o que for preciso para realizar os seus fins, com a só limitação dos direitos constitucionais que ninguém, nem mesmo o Congresso Nacional, pode infringir.

Não há área alguma, no universo das atividades do Poder Legislativo, a não ser aquela que o legislador constituinte estabeleça, que se subtraia à investigação competente ao Legislativo.

### *Fato determinado*

Voltemos a enfrentar a conceituação possível de “fato determinado”, locução constante do texto da Carta Constitucional atual.

Comentando esse ponto da Carta Constitucional de 1967, PONTES DE MIRANDA diz: “A investigação somente pode ser sobre fato determinado, ou, em consequência, sobre fatos determinados que se encadeiem, ou se seriem”. Esse comentário não esclarece muito, mas o faz de modo bastante a se entender por “fato determinado”, possivelmente também, uma série de fatos encadeados. Ou entrelaçados, ou imbricados, acrescentamos por dever de indução lógica. O efeito do entrelaçamento ou da imbricação de uma pluralidade de fatos não pode ser diferente, juridicamente, do do encadeamento ou da seriação. Se se entrelaçam, ou se imbricam os fatos, também eles, no conjunto que perfazem podem ser objeto de investigação parlamentar.

Examinando essa questão, o Dr. EDGAR LINCOLN PROENÇA ROSA, em parecer há pouco produzido no âmbito desta Assessoria, de que é diretor, assim comentou as palavras de PONTES DE MIRANDA: “Esmiuçando-se a lição do saudoso mestre, podemos tecer as seguintes considerações:

1. Quase a totalidade das palavras pertencentes ao léxico de qualquer língua é plurívoca, isto é, possui mais de um sentido. Neste caso encontra-se a palavra fato. Ela pode significar um acontecimento específico, mas igualmente significa aquilo que tem existência real, que simplesmente é. No primeiro dos significados, trata-se de algo concreto, mas singular. No segundo, estamos diante de um sentido concreto, porém genérico.

O que teria pretendido o constituinte com a expressão “fato determinado”? Um fato qualquer, com especificidade singular, um acontecimento ou, além disso, uma determinada realidade existente num certo momento da vida constitucional?

A nosso ver, ambos os sentidos estão presentes na norma constitucional, com maior acento neste último.

2. Quando PONTES DE MIRANDA alude ao “fato da vida constitucional”, quer ele se referir a um acontecimento concreto (“in concreto”), com relevância e repercussão na ordem jurídica constitucional do País e sob seus efeitos.

Ora, é muito mais relevante, para os efeitos inerentes a essa ordem constitucional, uma realidade multifacetária, posta sob suspeita pública com a designação genérica, por exemplo, de “corrupção”, do que um certo acontecimento específico, por exemplo, fraude praticada por alguém.

Com esse entendimento, aqui apenas delineado, não é admissível sequer a suspeita de inconstitucionalidade do ato normativo que criou esta comissão.

A prevalecer o ponto de vista que perfilhe a inconstitucionalidade desse ato teríamos que reconhecer que foram inconstitucionais, numa pequena amostragem, as seguintes Comissões Parlamentares de Inquérito:

— a que investigou a execução do Acordo Nuclear Brasil—República Federal da Alemanha (Resolução n.º 69, de 1978);

— a destinada a investigar denúncias de atos de corrupção que teriam sido praticados na esfera da Administração Direta e Indireta da União (Requerimento n.º 110/80);

— a instituída para investigar, estudar, debater e oferecer conclusões acerca da problemática do controle da natalidade e do planejamento familiar no País (Resolução n.º 36, de 1980).

Muito lúcida a interpretação feita pelo Dr. EDGAR LINCOLN PROENÇA ROSA, segundo a qual a expressão “fato determinado” pode significar “uma determinada realidade existente num certo momento da vida constitucional”. Ela traduz, com outras palavras, a nossa interpretação de que por “fato determinado” se deve entender, em acepção lata e mais conforme à amplitude das competências do Congresso Nacional (que são as mesmas das suas Comissões de Inquérito), questão ou tema determinado.

O particípio-adjetivo *determinado* tem, nesse contexto, sentido oposto de “qualquer”; e é empregado tão-só em virtude da necessidade de não se deixar o substantivo *fato* abandonado, desacompanhado, na frase, de um adjetivo vinculatorio do substantivo a que acede.

A locução “fato determinado” significa antes uma necessidade de *fundamentação* da criação de uma determinada comissão congressual de inquérito, do que uma restrição da matéria objeto de investigação.

Que assim deve ser entendida essa locução prova-o a posição assumida pelo constituinte ALIOMAR BALEEIRO — um dos que mais se salientaram na Assembléia de 1946 pelo seu valor intelectual e pela sua acuidade jurídica — e que se traduziu na Emenda n.º 955. Essa emenda é um documento extraordinário, que coloca com precisão a questão das

comissões congressuais de inquérito. Que pretendeu a Emenda 955, de BALEEIRO? Nada menos, atenção! que a supressão, no texto constitucional, da norma referente à criação de comissões de inquérito. Veja-se a justificação da emenda:

“É inteiramente supérflua a disposição porque, no desempenho de suas funções, ambas as Câmaras podem recorrer aos inquéritos sobre quaisquer fatos, *determinados ou não* (destaque nosso), assim como a todo e qualquer meio idôneo, que lhe não seja vedado por cláusula expressa, ou implícita, da Constituição. Pouco importa que disposição análoga houvesse figurado na Constituição de 1934: não era menos supérflua, nem a única a merecer essa qualificação naquela Carta de longo curso e curta vida.

Tais comissões de inquérito sempre e sempre foram criadas pelas Câmaras inglesas e norte-americanas com poderes tão grandes, que podem trazer compulsoriamente à sua presença, prender e fazer punir “por desacato” perante a Corte de Justiça de Colúmbia, os indivíduos recalcitrantes. Nenhum dispositivo constitucional, ou da emenda à Constituição, entretanto, julgou-se necessário para esse fim. Apenas uma lei, de 1853, deu competência à Corte de Colúmbia para o julgamento dos particulares, que se rebelassem contra tais medidas, ou as dificultassem.”

Essa emenda de ALIOMAR BALEEIRO parte, inequivocamente, da premissa de que, sendo as funções fiscal e inquiritória inerentes ao Poder Legislativo, desnecessário se torna expressar, no texto da Constituição, algo que é uma obviedade. A emenda não foi aprovada. Por quê? Só pode ter sido por causa do receio, que tem tradicionalmente o legislador (mesmo o constituinte) brasileiro, de não explicitar, explicitar sempre e em todos os casos, ainda quando a explicitação não seja senão uma redundância inútil, uma superfetação. O legislador brasileiro não confia senão na norma escrita: e isso lhe vem das circunstâncias e características da nossa formação milenarmente assentada na prevalência da forma escrita da regra jurídica.

Ao rejeitar a emenda BALEEIRO não quis a Assembléia Constituinte de 1946 estabelecer uma limitação normativa à faculdade do Congresso Nacional de realizar inquéritos. O que ela intencionou foi tão-só, repetimos, explicitar essa faculdade, de modo que não ficasse deferida à prática da atividade parlamentar a tarefa de extrair (pelo método da construção, com a colaboração inevitável e indispensável do poder judicial) do sistema constitucional o direito, essencial à função legislativa, de proceder a inquéritos, mediante comissões, sempre que deles sentisse necessidade o legislador.

Salientamos, na transcrição do texto justificativo da emenda (n.º 955) BALEEIRO, o pormenor, cheio de significações de que, para BALEEIRO,

os inquéritos a que podem recorrer as Câmaras legislativas podem objetivar — atenção! “quaisquer fatos”, e esses fatos podem ser — atenção! — “determinados ou não”. Nenhuma limitação temática, como se vê.

E não poderia ser diferente: o inquérito por meio das suas comissões é o único instrumento de cognição direta da realidade (que não se compõe de fato determinado, mas de fatos, determinados ou não) de que dispõe o Congresso Nacional. Essa cognição não pode ser parcial ou seccionada”.

### *A experiência brasileira*

É muito elucidativa a experiência construída pelo Congresso Nacional através dos quase cem anos da sua existência (não deduzidos os períodos de fechamento por ato ditatorial, como o de 1930, de 1937 a 1946, e de 13 de dezembro de 1968 a 1969). Essa experiência revela uma amplitude temática, significativíssima, na criação ou nas tentativas de criação de comissões de inquérito. Devemos salientar que a Constituição de 1891 não continha norma previsora da criação de comissões de inquérito. Portanto, a experiência da Primeira República foi de certo modo consuetudinária, embora fundada, é evidente, no sistema constitucional globalmente interpretado.

Vejamos.

Na sessão de 20 de agosto de 1895, o deputado Vergne de Abreu requereu a eleição de uma comissão de inquérito que, depois de examinar “severamente a situação das companhias estrangeiras de seguros de vida, tendo em vista os seus livros, contas, balanços e todos os documentos que julgar conveniente, proponha as medidas legislativas tendentes a regularizar o seu funcionamento e a acautelar os interesses dos segurados”.

Onde o fato, ou os fatos determinados? Ao contrário: investigação genérica.

Em 15 de junho de 1896, o deputado José Carlos pediu a criação de uma comissão de inquérito sobre irregularidades diversas em várias alfândegas do país: contrabandos, desvio dos dinheiros públicos, abandono de várias alfândegas pela administração.

Qual, aqui, o fato determinado? O requerente apontou fatos, mas não os determinou.

Em 26 de outubro de 1905, o deputado Barbosa Lima requereu a eleição de uma comissão de nove deputados, para “rigoroso inquérito” sobre “as condições da gestão oficial do Banco da República por funcionários nomeados pelo Poder Executivo no quinquênio 1900-1905 e indagar das condições de segurança e idoneidade moral da Casa para onde se quer mandar, além de novos suprimentos avultados do Tesouro, os saldos do mesmo Tesouro”.

Não era um assunto genérico, sem fato ou fatos determinados, o dessa comissão requerida pelo deputado Barbosa Lima?

Veja-se a generalidade e quase vaguidade do objeto da comissão de inquérito requerida, em 31 de maio de 1916, pelo deputado Mário Hermes, com o fim de “conhecer e apurar o grau de eficiência das forças de mar e terra”. O requerimento foi aprovado em 6 de junho.

Em 22 de setembro de 1916, o deputado Vicente Piragibe requereu, após uma série de consideranda, a nomeação de comissões especiais de três membros cada uma “para examinarem a legitimidade da despesa e a exatidão da receita das repartições federais na Capital e nos Estados”.

Qual o fato ou os fatos determinados?

Em 29 de novembro de 1927, o deputado Azevedo Lima requereu à Câmara a nomeação de uma Comissão especial de cinco membros “a fim de proceder a inquérito sobre as condições dos serviços postais da República e, especialmente, sobre a situação de conforto material dos serventuários da Repartição Geral dos Correios e bem assim sobre o estado sanitário no meio em que os mesmos operam”. Assunto genérico.

No regime da Constituição de 1934, depois, portanto, que passou a constar, desnecessariamente embora, no texto constitucional, previsão sobre criação (apenas pela Câmara dos Deputados) de comissões de inquérito, houve alguns requerimentos de formação dessas comissões.

Na sessão de 16 de janeiro de 1935, o deputado João Simplício requereu a nomeação de “uma comissão parlamentar de inquérito sobre as condições da marinha mercante brasileira, subvencionada ou não, quanto:

- a) à situação financeira das empresas brasileiras que exploram os serviços de navegação costeira e fluvial e internacional;
- b) ao aparelhamento material de cada uma delas, ao estado de suas frotas e das unidades que as constituem;
- c) às exigências vigentes relativas à composição e número de suas tripulações;
- d) aos entraves existentes nos serviços portuários e de navegação;
- e) às exigências das tripulações e reclamações dos armadores”.

No conjunto dos itens, uma generalidade extensa.

Em 2 de abril de 1937, o deputado Adalberto Corrêa, com outros três colegas, requereu a nomeação de duas comissões de inquérito: uma se intitulou “Comissão de Inquérito para tomar conhecimento das investigações secretas promovidas pela Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo”; e a outra, “Comissão de Inquérito na Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo”. Assuntos genéricos.

Sob a Constituição de 1946, cresceu o número de comissões parlamentares de inquérito. Uma publicação do Departamento de Comissões da Câmara dos Deputados, de 1983, relaciona todas as comissões de inquérito formadas na Câmara, entre 1946 e 1981: quase duzentas. Impressiona, na leitura das questões objetos das investigações verificar o caráter de generalidades dessas questões. Apontemos alguns exemplos.

A primeira Comissão de Inquérito criada na Câmara dos Deputados, após a promulgação da Constituição de 18 de setembro de 1946, foi sobre "atos delituosos da Ditadura". Requerida pelo deputado Plínio Barreto, teve nove relatores parciais. Não concluiu os trabalhos. *Atos delituosos da ditadura*: uma questão de generalidade extensa.

A segunda CPI foi sobre "a situação do porto de Santos". Onde o fato determinado? E com objetos de investigação genéricos vieram outras: CPI sobre o Departamento Nacional do Café; CPI para apurar a participação de autoridades, funcionários e agentes públicos da União, Estados e Prefeitura do Distrito Federal, notadamente os do Ministério do Trabalho, em atividades subversivas; CPI para investigar informações constantes da carta-manifesto do senhor Getúlio Vargas; CPI para estudar a crise do café, suas origens e repercussões e as medidas necessárias para enfrentá-la; CPI para apurar irregularidades ocorridas na administração do Território do Rio Branco; CPI para apurar a discriminação de que estão sendo vítimas os nordestinos que emigram para o sul do país; CPI para investigar as causas e indicar os meios eficazes para combater o encarecimento do custo de vida no país; CPI para proceder a investigações sobre o problema de energia atômica no Brasil; CPI destinada a apurar a influência do poder econômico, corrupção, fraudes, violências e demais irregularidades praticadas no processo eleitoral, em todo o território nacional; CPI para investigar todos os aspectos da economia açucareira nacional; CPI para investigar aspectos referentes à implantação da indústria automobilística nacional; CPI para investigar as condições da construção de Brasília, organização e regulamentação de seus serviços públicos; CPI para apurar responsabilidades e denúncias sobre contrabando em todo o território nacional; CPI para estudar o problema do ensino universitário no Brasil; CPI para apurar o comportamento das comissões de sindicâncias e de inquérito, constituídas pelo Presidente da República, Sr. Jânio Quadros; CPI para investigar o comportamento das indústrias farmacêuticas no país; CPI para apurar irregularidades no sistema educacional de Brasília; CPI para analisar e investigar fatos ligados ao extinto território do Acre; CPI para investigar problemas relacionados com o café; CPI para investigar as atividades da indústria cinematográfica nacional e estrangeira; CPI para investigar a situação do sistema bancário nacional; CPI para apurar as causas do impedimento da consolidação de Brasília como capital do País e sugerir medidas que devam ser adotadas para a solução do impasse em que se encontra a administração pública, em decorrência do atual funcionamento da capital federal; CPI para averiguar o sistema de vendas a crédito; CPI para investigar a situa-

ção da indústria do fumo; CPI para apurar as causas determinantes dos aspectos negativos da política de minérios; CPI para apurar as falhas dos órgãos do Governo Federal na execução dos planos de valorização da região nordeste; CPI para investigar, em todo o território nacional, as repercussões sobre a economia popular da exploração de carnes; CPI para apurar a realidade brasileira quanto à pecuária; CPI destinada a examinar a situação do ensino superior no Brasil. E assim por diante. Questões genéricas. Nenhum fato determinado na acepção errônea do parecer do Consultor-Geral da República.

Dentre as comissões de inquérito criadas pelo Senado Federal, já fizemos menção, atrás, a algumas cujos objeto de investigação apresenta caracteres de generalidade extensa.

Como se vê, a prática parlamentar brasileira tem ensejado uma compreensão bastante lata do que possa ser objeto de inquérito por comissão congressional. E não poderia ser diferente, por força da necessidade imperativa que tem o Congresso Nacional de inquirir para conhecer e para fiscalizar.

#### *Os demais itens do Parecer Saulo Ramos*

Agora que concluímos a análise da questão da constitucionalidade da Resolução n.º 22 do Senado, que criou a Comissão Parlamentar de Inquérito para identificar responsabilidades no setor da Administração Pública, em decorrência de qualquer tipo de corrupção, e para sugerir medidas capazes de estabelecer controle e oferecer condições para a moralização da Administração pública, examinemos os demais itens do Parecer do Consultor-Geral da República.

#### *Item n.º 8. Autonomia da investigação parlamentar*

Correta a afirmação do parecer de que “o inquérito parlamentar, realizado pela CPI, constitui procedimento jurídico-constitucional dotado de autonomia. Em consequência, a existência de investigações desenvolvidas pela autoridade policial (inquérito policial), ou mesmo a instauração de processo penal perante o Judiciário, ainda que referentes aos mesmos fatos objeto da comissão legislativa, não inibem nem impedem a realização do inquérito parlamentar”.

#### *Item n.º 9. Os poderes da CPI*

Não procede a afirmação do parecer do Consultor-Geral da República de que a solicitação, pela CPI, de informações ao Poder Executivo deve ser feita por intermédio da Mesa da Casa a que pertence a CPI — neste caso, por meio da Mesa do Senado. A melhor inteligência do art. 30, parágrafo único, letra *c*, da Constituição Federal, não autoriza essa afirmação.

Os pedidos de informação a que se refere a letra *c* do parágrafo único do art. 30 da Constituição Federal são os que se fazem em Plenário. Eviden-

te que esses pedidos não podem ser remetidos ao Poder Executivo senão pela Mesa da câmara legislativa, a Câmara dos Deputados ou o Senado, em cujo plenário foram feitos.

Nas comissões congressuais de inquérito, a situação é bem outra. Essas comissões têm uma autonomia de ação que não pode ser negada, sob pena de se lhes violar a própria natureza. Uma comissão congressual (ou parlamentar) de inquérito é a própria câmara em miniatura, como já se observou. Ela tem todos os poderes e prerrogativas da Câmara a que pertence, e mais: todos os poderes e prerrogativas do Poder Legislativo. A Mesa da Comissão Congressual de Inquérito é, no âmbito de sua atuação, a mesma Mesa da câmara a que pertence e que representa. Por tanto, as solicitações de informações da Comissão se fazem por intermédio da Mesa, ou seja, do Presidente da Comissão, tal como se fossem feitas pela Mesa, ou seja, pelo Presidente da Casa.

IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA tem uma lição adequada sobre esse ponto:

*“As Comissões Parlamentares de Inquérito não são mandatárias da Assembléia que as constituiu. São a própria Assembléia no exercício das funções que lhes competem. Constituídas no Senado ou na Câmara, dentro de suas atribuições, elas representam esta ou aquela na sua totalidade.*

*A Comissão Parlamentar de Inquérito, desta sorte, não pode ser havida por órgão distinto do Congresso. Criada pelo Senado, é o próprio Senado. Instituída pela Câmara, não é senão a Câmara. Embora funcione com um número reduzido de membros, é sempre representativa da unidade total. A totalidade que representa é tanto mais expressiva quanto, por força de preceito constitucional, ela se forma de elementos de todos os partidos, na proporção de sua representação.*

*... a Comissão de Inquérito de uma Câmara não é uma dependência dessa Câmara. É, consoante se manifestou o eminente ministro LUIS GALLOTTI, a representante da Câmara na tarefa que lhe é cometida. Dentro de seus encargos, ela fotografa, retrata, reproduz a imagem da Câmara; possui o mesmo prestígio, usa dos mesmos poderes, goza da mesma autonomia da Assembléia a que pertence. Poder-se-á dizer com DURANDO (“Interpretazione e Comento della Costituzione Italiana”, Turim, 1948) que a Comissão de Inquérito é mesmo uma “piccola camera”.*

*A Câmara (ou o Senado) concentra-se, consubstancia-se, converte-se, resume-se, reduz-se na Comissão de Inquérito, à qual são conferidos amplos poderes, de origem constitucional, para a realização dos trabalhos que lhe foram designados.”* (“Aperfeiçoamento do Estado Democrático”, Revista Forense, n.º 151, pp. 62/63).

Poder-se-ia alegar que, admitido que se faça pela Mesa da Comissão o pedido de informações ou de documentos etc; esse pedido deveria ser encaminhado ao destinatário por intermédio do Presidente da República, nos casos em que não fosse o mesmo Presidente da República o destinatário do pedido. Também nesse ponto se impõe a interpretação de que o pedido de informações formulado por Comissão Congressional de Inquérito não é o mesmo a que se refere a letra *c* do parágrafo único do art. 30 da Constituição Federal. Não é o mesmo. Tem outra natureza e outros fins. Emana de um órgão que, no exercício de suas atividades e na busca dos seus fins, necessita de uma liberdade de ação que lhe possibilite eficiência e eficácia. Assim como o Judiciário não precisa da intermediação do Presidente da República para requisitar informações e documentos pertencentes ao Executivo, também as Comissões Parlamentares de Inquérito podem dirigir-se diretamente às autoridades administrativas a fim de lhes solicitar informações e documentos.

Que os pedidos de informações referidos na letra *c* do parágrafo único do art. 30 da Constituição Federal são coisa distinta das solicitações de informações e documentos feitas por comissão parlamentar de inquérito, prova-o a distribuição tópica dessas matérias no Regimento Interno do Senado Federal. Esse Regimento regula o ponto dos requerimentos de informações no art. 239, Seção II — “Dos Requerimentos”, integrante do Título IX — “Das Proposições”. Quer dizer: o requerimento de informações é previsto, no Regimento do Senado, como uma das espécies de proposições que se pode fazer nessa Câmara legislativa do Congresso Nacional. A requisição de informações ou “documentos de qualquer natureza”, por parte de comissão parlamentar de inquérito, está prevista no art. 173, localizado no capítulo (XIV) “Das Comissões de Inquérito”, que integra o título (VI), “Das Comissões”. O Regimento do Senado regula, como se vê, em lugares diferentes e de forma diferente, dois institutos de direito constitucional e parlamentar que são, também, distintos um do outro.

Desnecessário sublinhar, aqui, a posição dos regimentos das câmaras legislativas no quadro da hierarquia das leis. Reportemo-nos ao estudo feito por PAULO BROSSARD, sob o título “Da Obrigação de depor perante Comissões Parlamentares de Inquérito criadas por Assembléia Legislativa” (*Revista de Informação Legislativa*, n.º 69, pp. 22 e segs.). Diz o jurista gaúcho:

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

Daí por que escreve ESMEIN:

“Il en résulte qu'actuellement le règlement de chaque chambre est le complément indispensable de la Constitution; il en est la mise en oeuvre en ce qui concerne l'action des Assemblées. Il joue un rôle capital dans notre organisme constitutionnel.”

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

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

Analisando a natureza jurídica do Regimento das Câmaras, acentuam BARTHLEMY ET DUEZ:

“la raison de ce qu’ils posent des règles générales, abstraites, impersonnelles, est incontestablement *un acte de nature législative*, par son contenu”, embora sob o ponto de vista formal a lei seja a manifestação da vontade concordante das duas Câmaras (*Traité de Droit Constitutionnel*, 1926, p. 482).

Daí por que nota DUGUIT:

“par la force des choses les règlements des Assemblées politiques contiennent souvent des dispositions très importantes, qui pourraient très justement trouver leur place dans la loi constitutionnelle” (p. cit., v. IV, § 22, p. 270).

Mas, nenhuma lição é mais esclarecedora que a de RUI BARBOSA. O juriconsulto sem rival, num documento solene, lido perante o Senado, acentuou incisivamente:

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

Mas entre as duas espécies a homogeneidade se estabelece na substância, comum a ambas, do laço obrigatório, criado igualmente num caso e no outro, para aqueles sobre

quem se destina a imperar cada uma dessas enunciações da legalidade” (“*Comentários à Constituição*”, v. II, pp. 32 e 33; v. III, p. 266).

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

Com efeito, salienta FRANCISCO CAMPOS: “a fonte quase exclusiva do direito parlamentar são os regulamentos internos das assembléias. Por estes regulamentos, as casas do Parlamento desenvolvem, interpretam e constroem as regras constitucionais relativas ao seu funcionamento, assim como exercem a função, sobre todas soberana, de criar o direito próprio ao campo especial da sua atividade, como é o caso, por exemplo, do direito penal disciplinar, complexo de relações, de sanções e de restrições que a câmara, por sua própria autoridade, institui como legislador e aplica como juiz” (*Direito Constitucional*, 1942, p. 70).

O “arquivamento sumário dos pedidos de informação dirigidos pela CPI, diretamente, aos Ministros de Estado ou a qualquer outro órgão ou agente do Poder Executivo”, recomendado pelo parecer do Consultor-Geral da República, constituiria, portanto, crime de responsabilidade.

#### 10. *Incidentes do inquérito parlamentar*

Nesse item do seu parecer, o Consultor-Geral da República afirma: “Indiciados: não podem ser compelidos a comparecer perante qualquer comissão de inquérito. E, se eventualmente comparecem, os indiciados não estarão obrigados a depor. Gozam, na verdade, do privilégio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se detergere*)”.

Preliminarmente, não existe, no inquérito parlamentar, a figura do indiciado. Observa muito bem o jurista JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (“Inquéritos Parlamentares”, *Revista de Informação Legislativa*, junho de 1964, pp. 6 e segs.: “É incorreção da Lei n.º 1.579, de maio de 1952, referir-se a indiciados, como o fez no art. 2.º — “ouvir indiciados”, ou no art. 3.º “indiciados e testemunhas”. O inquérito parlamentar não visa a instruir ação judicial penal, embora os elementos de informação por ele recolhidos possam ser aproveitados como elementos de prova em ação penal eventualmente proposta pelo Ministério Público. Inquérito parlamentar é processo autônomo, que nasce e termina no âmbito da câmara legislativa — ou do Congresso Nacional — que o realize. Não havendo indiciados, em inquérito parlamentar, o que há são testemunhas. Todas as pessoas que deponham em inquérito parlamentar o fazem na condição de testemunhas.

E, nessa condição, não podem deixar de comparecer. Em nenhuma hipótese uma pessoa, convocada regularmente para depor em inquérito parlamentar, pode deixar de comparecer.

Diz o parecer: "Testemunhas: as testemunhas, se faltosas ou recalitrantes, poderão ser compelidas, mediante intervenção do Poder Judiciário, a comparecer perante a CPI. Observe-se que a CPI não dispõe de poderes para ordenar, *ex propria auctoritate*, a condução coercitiva de testemunhas que se recusem a comparecer". Mais adiante: "Assinale-se que a CPI deverá, necessariamente, em tal hipótese, requerer à autoridade judiciária competente a efetivação da medida constritiva. Não lhe será lícito, portanto, em face da própria literalidade do texto legal, solicitar, de imediato, a força policial. A CPI não pode usar de meios coercitivos senão quando autorizado em lei."

O parecer não diz a verdade. A experiência das comissões de inquérito, nos países onde elas nasceram e se sedimentaram, revela que é da natureza das comissões parlamentares de inquérito o poder de compelir, mesmo com o uso da força, se preciso, as testemunhas a comparecer. Ao contrário do que afirma o parecer, as comissões parlamentares de inquérito têm poderes para ordenar, *ex propria auctoritate*, a condução coercitiva de testemunhas que se recusem a comparecer.

As lições a esse respeito são numerosas e unânimes. Vamos lembrar algumas.

PAULO BROSSARD, no trabalho já citado aqui, informa:

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

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

A respeito ensina PONTES DE MIRANDA que tal poder "é inerente à independência do Poder Legislativo. Cabe no seu poder de policiamento e de edição de regras jurídicas regimentais" (*op. cit.*, vol II, p. 268; cf. ALIOMAR BALEIRO, loc. cit. e *Diário de Notícias*, Rio, 12-7-53, artigo intitulado "As Testemunhas e o Inquérito Parlamentar"; *Estado do Rio Grande*, 13-7-53; AGUI-NALDO COSTA PEREIRA, *op. cit.*, p. 137; OTACÍLIO ALECRIM, *Rev. Forense*, v. 151, pp. 34 e segs.; GOIS DE ANDRADE, *idem*, pp. 23 e segs.).

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

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

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

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

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

De modo que, desde o “test-case” de 1880 (*Bilbourn v. Thompson*) até os julgados mais recentes (*United States v. Josephson*, 1947, e *United States v. Lawson and Trumbo*, 1950), é cânone da jurisprudência constitucional norte-americana que a intimação (*sub poena*) e a punição por desacato (*punishment for contempt*) são, originariamente, atribuições do Congresso, e, quan-

do, por motivos de conveniência, deferidas à justiça penal, são consideradas a título meramente suplementar da ação direta privativa da entidade coletiva congressional.

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

Mais adiante, afirma ainda PAULO BROSSARD, atual Ministro da Justiça:

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

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

Quando isto ocorre, a Comissão, nos termos do art. 54, § 3.º, do Regimento (que reproduz a norma do art. 3.º, parágrafo único, da Lei n.º 1.579), solicita ao Poder Judiciário seja a intimação renovada por oficial de justiça, nos termos do art. 218 do Código de Processo Penal."

Acrescentemos o seguinte:

É relativamente escassa ainda a experiência brasileira em matéria de comissões parlamentares de inquérito. No Império, não as houve. Na Primeira República, houve poucas: e as que existiram tiveram atuação muito pequena. Elas tiveram algum incremento a partir da Constituição de 1934 e principalmente a partir da de 1946. No regime constitucional de 1946 criaram-se e funcionaram numerosas. Mas a sua atuação não ensejou senão uma pouca construção jurídica, por parte delas, e pouquíssima por parte dos tribunais. Uma pesquisa que fizemos da jurisprudência produzida no Supremo Tribunal Federal revelou que, dos possíveis problemas jurídicos da atuação de uma comissão parlamentar de inquérito, raros foram os que chegaram ao conhecimento da nossa corte judicial máxima. Por conseguinte, o fato é que o direito parlamentar, nessa matéria, é um direito construendo. A prática das comissões parlamentares de inquérito, com as soluções que for dando aos problemas acaso surgidos, é que irá formando uma compreen-

são, um pensamento jurídico a respeito dessa instituição, que na Europa — mormente na Inglaterra — é antiqüíssima, nos Estados Unidos existe desde o período colonial e, no Brasil, embora admitida doutrinariamente desde o Império, ainda não se sedimentou.

O Regimento do Senado (parágrafo único do art. 177), além da Lei n.º 1.579, de 18 de março de 1952 (que dispõe sobre as comissões parlamentares de inquérito), que é redundante do Regimento desta Casa e, por isso, desnecessária, conforme observou com muito acerto PAULO BROS SARD (*Revista de Informação Legislativa*, n.º 69, p. 25), manda aplicar aos atos processuais das comissões parlamentares de inquérito, subsidiariamente, o Código de Processo Penal. Este preceitua, no art. 218:

**Art. 218** — Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Em seguida:

**Art. 219** — O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas de diligência.

Nos termos, pois, do quadro das normas legais aplicáveis ao caso de testemunha recalcitrante ou faltosa, o presidente de comissão parlamentar de inquérito tem os poderes próprios de um juiz de direito. Verificando que testemunha regularmente intimada não compareceu à audiência marcada, e incorreu, pois, no crime de desobediência, o juiz de direito poderá requisitar à autoridade policial que traga a testemunha faltosa, ou que um oficial de justiça a conduza à sua presença, para ser inquirida: o oficial de justiça, no cumprimento de sua tarefa, poderá solicitar, se julgar necessário, o auxílio da força pública, isto é, da polícia.

O juiz de direito pode mais: ele pode decretar a prisão da testemunha faltosa, por prática do crime de desobediência. Nesse caso, a faculdade de decretar a prisão de testemunha faltosa, concedida ao juiz pelo nosso sistema jurídico, se funda na permissão constitucional da prisão em flagrante, também regulada no Código de Processo Penal, art. 301 e seguintes. Testemunha que desatende a intimação judicial para depor comete crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), e considera-se em flagrante no momento em que o juiz toma conhecimento do ato da desobediência. O crime de desobediência é “infração permanente”, e se compreende na previsão do art. 303 do Código de Processo Penal:

**Art. 303** — Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Se o presidente de comissão parlamentar de inquérito, no âmbito da comissão, dispõe de todos os poderes inerentes à autoridade de um juiz de direito; se o juiz de direito pode decretar a prisão (em flagrante) da testemunha que, regularmente intimada, lhe desatende à intimação para depor; *ipso facto*, o presidente de comissão parlamentar de inquérito pode decretar a prisão — em flagrante — da testemunha que, regularmente convocada, não comparece para depor.

Ademais, é preciso não esquecer que a prerrogativa, ou direito, ou direito-dever, de prender em flagrante assiste a toda pessoa: — a “qualquer do povo”, nos termos do Código de Processo Penal. Como a não poderia ter o presidente de comissão parlamentar de inquérito?

Oportuno observar também que a palavra *intimação*, existente no texto do art. 3.º da Lei n.º 1.579, não obriga a intervenção do juiz de direito no processo de efetivação da intimação. Mesmo aí se trata, ainda, de convocação, simples, feita pela CPI. Isso se induz do parágrafo único do art. 3.º, o qual diz que, em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que reside ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal. A intervenção do juiz (da localidade da residência ou de onde se encontre a testemunha) só ocorrerá, e ainda assim de modo facultativo, e a juízo da comissão parlamentar de inquérito, se a testemunha, regularmente chamada pela comissão, não comparecer.

A afirmação de parecer do Consultor-Geral da República de que a testemunha, “a quem incumbir respeito ao dever de sigilo”, não poderá ser constrangida a depor sobre fatos a respeito dos quais, por sigilo profissional, deva guardar sigilo, é verdadeira.

Também o é a afirmação de que comissão parlamentar de inquérito não tem competência para, “ela própria, ordenar o comparecimento de Ministro de Estado”. Nos termos do art. 173 do Regimento do Senado, o comparecimento de Ministro de Estado deve ser requerido pela Comissão ao Plenário da Casa.

Busca e apreensão. Diz o parecer do Consultor-Geral da República: “As comissões de inquérito não poderão, por seus próprios meios, efetuar busca e apreensão de papéis e documentos. Deverão, para tanto, requerer essa providência coercitiva ao Poder Judiciário”. Examinando o assunto, PONTES DE MIRANDA afirma o seguinte:

“As buscas e apreensões são permitidas quando há razões fundadas para se terem como indispensáveis. Realizam-se por intermédio da autoridade policial, ou por mandado da comissão de inquérito” (*Comentários à Constituição de 1967*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967, p. 59).

## 11. *Princípio da colegialidade*

Incontestável esta afirmação contida no parecer do Consultor-Geral da República (ressalvada apenas a impropriedade do substantivo colimação, empregado no sentido de atingimento, realização, consecução): “Somente a comissão, através da vontade majoritariamente expressa de seus membros, é o soberano juiz da conveniência, oportunidade, necessidade e utilidade das diligências e atividades probatórias que, eventualmente, considere indispensáveis à colimação de seus objetivos investigatórios”. Evidente que a comissão, no exercício dessa sua soberania, pode decidir, sempre que o julgar conveniente, delegar poderes de atuação não só ao seu presidente, como a qualquer dos seus membros.

## 12. *Sistema nacional de informações e contra-informação. O objeto da consulta*

É longo o arrazoado do parecer do Consultor-Geral a respeito da questão que ele formula em termos de acessibilidade às informações e documentos produzidos pelo Serviço Nacional de Informações. Na parte inicial desse arrazoado, o Consultor-Geral admite que “as informações e os documentos produzidos pela DSI/SEPLAN-PR deverão, na medida em que o reclamar o interesse público, sofrer diminuição ou, mesmo, supressão do grau de sigilo, que os torna, no momento, inacessíveis. Permite-o o Regulamento para Salvaguarda de Assuntos Sigilosos, aprovado pelo Decreto n.º 79.099, de 6 de janeiro de 1977 (v. art. 8.º). Aconselha-o o dever da autoridade pública em fornecer as provas, quando as conheça ou tenha sob sua guarda, para a segura punição dos que cometerem crimes contra a Administração e contra o administrado”. Todavia, como não se operou ainda, diz ele, essa desclassificação, entende o Consultor-Geral da República “incidentes os fundamentos do Parecer n.º SR-13/86”, aprovado pelo Presidente da República, e no qual o Consultor-Geral aduz extensas considerações. Estas constituem a parte final do seu arrazoado, e servem a fundamentar a conclusão de que, por não haver lei permissiva do fornecimento das informações, dados e documentos recolhidos e armazenados pelo Serviço Nacional de Informações, não pode o Poder Executivo autorizar-lhe o acesso por parte da sociedade em geral.

A questão tem de ser vista de dois ângulos. Do ângulo das pessoas individuais, as pessoas naturais, que compõem a sociedade; e do ângulo das relações entre as funções executiva, legislativa e judiciária, do Estado, ou seja, das relações entre os Poderes do Estado. Do ponto de vista da sociedade e das pessoas que a compõem, é admissível que a lei estabeleça restrições ao acesso delas às informações, documentos e dados recolhidos e armazenados pelo Serviço Nacional de Informações. Como registra o parecer do Consultor-Geral da República, há na Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, norma de que

as matérias referentes “aos direitos relativos à privacidade, como direitos de personalidade, por sua abrangência (...)”, serão objeto de lei específica, “ainda não editada”. Essa lei, que certamente virá a seu tempo, será feita, evidentemente, dentro dos limites que serão fixados pela nova Constituição, cujo projeto, no § 33 do art. 6.º, estabelece:

§ 33 — Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações verdadeiras, de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. As informações requeridas serão prestadas no prazo da lei, sob pena de crime de responsabilidade.

Como se vê, a própria Constituição futura (se se mantiver, como provavelmente se manterá, o texto do projeto já aprovado em primeiro turno) ressalva, ao assegurar o direito de acesso a informações de interesse particular, coletivo ou geral que estejam na posse de órgãos públicos, as informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Do ponto de vista das relações entre os três Poderes, ou órgãos, do Estado, a questão se apresenta diferente. Não existe nenhuma informação ou documento que, produzidos no âmbito do Poder Executivo, não possam ser, por mais sigiloso o seu caráter, transmitidos ao conhecimento do Poder Legislativo. As comissões parlamentares de inquérito, que podem tudo o que pode o Poder Legislativo, e que têm todas as prerrogativas do Poder de que são reproduções em tamanho menor, têm direito de acesso a todas as informações e documentos de que disponha o Poder Executivo. Para exercer o seu direito de acesso a tais informações e documentos, deve a comissão parlamentar de inquérito se valer do instituto da sessão secreta. Assegurando às suas sessões, destinadas a receber do Poder Executivo informações e documentos de caráter sigiloso, um caráter também sigiloso, secreto, a comissão parlamentar de inquérito pode, constitucional e legalmente, como Poder Legislativo que é, exigí-los e recebê-los. Embora o Serviço Nacional de Informações preste serviços especialmente, por força da lei (4.341, de 13 de junho de 1964) que o criou, ao Presidente da República e ao Conselho de Segurança Nacional, é claro que ele se liga também ao Congresso Nacional, como órgão do Estado e da soberania nacional, pelo mesmo vínculo constitucional que o liga ao Estado. Tudo o que o Presidente da República deve saber, o Congresso Nacional o pode saber, com a cautela, sempre que imposta pela natureza do objeto de conhecimento, do sigilo exigido pela segurança do Estado e da própria Nação.

O § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 4.341, de 13 de junho de 1964, declara:

“O Serviço Nacional de Informações está isento de quaisquer prescrições que determinem a publicação ou divulgação de sua organização, funcionamento e efetivos.”

Desprezemos aqui, por inoportuno, o exame do fato de que esse artigo da lei não se reveste de constitucionalidade inquestionável; uma lei ordinária não pode impor limitações ou vedar a abrangência de leis futuras. Observemos, somente, que o que a lei que criou o SNI veda é apenas a publicação ou divulgação da sua organização, funcionamento e efetivos. Informações e documentos não se compreendem nas palavras organização, funcionamento e efetivos. Informações e documentos são suscetíveis, portanto, de publicação e divulgação, de acordo com um critério normativo, que, atualmente, é estabelecido pelo Decreto n.º 79.099, de 6 de janeiro de 1977. Com base nesse decreto, o caráter de sigilo dos documentos públicos é objeto de uma classificação, feita de acordo com o grau de sigilo deles. Esse decreto, cuja constitucionalidade é discutível, se coaduna bem com o caráter autoritarista do sistema constitucional-jurídico ainda vigente no País.

### 13. *Controle jurisdicional das atividades da CPI*

Não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal tem jurisdição sobre os atos de comissão parlamentar de inquérito. Isso por causa das suas atribuições de guardião da Constituição e das regras de sua competência jurisdicional.

A afirmação de tal poder e competência da nossa corte judicial máxima é uma obviedade e, pois, uma excrescência e, como tal, uma inutilidade no parecer do Consultor-Geral da República.

### 14. *Em conclusão*

*I* — a Resolução n.º 22 do Senado, é constitucional, dado que a inteligência da locução “fato determinado” deve ser bastante larga para não inibir a atuação cognitiva e fiscalizadora do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, atuação que não pode suspender-se diante de fatos encadeados, ou mesclados, ou inter-relacionados;

*II* — é verdade que, na apuração do fato ou fatos objetos de investigação de comissão parlamentar de inquérito, o Poder Executivo deve colaborar “sem qualquer restrição, inclusive desqualificando os documentos sigilosos que de alguma forma possam ser úteis às investigações”; o Poder Executivo não poderá recusar a entrega de informações, sob pretexto de que não se referem a fatos determinados ou precisos, ou de que não são pertinentes com o objeto da Comissão, pois somente o Poder Judiciário pode julgar da conformidade dos atos da Comissão com o sistema constitucional vigente;

*III* — comissão parlamentar de inquérito pode requisitar documentos e informações diretamente às repartições públicas do Executivo cuja recusa

constituirá crime de responsabilidade, imputável, conforme o caso, ao Presidente da República ou ao Ministro de Estado, ou a ambos;

IV — comissão parlamentar de inquérito pode efetuar, ou pela sua secretaria, ou pela polícia da Câmara que a constituiu, ou, ainda, mediante requisição à autoridade policial do Executivo, quaisquer medidas cautelares, entre as quais buscas e apreensões, que, a seu juízo, se fizerem necessárias. A condução coercitiva de testemunha recalcitrante ou faltosa é uma prerrogativa essencial de comissão parlamentar de inquérito. Essa coerção pode ser feita diretamente pela comissão, por intermédio de sua secretaria ou da polícia da Casa que a instituiu, ou, subsidiariamente, se assim o julgar conveniente a Comissão, por intermédio do Poder Judiciário, que, nesse caso, é um mero agente executor da medida solicitada, não exercendo sobre tal medida qualquer controle de legalidade. Caso o Judiciário, nos casos de condução coercitiva de testemunha faltosa, pudesse exercer controle de legalidade, estaria invadindo esfera de atuação soberana de outro poder, isto é, do Poder Legislativo;

V — é evidente que “os eventuais desvios de poder, pela CPI; estarão sempre sujeitos ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal”;

VI — na sua atuação investigatória, que pressupõe uma legalidade que não é senão redundante e, pois, inútil preconizar, as comissões parlamentares de inquérito devem “merecer total apoio e incondicional colaboração”.

#### BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- BALEEIRO, Aliomar — in *Comissões Parlamentares de Inquérito*. PEREIRA, Agnaldo Costa.
- BARBOSA, Rul. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Peres. São Paulo, Saraiva e Cia., 1932.
- BROSSARD, Paulo. *Da Obrigação de Depor Perante Comissões de Inquérito*. *Revista de Informação Legislativa*, nº 69.
- GALLOWAY — in PEREIRA, Agnaldo Costa. *Comissões Parlamentares de Inquérito*. Rio de Janeiro, Asa Artes Gráficas S.A., 1948.
- ITAGIBA, Ivair Nogueira. “Aperfeiçoamento do Estado Democrático”. *Revista Forense*, nº 151, p. 62.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967.
- OLIVEIRA FILHO, João. “Inquéritos Parlamentares”. *Revista de Informação Legislativa*, junho de 1964.
- PEREIRA, Agnaldo Costa. *Comissões Parlamentares de Inquérito*. Rio de Janeiro, Asa Artes Gráficas S.A., 1948.
- ROSA, Edgar Lincoln Proença. Parecer exarado na Assessoria Legislativa do Senado Federal.

# A participação política da mulher

JOAQUIM LUSTOSA SOBRINHO

1 — A participação da mulher em todos os movimentos políticos e sociais tem sido realmente efetiva. Mas na hora da concretização das conquistas sócio-jurídicas, é inexplicavelmente alijada. Assim ocorreu quando da vitória dos revolucionários que fizeram a Revolução Francesa de 1789. Quando a Constituinte discutia e votava a célebre “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, OLYMPE DE GOUGES defendeu que se votasse também uma “Declaração dos Direitos da Mulher”. Todavia pagou caro pela defesa dessa pretensão. Os legisladores constituintes rechaçaram sua pretensão, resultando em sua morte no patíbulo.

Apesar deste intróito macabro, o movimento feminino não se deteve e, lá pelos anos de 1865, deu os primeiros passos. O Congresso Socialista, realizado em 1879, proclamou a igualdade de ambos os sexos. Apesar de outras tentativas na Câmara dos Representantes, a mulher francesa só veio adquirir completa capacidade no século atual. Para esse atraso na sua evolução política muito contribuiu o Código de Napoleão, de 1804, pois que impunha a subordinação legal da mulher.

Com o objetivo de melhorar a sua condição, foram criadas “as conselheiras municipais privadas”, já que as mulheres francesas eram consideradas ineficazes.

Apesar de ser a França a pátria das liberdades públicas, as francesas amargaram longos anos de incapacidade política. Afinal, a sua Constituição de 46, no preâmbulo, dispôs categoricamente que “a lei garante à mulher, em todos os domínios, direitos iguais aos do homem”.

A Constituição de 58, reafirmando os direitos anteriores, acrescentou no art. 3.º que “são eleitores, nas condições determinadas pela lei, todos os nacionais franceses maiores de ambos os sexos, no gozo de seus direitos civis e políticos”.

2 — Também na Inglaterra, a luta feminina para conquistar o direito de votar foi árdua. Ali se fundou a “Woman Social and Political Union”, no princípio deste século.

Somente depois de acirrada campanha, a mulher inglesa proprietária com mais de 30 anos, ou casada com marido proprietário, conseguiu o direito de votar, para alcançar posteriormente a igualdade completa com o homem na esfera política em 1928. É certo haver surgido o primeiro movimento a favor do voto feminino por iniciativa de STUART MILL em 1867.

3 — Os Estados norte-americanos de Wyoming, Colorado, Idaho e Utah foram os primeiros a conceder o direito de voto às mulheres. O

movimento feminino iniciou-se em 1830. Já em 1913, 13 Estados haviam concedido o voto feminino, generalizando-se a partir de 1919.

4 — A Constituição da Itália de 48 estabeleceu no art. 48 absoluta igualdade política dos sexos tanto no exercício do voto quanto no acesso aos cargos públicos e eletivos.

5 — A emancipação da mulher foi agitada na Alemanha desde 1790, através do manifesto de HIPPEL. Advogava LOUISE OTTO o direito de voto para a mulher já em 1848, a fim de ajudar na construção da Nação. Criou-se em 1865 a “Associação Geral das Mulheres Alemãs”, para, numa luta conjugada do socialismo com o feminismo, conquistar a igualdade dos sexos.

6 — A Rússia, somente através da Constituição de 36, art. 122, concedeu à mulher iguais direitos aos do homem, em todos os domínios da vida econômica, do Estado, cultural, social e política.

7 — Vale a pena registrar que a Nova Zelândia concedeu o direito de sufrágio a suas mulheres em 1893. A Noruega, em 1907.

8 — A Espanha só concedeu às suas cidadãs o direito de disputar por eleição os cargos públicos em igualdade de condições com os homens em 1961.

9 — A Suíça concede às suas mulheres o direito de votarem e de se elegerem em 1971.

10 — Fazendo esse esforço por nações estrangeiras, muito mais desenvolvidas que a nossa, visamos acentuar que, apesar de sermos um País novo e em desenvolvimento, a emancipação política da mulher não veio lá com tanto atraso, embora nosso Código Civil de 1916 tomasse por paradigma o bicentenário Código Napoleão.

11 — Com a nossa primeira revolução social, de largas proporções, adveio o Código Eleitoral de 32 com o Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro, que assegurou o sufrágio universal, direto e secreto, a ambos os sexos.

Muito devem ter contribuído para o advento do voto feminino as notáveis “Cartas de Mulher” da bióloga e advogada BERTHA LUTZ e os congressos internacionais femininos realizados em 22 e 31, no Rio de Janeiro, então capital da República. Cartas e congressos agitaram o problema da emancipação política, econômica e jurídica das mulheres.

As mulheres, entretanto, não perceberam, de logo, o alcance dessa extraordinária conquista, que abriu espaço para todas as demais. Assim continuaram alheias ao processo político, submissas e domésticas.

12 — A Constituição de 34, art. 108, declarou serem eleitores os brasileiros maiores de 18 anos, de ambos os sexos, alistados na forma da lei.

Todas as demais Constituições mantiveram o “jus suffragii” e o “jus honorum” a favor de ambos os sexos, salientando-se a Constituição de 67,

art. 142, § 1.º, e sua Emenda n.º 1, de 69, art. 147, § 1.º, por haverem tornado o voto obrigatório, salvo as exceções legais.

Os códigos eleitorais subseqüentes, inclusive o quinto promulgado pela Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 65, que é o vigente, mantiveram a capacidade política ativa e passiva das mulheres.

13 — A estatística do eleitorado brasileiro, publicada no *DJ*, de 27-9-85, demonstra o crescente alistamento feminino de alguns anos para cá, chegando mesmo a, no Ceará, superar o eleitorado masculino em 25.419 eleitores. As últimas eleições confirmaram essa superioridade com a eleição da deputada estadual Maria Luíza Fontenelle, Prefeita de Fortaleza. Em São Luís do Maranhão, onde as eleitoras superam os eleitores em 2.306 votos, foi eleita Prefeita a candidata Gardênia Gonçalves. Já em Teresina, onde o colégio eleitoral feminino excede de 7.963 votos o masculino, a candidata não teve igual sorte.

14 — As Assembléias Legislativas dos Estados, as Câmaras Municipais, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, já registram a presença de várias representantes do sexo frágil, mas a proporção ainda é numericamente insignificante em face do contingente eleitoral feminino.

Com tenacidade e grande desenvoltura, as mulheres, desde que as portas dos estabelecimentos de ensino lhes foram abertas sem restrição, vêm de comprovar, por A mais B, que, do ponto de vista da capacidade para o exercício das mais diversas atividades e para a aquisição do preparo em nível superior, caminham *pari passu* com os homens em todos os ramos dos conhecimentos humanos. As universidades estão a soltar todos os anos grande percentagem de médicas, engenheiras, bacharelas em direito, enfermeiras, cirurgiãs-dentistas, agrônomas e das demais profissões, as quais enfrentam com êxito os hospitais, os foros, as construções e os campos etc.

15 — Ao longo do meu magistério universitário e secundário, em contato permanente com milhares de alunos de ambos os sexos e de categorias sociais as mais diversas, nunca verifiquei qualquer diferença capaz de caracterizar a tradicional inferioridade que através dos séculos tem sido um grande estigma para as mulheres.

16 — Registro com satisfação a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, embora já existente a igualdade de direitos políticos, assegurados por todos os nossos códigos eleitorais e por todas as nossas Constituições a partir de 34.

A tarefa do Conselho será mais para que se respeitem os direitos já existentes que para a criação de novas garantias com vista à igualdade jurídica dos sexos, porque esta já existe de direito, mas ilaqueada de fato.

17 — Na área do direito do trabalho é mister acabar com o paternalismo, que, longe de ajudá-las no campo do trabalho, provoca-lhes embaraços na busca do emprego. O art. 446 da CLT, por exemplo, já ultrapassado pelo Estatuto da Mulher Casada, ainda subsiste sem expressa revogação. A mulher não precisa mais de autorização marital para empregar-se.

Pode até mesmo celebrar contrato de trabalho com a empresa de que é titular o outro cônjuge, filiando-se automaticamente ao SINPAS, na condição de empregada, assim como seu marido na empresa de que é dona sua esposa.

A nossa CLT, além do artigo acima mencionado, possui os arts. 397, 375, 385, que devem ser erradicados do nosso ordenamento jurídico trabalhista, porque conservam um tratamento sem mais razão de ser contra o trabalho feminino. Este só precisa de normas especiais relativas às diferenças existentes entre os sexos em virtude da própria natureza de cada um, jamais por força de preconceitos de superioridade e de tradição, que a civilização contemporânea já repudiou.

O casamento atual não se reveste mais da sacralidade de outros tempos. Hoje é o instinto sexual a dois para a proteção recíproca e a criação dos filhos. Na família não há mais chefe exclusivo, mas sócios iguais para a sua orientação e desenvolvimento, criação e educação dos filhos.

É de justiça ressaltar-se o magnífico papel que, ao longo dos anos, vem desempenhando o parlamentar Nelson Carneiro, já com a criação do Estatuto da Mulher Casada pela Lei n.º 4.191, de 27 de abril de 1962, já com a Lei do Divórcio n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

O projeto do Código Civil brasileiro, já aprovado pela Câmara dos Deputados, e com tramitação pelo Senado Federal, completará a emancipação jurídica, política e social de nossas compatriotas, restando, apenas, a desigualdade indispensável entre os sexos para a perpetuação da espécie humana.

18 — Se as mulheres desejam mais expansão dos seus direitos, que se constituam em grande potência eleitoral através da eleição de um número significativo de Deputadas e Senadoras à Câmara e ao Senado Federal para a introdução na legislação de um elenco respeitável de direitos e garantias, assim como para a votação de leis complementares necessárias à execução da nova Carta. Já o mestre CLÓVIS advertia que, “jamais surgiu um direito que não fosse o reconhecimento de uma força”.

A história confirma essa assertiva. A extraordinária evolução sócio-jurídica da mulher somente se tornou possível depois do grande desempenho das mulheres nas fábricas, quando os homens foram chamados ao teatro das duas Grandes Guerras que abalaram o mundo. Voltando a paz com o Tratado de Versalhes de 1919, os tratados internacionais não deixaram mais de reconhecer a presença feminina como eficiente força de trabalho, daí assinalar-lhe a igualdade de direito com o seu companheiro perante o trabalho.

Sendo o seu papel relevante ao lado dos aliados para a derrota dos adversários da democracia no mundo, não era possível que os legisladores olvidassem os direitos femininos, como fizeram os legisladores revolucionários da Constituinte de 1789.

É preciso ver a realidade nacional sem o avoengo preconceito da inferioridade feminina.

# Ombudsman para o Brasil?

DAISY DE ASPER Y VALDÉS

Procuradora da República. Mestre em Direito Público UnB. Mestre em Administração Pública U.S.C. Ph.D. Candidate University of Southern California

“Enquanto não se puser em prática mecanismo eficaz para a racionalização dos métodos de gestão da atividade estatal, conduzindo-a pelos rumos da vontade dos cidadãos, contribuintes, consumidores, pautando-a segundo os ditames das aspirações nacionais, somente se agravará o distanciamento entre sociedade e Estado, indivíduo e Administração.” (Senador Marco Maciel: Justificação ao Projeto de Lei do Senado n.º 54/1988, p. 2.)

## SUMÁRIO

- 1) *Introdução.*
- 2) *Difusão do Ombudsman pelos diversos países.*
- 3) *Variedade e consistência do Ombudsman.*
- 4) *Ombudsman em democracias em desenvolvimento.*
- 5) *Conclusão e recomendações.*

### 1. *Introdução*

O recente Projeto de Lei n.º 54/1988, apresentado pelo Senador Marco Maciel, dispõe sobre a figura do Ouvidor-Geral como um adicional instrumento de fiscalização e controle dos atos da administração pública e

defesa dos direitos individuais. O Senador Marco Maciel advoga proposição similar a que constava do projeto original da Constituição, o qual adotara o 'Defensor do Povo', nos moldes escandinavos, como um mecanismo democrático de defesa dos direitos do cidadão e de aperfeiçoamento constante dos serviços públicos.

Poderá o Ombudsman ser eficientemente implantado no Brasil?

A proposição feita no projeto constitucional, diversos projetos anteriores que foram apresentados (v.g., Ney Lopes, 1983; Marco Maciel (1984); Jonathan Nunes, 1984), além desta reiterada proposta do Senador Marco Maciel, são indícios marcantes de que o Ombudsman tem seu lugar nos cenários político, social e administrativo brasileiros. A idéia de uma organização, a nível nacional, atuando como um guardião público contra excessos e má administração, adaptável ao sistema político brasileiro, tem sido uma constante preocupação de acadêmicos, políticos e cientistas sociais. Todavia, a crença generalizada parece ser a de que temos os mecanismos necessários para o perfeito controle externo da administração pública. Com a tripartição de poderes (Montesquieu), com o sistema de freios e contrapesos, além do papel desempenhado pelo Tribunal de Contas na fiscalização e controle das finanças públicas, estaríamos salvaguardados contra excessos ou patologias burocráticas. Na realidade, entretanto, existem inúmeras lacunas onde o efetivo controle da administração pública e a defesa dos direitos civis do cidadão necessitam de melhor proteção.

Os diversos sistemas políticos têm encontrado fórmulas de lidar com esses problemas com algum sucesso — a Procuradoria, nos países Soviéticos, os tribunais administrativos no modelo francês (Le Conseil d'Etat), e tribunais comuns em países do *common law*. Estas soluções não exaurem os meios de controle externo sobre a administração, nem outros mecanismos como constitucionalismo, controle político, revisão judicial, supervisão hierárquica, procedimentos internos para apuração de faltas, meios de divulgação (jornais, rádio, televisão), ou códigos de ética são suficientes para um perfeito controle ou prevenção de erros. Esse desconforto com os clássicos meios de controle tem provocado um interesse crescente na instituição originária da Suécia e conhecida como o Ombudsman. A qualidade deficiente de alguns órgãos públicos federais, estaduais ou locais exige que se examine mais profundamente esta instituição.

## 2. *Dição do Ombudsman pelos diversos países*

Durante as últimas duas décadas, inúmeros países adotaram a instituição como um teste na ação do governo. O Ombudsman (que significa 'representante' em sueco), estabelecido na Suécia desde 1809, era pouco conhecido fora da península escandinava até que um professor dinamarquês,

Stephan Hurwitz, divulgou a função e conseguiu incorporar a figura na Constituição dinamarquesa em 1953. Em discursos e conferências internacionais o Professor Hurwitz estimulou a curiosidade mundial. Noruega, que adotara um Ombudsman militar desde 1952, incorporou um outro para causas civis em 1962, ano em que a Nova Zelândia estabeleceu o que viria, academicamente, a ser conhecido como o 'modelo' para a função de Ombudsman (1). O sucesso imediato do 'Comissário Parlamentar Neo-Zelandês' (Ombudsman), Sir Guy Powles, aumentou consideravelmente a publicidade em torno da instituição.

Desde então, entre os diversos países que introduziram a inovação, num processo de fortalecimento democrático, estão: Inglaterra, Austrália, Canadá, Tanzânia, República Federal da Alemanha, França, Índia, Israel, Itália, Espanha, Portugal, e Estados Unidos, entre outros. A idéia espalhou-se por todos os continentes do mundo, sendo introduzido a nível nacional, estadual ou mesmo local. Além disso, o conceito tem sido utilizado em diversos tipos de organizações como universidades, hospitais, polícia, penitenciárias, associações de consumidores, e empresas privadas (Corporate Ombudsman).

Em 1971, a Conferência Parlamentar Européia Sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, recomendou a necessidade de:

"considerar favoravelmente o estabelecimento de um órgão autorizado a receber e examinar reclamações individuais com o direito de acesso a documentação governamental, funcionando dentro dos moldes do Ombudsman dos países escandinavos (2)."

No ano seguinte, o Conselho Europeu encorajou a criação de um Ombudsman para Direitos Humanos, e em 1975, depois da Conferência em Paris (1974), organizada pelo Comitê de Assuntos Legais daquele Conselho, recomendou que os governos que não o haviam adotado ainda considerassem a possibilidade de "designar a nível nacional, regional ou local, pessoas incumbidas de funções semelhantes às do Ombudsman e Comissários Parlamentares". Nesse ínterim, em 1973, o Conselho da 'International Bar Association' aprovou um Comitê de Ombudsman, liderado por Bernard Frank. Este Comitê, em colaboração com a ABA (American Bar Association), Seção de Direito Administrativo, publicou um relatório anual especificando os procedimentos quase judiciais usados em solucionar reclamações,

---

(1) HILL, Larry. *The Model Ombudsman: Institutionalizing New Zealand's Democratic Experiment*. Princeton, N. J., Princeton University Press, 1976.

(2) FRANK, Bernard. *The Ombudsman Revisited*. *International Bar Journal*, May, 1976, p. 52.

com ênfase no Ombudsman. Na conferência de Vancouver, em 1974, a 'International Bar Association' aprovou uma resolução similar àquela do Conselho Europeu. Esse reconhecimento mundial facilitou a introdução do Ombudsman nos diversos países membros.

Embora existam diversas opiniões sobre o que constitui um Ombudsman, a resolução da 'American Bar Association', desde 1971, aconselha:

Que cada estatuto ou legislação estabelecendo um Ombudsman deve conter as seguintes características essenciais: 1) autoridade do Ombudsman para criticar todas as organizações, empregados públicos e servidores com exceção do Judiciário e seu pessoal, do Legislativo e seu pessoal, do Chefe do Executivo e seus auxiliares diretos) 2) independência de controle por qualquer outro órgão, com exceção da responsabilidade do Ombudsman do Legislativo; 3) designação pelo Legislativo ou escolha pelo Executivo, com confirmação por uma determinada proporção do Legislativo, de preferência mais do que a maioria, ou seja, dois terços; 4) independência garantida por razoável período em exercício, não menos do que cinco anos, com possibilidade de renovação, exceto por justa causa, determinada por mais do que a maioria do Legislativo, ou seja, dois terços; 5) um alto salário equivalente ao dos mais altos escalões; 6) liberdade de escolha de seus assistentes e de delegar aos mesmos, sem restrições, comuns ao serviço público e atos classificatórios; 7) liberdade de investigação de qualquer ato ou omissão por qualquer órgão, funcionário ou empregado público; 8) acesso a todas as informações públicas que o Ombudsman repute relevantes às suas investigações; 9) autoridade de inquirir na justiça, correção, motivação, adequado raciocínio, eficiência, e propriedade processual de qualquer ação ou omissão de qualquer organização, funcionário, ou empregado público; 10) poder discricionário para determinar as queixas ou reclamações a investigar ou críticas a serem feitas ou publicadas; 11) oportunidade para qualquer órgão, funcionário ou empregado público criticado pelo Ombudsman de ter notícia antecipada da crítica e de publicar com a crítica uma resposta; 12) imunidade do Ombudsman e seus assistentes de incriminação por conta de ação oficial.

A resolução da IBA (International Bar Association), em 1974, esclarece:

Que o escritório do Ombudsman deve estabelecer-se de acordo com a seguinte definição: um escritório previsto na Constituição ou por ação do Legislativo ou Parlamento e chefiado por um funcionário independente, da mais alta categoria, que é responsável

perante o Legislativo ou Parlamento, que recebe reclamações ou queixas de pessoas afetadas pela ação do governo, funcionários ou empregados públicos, ou age por sua própria iniciativa, e tem o poder de investigar, recomendar ação corretiva e publicar relatórios.

### 3. *Variedade e consistência do Ombudsman*

A concepção originária da Suécia tem demonstrado ser bastante flexível e adaptável nas mais diferentes circunstâncias. A instituição tem sido acolhida em culturas tradicionais ou novas, economias capitalistas e socialistas, Estados federais e unitários, regimes militares ou civis, países com sistemas bem desenvolvidos de tribunais administrativos, e países com sistemas falhos de tribunais administrativos, sistemas presidenciais ou parlamentares, em sistemas políticos onde os legisladores recebem queixas diretamente do público e sistemas em que o público não tem direito acesso aos legisladores, em suma, a instituição tem sido adotada por sistemas administrativos eficientes ou mesmo ineficientes, seja pelos que adotam os procedimentos de mérito ou paternalismo <sup>(3)</sup>.

Não obstante essas diferenças, existem suficientes características comuns para generalização:

O Ombudsman é um funcionário independente e não partidário (ou um corpo de funcionários, como na Áustria, Nigéria, Tanzânia e Zâmbia), freqüentemente previsto em Constituição, que supervisiona a administração. Lida com reclamações ou queixas específicas do público contra injustiça administrativa ou má administração. Tem o poder de investigar, relatar e fazer recomendações sobre casos individuais ou procedimentos administrativos. Não é um juiz ou um tribunal e não tem poderes de expedir ordens ou modificar a decisão administrativa. Busca soluções aos problemas por um processo de investigação e conciliação. Sua autoridade e influência derivam do fato de que ele é nomeado e relata a um dos principais Poderes do Estado, usualmente o Legislativo ou ao Chefe do Executivo <sup>(4)</sup>.

Estas características garante, respectivamente, a confiança do público no Ombudsman e o respeito dos servidores públicos. Embora de início a

---

(3) Veja para um tratamento completo da matéria, GERALD E. CAIDEN, ed., *The International Handbook of the Ombudsman: Evolution and Present Function*. Westport, Greenwood Press, 1983, pp. 3-21.

(4) CAIDEN, Gerald E., MACDERMOT, Niall e SANDLER, Ake. *Ibid.*, p. 13.

reação possa ser hostil, com o passar do tempo, os servidores públicos conscientizam-se de que a instituição representa uma importante proteção contra injusta, maliciosa ou falsa alegação apresentada contra o empregado público. A imparcialidade de que se reveste o Ombudsman provoca esse efeito.

Entretanto, Donald Rowat adverte que a instituição tende a ser ineficiente, se certas condições não são cumpridas. Conforme Rowat acentua, o governo deve propiciar independência suficiente para que o Ombudsman represente as reclamações e queixas contra a administração pública. O governo, então, admite que a administração pode ser falha e considera o direito do público de exigir os melhores padrões de produtividade administrativa. Se qualquer erro ocorre, a organização responsável pelo erro deve corrigi-lo e encontrar meios de prevenir futura ocorrência. Se não houve erro, é importante informar-se a respeito de conceitos falsos ou injuriosos que o público possa nutrir pelo funcionalismo e restaurar a confiança entre o governo e o cidadão. O sistema político deve garantir várias alternativas para o alívio das reclamações ou queixas individuais contra a administração pública. Funcionários públicos devem ser sensíveis às críticas relativas aos seus desempenhos <sup>(5)</sup>.

Poucas democracias mais desenvolvidas podem satisfazer essas condições. Entretanto, como ressalta Rowat, democracias em desenvolvimento não devem ser criticadas pelo que democracias desenvolvidas, ricas em tradição administrativa e experiência, não podem fazer melhor. O fato é que muitas democracias desenvolvidas têm ainda que aceitar a idéia do Ombudsman ou o aceitaram só parcialmente, fazendo da instituição uma falsa imitação do modelo real de Ombudsman.

#### 4. *Ombudsman em democracias em desenvolvimento*

O que surpreende não é o fato de que Ombudsmen de democracias em desenvolvimento tenham experimentado dificuldades, mas que eles tenham sobrevivido e se desempenhado melhor do que poderia ser esperado dentro das circunstâncias. De acordo com Gerald Caiden, alguns desapareceram, abandonados por governos que não os souberam utilizar. Outros mal podem funcionar. Sua jurisdição é tão limitada que eles tem condições de lidar apenas com uma pequena parcela das reclamações que recebem. Não possuem fundos ou pessoal suficiente para desenvolver seus trabalhos. As investigações são restritas e as suas conclusões ignoradas. Poucas pessoas

---

(5) Veja DONALD ROWAT, *The Ombudsman Plan. Essays on the Worldwide Spread of an Idea* (McClelland and Stewart, 1973).

sabem da existência da instituição. Outros, ainda, foram dizimados pela nomeação de funcionários incompetentes ou mal qualificados, por escândalos políticos envolvendo a instituição, ou temor dos incumbidos de desafiar o funcionalismo por irregularidades ou por ignorância de sua real função, agindo como apologistas das respostas oficiais aos reclamantes. Tais ocorrências têm acontecido em democracias desenvolvidas, como Canadá, Estados Unidos, Inglaterra e Espanha, onde os escritórios do Ombudsman têm sido fechados ou limitados e os incumbidos dispensados por serem muito efetivos, muito perturbadores, ou muito populares para consumo político (6).

Entretanto, existem atualmente mais de trinta organizações de Ombudsman em democracias em desenvolvimento que se desempenham muito bem. Entre os diversos fatores que favorecem o seu desempenho, Dr. Caiden menciona: boa aceitação dentro do sistema político e da estrutura governamental; provisão de recursos adequados; acesso e informação a respeito da sua existência; designação de pessoas íntegras, honestas, de caráter, para a posição, cujo entusiasmo propaga-se, atraindo pessoal altamente qualificado e competente (7). Eles têm se saído com equilíbrio e têm sido reconhecidos como justos pelo público em geral. Têm investigado reclamações e queixas de maneira completa e a baixo custo, e obtido bons resultados dentro das limitações de suas respectivas jurisdições. Alguns tornaram-se influentes por seu próprio desempenho e promovidos a posições hierárquicas mais importantes, como chefes de agências governamentais de investigação, altos tribunais e organizações para reforma administrativa. Eles contribuem não só para limitar a arrogância administrativa como também na representação do menos dotado. Nessa busca de equilíbrio, eles têm contribuído para a elevação do padrão administrativo. Em suma, os Ombudsman revestiram-se de uma variedade de funções mais ampla do que a de seus colegas em democracias mais desenvolvidas, funções que “variam desde investigação de corrupção, até fraude eleitoral ou erro, ou mesmo casos de tensão racial ou problemas de organização burocrática” (8).

Esta flexibilidade evidencia o valor da instituição, capaz de desempenhar essas outras funções e ainda manter seu objetivo de atendimento às reclamações individuais contra o arbítrio burocrático. Entretanto, a necessidade do Ombudsman como símbolo de luta pelos direitos individuais e

---

(6) Veja GERALD CAIDEN, *Ombudsmen in Developing Democracies: Comment*, em *International Review of Administrative Sciences*, n. 3 (1984), pp. 221-226.

(7) CAIDEN, Gerald. *Ibid.*, p. 222.

(8) SCOTT, Ian. *Ombudsmen in Underdeveloped Countries: Introduction*, Chapter 17 in GERALD CAIDEN (ed.), *International Handbook of the Ombudsman*, Vol. 2, *Country Surveys* (Greenwood Press, Westport, 1983), p. 314. A tradução é da exclusiva responsabilidade da autora.

como um educador é fundamental em países com populações numerosas, analfabetas, rurais ou em alguns casos, isoladas. Eles têm contribuído com uma função educativa, explicando a ação governamental ao povo não acostumado com complexidades administrativas e encorajando mais ampla participação nos cenários político e social.

Entre as primeiras democracias em desenvolvimento a adotar a instituição do Ombudsman está o Estado de Israel (1967). A experiência israelense é um bom exemplo. Começando com um pequeno quadro, a instituição espalhou-se através de todo o sistema de governo. Existem agora mais de doze agências similares, algumas com mais de vinte anos de existência<sup>(9)</sup>. Estas agências recebem um grande número de reclamações e estima-se que um entre cada vinte israelenses inicie uma reclamação oficial todos os anos sobre qualquer matéria possível, variando desde serviço militar até reparo de habitação, ou desde tratamento médico em hospitais públicos até maus tratos pela polícia. Todas as reclamações são conhecidas com um dia do recebimento e podem ser localizadas em segundos, se requeridas. A maior parte é investigada e resolvida dentro de um mês, freqüentemente em dez dias, e poucas demoram mais de três meses.

Os Ombudsman israelenses reconhecem que eles servem a uma boa variedade de público, mas confessam que ainda são pouco conhecidos pelos mais pobres. Eles informam que a terça parte ou a metade das reclamações são justificadas de alguma maneira e têm conseguido razoáveis compensações ou reparos. Por exemplo, eles possibilitaram que casais anteriormente rejeitados por agências competentes pudessem ser pais adotivos; recuperaram propriedades perdidas de prisioneiros; conseguiram adequados meios de acesso para atender pessoas inválidas em edifícios públicos; e denunciaram criminalmente autoridades responsáveis por construções que claramente desrespeitavam a lei.

## 5. *Conclusão e recomendações*

Embora seja difícil prever o número de reclamações que seriam trazidas ao conhecimento do Ombudsman em países em desenvolvimento, de grande população e tamanho, é mais provável que sejam inúmeras, mesmo que algumas pessoas com justificáveis reclamações não se manifestem. É também duvidoso acreditar que o Ombudsman poderia trabalhar com uma estrutura mínima e reduzido pessoal. O perigo de criar-se mais uma burocracia, com todos os entraves que a instituição visa a recuperar, tem que ser

---

(9) CAIDEN, Gerald. *To Right Wrong: The Initial Ombusman Experience in Israel*. Tel Aviv, Ashdown Press, 1980.

balanceado contra o risco de sobrecarregar uma organização modesta, com a conseqüente perda de confiança devido a atrasos e adiamentos. Se um Ombudsman quiser atrair as reclamações justificadas, provavelmente ele terá de adotar um papel ativo, com criação de escritórios regionais, contato com líderes comunitários, viagens de inspeção e provisões para reclamações orais. A estas devem ser adicionadas funções suplementares como educação cívica da população mais carente. Entretanto, estas novas funções podem conduzir a conseqüências inesperadas em que o Ombudsman pode tornar-se um foco de insatisfação pública ou de disputas partidárias <sup>(10)</sup>.

Esta adaptação do Ombudsman pode implicar uma modificação de seu papel. Num país onde a administração pública como um todo trabalha satisfatoriamente, e existem muitos meios pelos quais um cidadão ofendido possa ser ouvido, a necessidade de recurso ao Ombudsman é pequena. Nesse caso, embora não se deva negligenciar o impacto do Ombudsman, ele não é responsável pela criação e manutenção de padrões administrativos. Sua existência é uma indicação de preocupação pelo indivíduo numa satisfatória, ainda que imperfeita, situação. Seu papel é, portanto, supérfluo. Por outro lado, num país em desenvolvimento, a tendência é concebê-lo como um importante mecanismo para reforma administrativa, embora esteja desempenhando funções similares às previstas para democracia mais desenvolvidas. A função do Ombudsman como estímulo à eficiência e interação entre governantes e governados e como defensor dos direitos individuais, seria, portanto, fundamental pelo montante de trabalho envolvido e falta de outras alternativas para solucionar os mesmos problemas. Eles teriam, então, o trabalho extra de criar condições que para outros Ombudsman já se mostram existentes.

Com esse cenário, pode-se argüir que essa tríplice função (estímulo à eficiência, relações públicas e defensor) seria incontrolável para uma única instituição, simplesmente porque a sobrecarga de trabalho (controlável quando o Ombudsman é relativamente supérfluo) seria demasiada. Mais crucial ainda é a possível incompatibilidade entre as funções de relações públicas e estímulo à eficiência versus a de defensor das liberdades civis. Primeiro, porque a aquisição de eficiência e boas relações públicas requer um bom nível de cooperação com a administração, enquanto a defesa das liberdades civis requer independência. Segundo, quem é responsável por eficiência e boas relações públicas está interessado principalmente no efeito de suas decisões sobre a administração. Um defensor das liberdades civis está essencialmente envolvido com o interesse do cidadão e pode ser até indiferente às implicações administrativas de sua atuação. Terceiro, progresso em termos de eficiência e relações públicas pode ser medido quan-

---

(10) CAIDEN, Naomi. *Ombudsmen for Under-Developed Countries? Public Administration in Israel and Abroad*, vol. 8 (1967), pp. 100-115.

tativamente, enquanto um simples caso de supressão da liberdade individual é uma indicação de insucesso. Quarto, falhas em termos de eficiência e relações públicas podem ser descobertas e remediadas sem necessidade de reclamação, enquanto a supressão de liberdades individuais raramente surge sem uma queixa. Finalmente, em alguns casos, uma escolha deve ser feita entre o indivíduo e a administração; a tendência seria, então, sacrificar o indivíduo em benefício da eficiência ou das relações públicas. Na Escandinávia e na Nova Zelândia, como exemplificado por Naomi Caiden, é possível que estas funções se complementem reciprocamente, porque o Ombudsman não tem que assumir o total desempenho de nenhuma delas. Nesses países, a independência do Ombudsman é firmemente estabelecida e existe longa tradição de respeito às liberdades individuais. As três funções são, então, claramente interligadas, pois uma simples reclamação pode envolver diferentes aspectos de cada uma delas<sup>(11)</sup>. O problema é que, onde independência e confiança são difíceis de se manter, a defesa dos direitos individuais pode facilmente tornar-se subordinada às outras duas funções. Se a principal função do Ombudsman é atuar em benefício do indivíduo, o efeito de suas ações ou decisões sobre a administração, conquanto possa ser benéfico, é meramente incidental. Poderia, então, ser preferível colocar a principal responsabilidade pelas duas outras funções em diferentes organizações.

Nessas condições, é incerto se o Ombudsman seria adaptável para países em desenvolvimento. Preocupação com o indivíduo, que pode implicar a defesa de interesses estabelecidos ou de grupos menos populares na comunidade, pode ser menos importante do que o interesse em obter primordiais objetivos governamentais eficientemente e com a menor ruptura possível. Outras alternativas, que têm sido rejeitadas por países que possuem o Ombudsman, podem ser preferíveis. Por exemplo, o fortalecimento de um sistema de direito administrativo ou de tribunais administrativos no modelo francês pode ser um meio mais efetivo de proteção do cidadão. Comitês contra a corrupção, com esse único propósito, podem ser de mais fácil implementação e entendimento, conduzindo a resultados menos incertos. Poderia até ser melhor considerar os próprios mecanismos internos da administração pública, estimulando flexibilidade e bom senso, assegurando-se de que flagrante injustiça seria evitada, do que tentar impor padrões externos, estranhos a nossa cultura, que poderiam ser inócuos. Inexiste, entretanto, razão pela qual um Ombudsman não poderia ser adotado no Brasil, além de outras medidas. Uma vez que a instituição é visualizada sob esta perspectiva, e não como um supersalvador administrativo, pressões para a sua introdução podem ser bem aceitas como um reflexo do desejo de uma administração e de uma política mais democrática no moderno Estado burocrático.

(11) CAIDEN, Naomi, *Ibid.*, p. 114.

# Competência concorrente limitada

## O problema da conceituação das normas gerais

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

### SUMÁRIO

1. Partilha de competência federativa. 2. Competência concorrente clássica. 3. Surge a competência concorrente limitada. 4. Amplia-se o problema. 5. Generaliza-se o problema. 6. Enfrentando o problema. 7. Construindo uma solução. 8. Características das normas gerais. 9. Normas gerais como conceito-limite. 10. Normas gerais como terceiro gênero normativo. 11. Conceito de normas gerais. 12. Conclusões.

#### 1. Partilha de competência federativa

O poder do Estado, simples e uno em sua essência, é, quanto à sua origem, o resultado da concentração institucional de plúrimas modalidades cratológicas dimanantes da sociedade.

A definição político-jurídica dessa concentração, bem como sua disposição orgânico-funcional, são matérias que, desde o século XVIII, se tem cometido ao constitucionalismo<sup>(1)</sup>.

Dessa forma, opera-se a juridicização do político, nele incluídos os aspectos sociais e econômicos, tão bem apreendidos pela percepção de MIRKINE GUETZEVITCH<sup>(2)</sup>, como um processo universalizante e irreversível de racionalização do poder, expressão devida a C. J. FRIEDRICH<sup>(3)</sup>.

Tese apresentada ao XIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Aracaju — SE (5 a 9 de setembro de 1988) sobre o Tema 1 — Federação. Autonomia Estadual e Municipal. Regiões Metropolitanas.

(1) "La Constitución es la medida y la piedra de toque de los poderes conferidos" — COOLEY, *Principios Generales de Derecho Constitucional*, J. Peuser, B. Aires, 1898, p. 25.

(2) BORIS MIRKINE GUETZEVITCH, *Evolução Constitucional Européia*, Rio, 1957.

(3) CARL J. FRIEDRICH, *Le Pouvoir*, Presses Universitaires de France, Paris, 1956.

Assim, a partir do fenômeno primário e fundamental da concentração do poder no Estado, que tem natureza antropológica, desdobram-se os fenômenos secundários e derivados da destinação do poder, da atribuição do poder, do emprego do poder, da distribuição do poder, do controle do poder e da detenção do poder, que têm natureza político-jurídica (4).

Nosso tema alcança três passos desse sêxtuplo desdobramento: a destinação, a distribuição e o exercício que, integrados, enfeixam-se na literatura constitucional como o problema da *partilha do poder*.

Todavia, por alcançar o ápice da sua sede juspolítica na instituição estatal, o poder se exprime em competências institucionais para seu exercício e o tema também se versa comodamente sob os títulos partilha ou repartição de competências nas obras de direito público.

Mas, se no Estado unitário essa partilha atende a critérios predominantemente funcionais, voltados aos produtos legislativos, criação da norma geral, administrativos, gestão de interesses públicos, e jurisdicionais, solução de conflitos de interesses, no Estado federativo conjuga-se o critério funcional com o espacial, este que divide o poder estatal entre entidades territoriais políticas, multiplicando-se as combinações possíveis entre ambos os critérios e os problemas delas decorrentes.

Considerando-se, porém, que o *Governo*, entendido em seus três ramos orgânicos — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário —, é o resultado de um esquema combinatório prefixado na Constituição, fácil é localizar-se no Poder Legislativo não só a maior soma de poderes como a própria origem do exercício da autoridade governamental dos demais, já que começa ela com a edição das normas legais que os outros Poderes executam, administrando interesses públicos ou dirimindo conflitos de interesses (5).

Por isso, centra-se na partilha de poderes legiferantes — na partilha de competência legislativa — o âmago do problema, não porque os demais Poderes se subordinem ao Legislativo, mas porque este estabelece a dimensão do exercício dos demais.

A história da partilha constitucional de poderes estatais tem seguido, entretanto, alguns modelos básicos nos quais as peculiaridades políticas nacionais ditam a introdução de modificações.

O modelo originário, inaugurado pela Constituição dos Estados Unidos da América, consiste em enumerar os poderes do Congresso (Artigo 1, Seção 3), encerrando-os com uma cláusula geral outorgativa de poderes implícitos para garantir-lhes o exercício (I, 8, 18); por exclusão, às legislaturas

---

(4) V. *Metodologia Constitucional*, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 91, jul./set. 1986, de minha autoria.

(5) Assim em COOLEY, *op. cit.*, p. 49.

dos Estados-Membros cabem todos os poderes que não estejam explícita ou implicitamente atribuídos à União, nem que lhes tenham sido proibidos <sup>(6)</sup>. Essa cláusula, inicialmente implícita, já que a Constituição dispunha apenas sobre os “poderes nacionais”, tanto foi posta em dúvida que a Emenda X surgiu logo durante o 1.º Congresso para enfatizá-la <sup>(7)</sup>.

Essa partilha federativa, a mais antiga que se institucionalizou, deu origem às conhecidas classificações de poderes enumerados e poderes remanescentes <sup>(8)</sup> e de poderes explícitos e poderes implícitos.

## 2. *Competência concorrente clássica*

Tudo seria, *ab ovo*, muito simples e geométrico se não existissem, ainda, certas competências que, por uma razão ou outra, poderiam ser exercidas *tanto pela União quanto pelos Estados*. Embora a maioria dos poderes se constituísse de competências *exclusivas* próprias de cada um, a existência de poderes *compartilhados* levou a uma terceira classificação: de *poderes exclusivos* e *poderes concorrentes* <sup>(9)</sup>.

A opção federativa seduziu a muitas nações, ao se organizarem constitucionalmente nos séculos XIX e XX, mas nem todas seguiram de perto o modelo de partilha norte-americano.

Num país vizinho, como o Canadá, bilingüe e pluriétnico, a necessidade de aumentar a autoridade do poder central levou à inversão da fórmula de partilha, ficando os poderes enumerados com os Estados e os remanescentes com a União. Em outros, adotou-se uma solução de equilíbrio, como no México (1919) e na Venezuela (1936), com a enumeração explícita de ambas as competências: federais e estaduais.

No caso da Índia, o delicado equilíbrio das muitas comunidades étnico-religiosas acabou exigindo uma solução mais complicada: enumeram-se poderes exclusivos, tanto para a União quanto para os Estados, e poderes concorrentes, numa terceira lista; mas esta poderá vir a ser acrescida de poderes reservados aos Estados desde que o decidam dois terços dos mem-

(6) MARTIN SHAPIRO e ROCCO J. TRESOLINI, *American Constitutional Law*, Mc Millan Publishing Co. Inc. New York, e Collier Mac Millan Publishers, Londres, 1975, p. 117.

(7) “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

(8) Foi, ainda, nos Estados Unidos, que se discutiu sobre a diferença entre poderes retidos (*retaining*) e poderes reservados (*reserved*). A distinção que se subsume ao género *remanescentes* ou *residuais*, como atualmente é usada.

(9) “When powers are shared by both states and national government, they are said to be concurrent” (MARTIN SHAPIRO *et al. op. cit.*, p. 117).

bros presentes do Conselho de Estado, com a finalidade de reforçar a federação indiana <sup>(10)</sup>.

Em todos os casos em que a *competência concorrente* era admitida, não havia dúvidas de que da discricção do Legislativo do Poder Central decorria a definição, por exclusão, da esfera de ação dos poderes estaduais. Essa, a fórmula da competência concorrente clássica, também denominada de *cumulativa* <sup>(11)</sup>.

Está claro que em caso de natural conflito entre as normas de nível federal e as normas de nível estadual, a solução haveria de ser a prevalência da de maior abrangência, preferindo o direito nacional ao direito local.

Autores, como PEDRO CALMON, preferiram ver nessa preferência uma relação de norma geral para norma particular, sob uma visão jusprivativista <sup>(12)</sup>. Não nos parece, todavia, que seja essa razão juspositivista a melhor; temos como mais adequados os argumentos publicísticos: seja o da hierarquia política entre os membros da federação, preferindo-se o direito da União ao dos Estados (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), seja o do primado do *interesse nacional*, prestigiando-se sua expressão política máxima com vistas aos efeitos integradores sobre a nação como um todo.

No Brasil, embora nossa primeira Constituição republicana e federativa, de 24 de fevereiro de 1891, seguisse o símile norte-americano, enunciando expressamente a competência legislativa federal (art. 34) <sup>(13)</sup>, aperfeiçoado embora pela competência tributária estadual (art. 9.º) e pela previsão do exercício dos poderes remanescentes (art. 63), a competência concorrente teve pequíssima ou nenhuma expressão.

O eminente JOÃO BARBALHO ainda chegou a mencionar esses “assuntos de caráter misto”, em que as duas competências se exerceriam paralelamente, mas não os situou no elenco do art. 34, aludindo ao desenvolvimento das letras, artes e ciências, incremento ao comércio, indústria, lavoura e obras públicas de utilidade comum à União e a um ou mais de um Estado, que caracterizam hoje o campo administrativo denominado do fomento público <sup>(14)</sup> <sup>(15)</sup>.

(10) G. N. JOSHI, *The Constitution of India*, Londres, 1959, p. 261.

(11) V. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “A *cumulativa* existe sempre que não há limites prévios ao exercício da competência por parte, seja da União, seja do Estado-Membro” (*Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1984, 5ª edição, p. 98).

(12) *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Livraria Freitas Bastos S.A. 3ª ed., 1954, p. 53.

(13) O elenco da competência privativa do art. 34 originário, de 24 de fevereiro de 1891, foi substancialmente expandido com as emendas de 1926.

(14) *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, 1ª ed., em 1902; 2ª ed., em 1924, p. 139.

(15) *Sobre Fomento Público*, v. n. *Curso de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1984, 4ª edição, Capítulo XIX.

Seu mais conspícuo êmulo, CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, preferiu sublinhar o entendimento da palavra “privativamente” no *caput* do art. 34, alertando que ela não se referia à competência do Congresso em face do Executivo, por ser até mesmo seu colaborador, mas à exclusão do poder estadual <sup>(16)</sup>.

Com isso, nosso direito constitucional não laborou sobre a competência concorrente. O máximo a que se chegou foi o permitir-se aos Estados que legislassem sobre viação férrea e navegação de cabotagem no âmbito que lhes viesse a ser aberto pela lei federal (art. 13 da Carta de 1891). Essa fórmula não é propriamente um caso de competência concorrente clássica, mas uma variante *sui generis*, pela qual seria o legislador ordinário federal quem partilharia, afinal, a competência entre a União e os Estados.

### 3. *Surge a competência concorrente limitada*

A modalidade de competência concorrente até o momento referida é, portanto, a clássica, caracterizada pela disponibilidade ilimitada do ente central de legislar sobre a matéria, até mesmo podendo esgotá-la, remanescendo aos Estados o poder de suplementação, em caso de ausência de norma federal, ou de complementação, para preencher lacunas acaso por ela deixada.

A Constituição alemã, de 11 de agosto de 1919, denominada de Weimar, introduziu, todavia, duas novas imaginativas modalidades: a legislação de necessidade, “sempre que surgisse a necessidade de ditar disposições homogêneas, tem o Reich o direito de legislar sobre: 1. o bem-estar comum e 2. a proteção da ordem e segurança públicas” (art. 9.º), e a legislação concorrente limitada, autorizando o Reich a “fixar normas gerais sobre: 1. Os direitos e deveres das associações religiosas; 2. a instrução pública, incluindo a universitária e as bibliotecas científicas; 3. o direito dos funcionários das corporações públicas; 4. o direito imobiliário, a partilha de terras, o regime de colonização interna e patrimônios familiares, as restrições da propriedade imóvel, o regime de habitações e a repartição da população; e 4. o regime de cemitérios” (art. 10).

A primeira delas vinha permitir como que uma expansão da competência central sobre tradicionais espaços de competência dos Ländern <sup>(17)</sup>, uma vez que a federação germânica provinha da aglutinação política de entidades outrora independentes.

A segunda é a que mais perto nos interessa pois nela está a origem e o modelo do instituto da *competência concorrente limitada*, tal como veio a fincar raízes e a se expandir em nosso País.

(16) *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio, Ed. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1ª ed., 1918; 2ª ed., ampliada, 1923, p. 362.

(17) Essa competência foi efetivamente exercida, durante a vigência da Carta weimariana, na importante Ordenação do Reich, de 13 de fevereiro de 1921, e na lei de Polícia Governativa, de 21 de julho de 1922.

Com efeito, a Constituição brasileira de 26 de junho de 1934 não só manteve a *competência concorrente clássica*, enumerando expressamente os casos de sua ocorrência, como, sob forte inspiração do referido art. 10, da Carta de Weimar, estabeleceu várias hipóteses de *competência concorrente limitada* (art. 5.º, § 3.º).

Seriam casos de *competência concorrente clássica*:

1. comércio exterior (art. 5.º, XIX, i);
2. comércio interestadual (art. 5.º, XIX, i);
3. instituições de crédito (art. 5.º, XIX, i);
4. câmbio e transferência de valores (art. 5.º, XIX, i);
5. registros públicos (art. 5.º, § 3.º);
6. desapropriações (art. 5.º, § 3.º);
7. arbitragem comercial (art. 5.º, § 3.º);
8. juntas comerciais (art. 5.º, § 3.º);
9. representações civis e militares (art. 5.º, § 3.º);
10. radiocomunicação (art. 5.º, § 3.º);
11. emigração e imigração (art. 5.º, § 3.º);
12. caixas econômicas (art. 5.º, § 3.º);
13. riquezas do subsolo (art. 5.º, § 3.º);
14. mineração (art. 5.º, § 3.º);
15. metalurgia (art. 5.º, § 3.º);
16. águas (art. 5.º, § 3.º);
17. energia elétrica (art. 5.º, § 3.º);
18. floresta, caça e pesca (art. 5.º, § 3.º).

Em todos esses casos, a União legisla *ilimitadamente* e os Estados *supletivamente* ou *complementarmente* (art. 5.º, § 3.º).

Seriam casos de *competência concorrente limitada*:

1. (diretrizes da) educação nacional (art. 5.º, XIV);
2. (normas fundamentais do) direito rural (art. 5.º, XIX, c);
3. (normas fundamentais do) regime penitenciário (art. 5.º, XIX, c);
4. (normas fundamentais da) cabotagem comercial (art. 5.º, XIX, c);
5. (normas fundamentais da) assistência social (art. 5.º, XIX, c);

6. (normas fundamentais de) competência judiciária (art. 5.º, XIX, c);
7. (normas fundamentais das) estatísticas de interesse coletivo (art. 5.º, XIX, c);
8. (normas gerais sobre) trabalho (art. 5.º, XIX, i); e
9. (normas gerais sobre) produção e consumo (art. 5.º, XIX, i).

Em todos esses nove casos, a União e Estados legislam limitadamente: a União, devendo limitar-se a baixar “diretrizes”, “normas fundamentais” ou “normas gerais” e os Estados, as “normas específicas” e “de aplicação”.

Após o interregno autoritário e unitarista de 1937, a Carta de 1946 voltou a estabelecer ambos os casos: de *competência concorrente clássica* e de *competência concorrente limitada*.

A competência concorrente clássica abrangia:

1. produção e consumo (art. 6.º, c/c art. 5.º, c);
2. polícias militares (art. 6.º, c/c art. 5.º, f);
3. requisições civis e militares em tempo de guerra (art. 6.º, c/c art. 5.º, h);
4. tráfego interestadual (art. 6.º, c/c art. 5.º, j);
5. riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca (art. 6.º, c/c art. 5.º, l);
6. emigração e imigração (art. 6.º, c/c art. 5.º, o);
7. incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 6.º, c/c art. 5.º, r).

O exercício dessa competência era, portanto, como na precedente Carta de 1934, ilimitado para a União e, para os Estados, limitado a suprir faltas e completar lacunas.

A competência concorrente limitada referia-se a:

1. (normas gerais de) direito financeiro (art. 6.º, c/c art. 5.º, b);
2. (normas gerais de) seguro (art. 6.º, c/c art. 5.º, b);
3. (normas gerais de) previdência social (art. 6.º, c/c art. 5.º, b);
4. (normas gerais de) defesa e proteção da saúde (art. 6.º, c/c art. 5.º, b);
5. (normas gerais de) regime penitenciário (art. 6.º, c/c art. 5.º, b); e
6. (diretrizes e bases da) educação nacional (art. 6.º, c/c art. 5.º, d).

Nessas hipóteses, o exercício da competência de *ambos os níveis* estava limitado aos respectivos âmbitos de atuação.

#### 4. *Amplia-se o problema*

O legislador constitucional brasileiro tem demonstrado, nos últimos vinte anos, acentuada simpatia pela técnica da *competência concorrente limitada*, parecendo preferir a sua problemática definição dos lindes de atuação da União e dos Estados a abrir mão das vantagens que ela proporciona, mantendo uma solução que venha a possibilitar a tessitura de uma malha legislativa que, nacional, tenha condições de mais adequadamente alcançar as peculiaridades políticas, econômicas, sociais e geográficas encontradas em nosso imenso País. Embora faça sentido esse objetivo político de unificar o essencial sem prejuízo da diversificação do secundário, o problema foi ampliado, nas Cartas de 1967 e 1969, sem que se tivesse avançado substancialmente em doutrina, seja na formulação de um conceito apriorístico de normas gerais ou, pelo menos, de uma orientação empírica razoavelmente segura.

Com efeito, a *competência concorrente limitada* que na Carta de 1946 abrangia, como vimos, seis casos, na Constituição de 1967 passou para sete casos, acrescentando-se as normas gerais sobre desportos, e, na Constituição de 1969 (Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969), assim ficou disposta com nove casos:

1. (normas gerais sobre) orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza política (art. 8.º, XVII, c);
2. (normas gerais sobre) taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses de registros públicos e notariais (art. 8.º, XVII, c);
3. (normas gerais de) direito financeiro (art. 8.º, XVII, c);
4. (normas gerais de) seguro (art. 8.º, XVII, c);
5. (normas gerais de) previdência social (art. 8.º, XVII, c);
6. (normas gerais de) defesa e proteção da saúde (art. 8.º, XVII, c);
7. (normas gerais de) regime penitenciário (art. 8.º, XVII, c);
8. (diretrizes e bases da) educação nacional (art. 8.º, XVII, q); e
9. (normas gerais sobre) desportos (art. 8.º, XVII, q).

Como se pode notar, o elenco é redundante, pois o direito financeiro (n.º 3, acima) compreende todos os fenômenos da gestão financeira pública: conseqüentemente, o "orçamento" e a "gestão financeira de natureza pública" (n.º 1, acima).

Existe, todavia, impropriedade técnica bem mais grave no parágrafo único desse mesmo art. 8.º que, na esteira do mesmo equívoco, repetido em 1946 e 1967, não distinguiu esses casos de competência concorrente limitada dos da competência concorrente clássica.

Com efeito, na *clássica*, a legislação estadual tanto pode ser supletiva como complementar (tal como no art. 6.º da Constituição de 1946), conforme o espaço que lhes abre, aos Estados, a legislação básica da União; na *limitada*, a legislação de ambas ocupa espaços definidos e a dos Estados será, em regra, complementar e, apenas ocasionalmente, supletiva.

Ora, nas Cartas de 1967 e 1969, os parágrafos únicos dos respectivos artigos 8.º, além de confundirem as duas modalidades, omitiram a previsão da legislação complementar, empobrecendo a sistemática daqueles diplomas.

Não obstante, a doutrina sublinha que a legislação estadual tanto pode ser suplementar como complementar, frisando, por exemplo, o anotador JOSÉ CELSO MELLO FILHO que esta deve “pormenorizar as regras gerais inscritas nos textos federais” (18).

Em troca, em ambas as Cartas, de 1967 e de 1969, acrescentou-se, ao mesmo parágrafo único, a redundante ressalva de que deveria ser “respeitada a lei federal”, obviamente inafastável em quaisquer das modalidades de competência concorrente.

Não vejo, junto com MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PONTES DE MIRANDA e MICHEL TEMER, como a omissão da União em exercer sua competência legislativa poderia inibir os Estados-Membros de exercerem a sua, já que o texto constitucional é expresso: “não exclui a dos Estados para legislar supletivamente”. Ora, supletivo é “o que supre ou se destina a *suprir*” que, por sua vez, é “preencher, fazer as vezes de, substituir”; se não fora para isso não teria ele sentido, pois *suprir* não se confunde com *suplementar*, que traz a idéia de ampliação, de acréscimo (20).

Essas críticas, embora venham no ocaso da Constituição de 1969, têm o propósito de evidenciar que a escassez de elaboração doutrinária sobre o instituto da *competência concorrente limitada* permitiu inúmeros equívocos e impropriedades sistemáticas e, por isso, aspiramos a aquecer o debate aperfeiçoador, ainda porque, como se verá a seguir, a tendência em adotar essa modalidade prevaleceu de tal forma que o instituto se generalizou, no texto da futura Carta de 1988, ao ponto de primar sobre a feição clássica.

## 5. *Generaliza-se o problema*

Talvez devesse aqui ser dito “generaliza-se a solução”, na medida em que o legislador constitucional da Carta de 1988 considerou, por certo, o instituto da *competência constitucional limitada* como um *aperfeiçoa-*

(18) Repetitiva do art. 5.º, § 3.º

(19) *Constituição Federal Anotada*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1986, 2ª ed., p. 35.

(20) *Verbetes Supletivos — Suprir e Suplementar in Dicionário Aurélio*, Ed. Nova Fronteira, pp. 1.339 e 1.340.

mento político. Mas não é esse o ângulo que aqui se enfoca, mas o *técnico-jurídico* e, sob esse aspecto, lamentavelmente, cabe o subtítulo; estamos, todos nós, profissionais de direito, preocupados com o problema da boa aplicação da norma constitucional; em particular, às vésperas de um período de indefinição, de experiências e de ajustes, enquanto não se disponha de uma técnica razoavelmente segura para delimitar os dois campos de atuação legislativa que *necessariamente* se abrem com essa modalidade especial de concorrência.

A generalização da fórmula da *competência concorrente limitada* a quase todas as tradicionais modalidades de competência concorrente assentadas em nossa vida constitucional republicana teve origem nos arts. 74 e 75 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, assim redigidos:

“Art. 74 — Integram a competência comum da União Federal, dos Estados e dos Municípios as seguintes atribuições:

I — zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas;

II — amparar os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas e outros bens culturais e naturais de valor histórico e artístico;

III — promover e planejar o desenvolvimento regional;

IV — impedir a evasão de obras de arte e de outros bens culturais e naturais de valor histórico e artístico;

V — proporcionar os meios de acesso à cultura e à educação e promover a ciência e a cultura;

VI — organizar e promover a defesa da saúde pública;

VII — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VIII — preservar as florestas, a fauna e a flora;

IX — combater a miséria e os fatores de marginalização social do homem, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Art. 75 — Compete à União Federal e aos Estados a legislação comum sobre:

I — direito financeiro, direito tributário e orçamento;

II — direito agrário;

III — direito e processo administrativo;

- IV — direito do trânsito, inclusive tráfego e trânsito nas vias terrestres;
- V — direito urbanístico;
- VI — direito econômico;
- VII — seguridade e previdência social;
- VIII — regime penitenciário;
- IX — registros públicos e notariais;
- X — defesa e proteção da saúde;
- XI — custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses;
- XII — juntas comerciais e tabelionatos;
- XIII — metalurgia;
- XIV — florestas, caça, pesca, fauna e conservação da natureza;
- XV — educação, cultura, ensino e desportos;
- XVI — produção e consumo;
- XVII — efetivos e armamentos das Polícias Militares e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização;
- XVIII — regiões metropolitanas e de desenvolvimento econômico;
- XIX — criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
- XX — responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- XXI — proteção ao meio ambiente e controle da poluição;
- XXII — condições de exercício do direito de reunião;
- XXIII — proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico;
- XXIV — procedimentos judiciais;
- XXV — navegação fluvial e lacustre;
- XXVI — higiene e segurança do trabalho;
- XXVII — assistência judiciária e defensoria pública.”

Como se vê, inovou-se uma denominação incomum, *competência comum*, mas não se distinguiram, como seria necessário, os casos do art. 74 dos do art. 75; para ambos, o artigo 76 dispunha sobre denominação e conteúdo da lei federal (normas gerais):

“Art. 76 — A legislação federal no domínio da competência comum terá a denominação e o conteúdo da lei de normas gerais, e a estadual a de lei complementar.”

E o artigo 77, sobre a *suplementação* das normas gerais dos Estados, silenciando, todavia, sobre a legislação municipal, prevista no art. 74:

“Art. 77 — No exercício da legislação complementar, os Estados observarão a lei federal de normas gerais preexistentes. Inexistindo lei federal, os Estados exercerão a competência legislativa complementar, para atender às peculiaridades locais.

Parágrafo único — A vigência ulterior de lei federal de normas gerais tornará ineficaz a lei estadual complementar naquilo em que ela conflitar com a lei federal posterior.”

Como se vê, um texto deficiente, em termos científicos e na sua sistemática, mas que, por caprichos da conjuntura, tornou-se a matriz dos artigos 24 e 25 do Projeto da Assembléia Nacional Constituinte que, quando da elaboração desta tese, haviam sido aprovados em 1.ª discussão plenária.

O Projeto de Constituição de 1988 contempla, em síntese, *cinco modalidades de partilha de competência*:

I — a competência privativa enunciada da União, do art. 23;

II — a competência comum enunciada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do art. 24;

III — a competência concorrente enunciada da União, dos Estados, e do Distrito Federal, do art. 25;

IV — a competência reservada não enunciada dos Estados, do art. 26; e

V — a competência reservada e comum, parcialmente enunciadas, dos Municípios do art. 36.”

Vejam, mais detidamente, esses cinco casos:

(I) — A *competência privativa enunciada* da União (art. 23) não pode ser entendida como exclusiva, de outra forma não caberiam os incisos IX, XX, XXIII e XXVI, que não só admitem como *exigem* legislação complementar estadual para sua aplicação (diretrizes da política nacional de transportes, normas gerais de organização, efetivos, material bélico e ga-

rantia das polícias militares e corpo de bombeiros militares, diretrizes e bases da educação nacional e licitação e contratação em todas as modalidades, para a administração pública, em geral).

Como se verá, esses quatro dispositivos estão deslocados pois não são equiparáveis aos demais, desse artigo 23, que trata de competência privativa, que não necessitam de legislação pormenorizadora de aplicação.

(II) — Quanto à *competência comum enunciada* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 24), houve sensível melhoria técnica em relação à solução do Anteprojeto (art. 74). O que se tem, na hipótese, é a modalidade de *competência concorrente clássica*, mas com duas novidades: *primo*, a indiferenciação entre competência administrativa e competência legislativa, pois o exercício de uma induz o da outra; *segundo*, a extensão das modalidades aos Municípios, inovando uma concorrência a três níveis.

Uma consideração preliminar desse instituto nos mostra que, sucessivamente, a lei federal (*Bundes*) prevalece sobre a estadual (*Landes*) e (peculiaridade nacional agora ainda mais acentuada) sobre a municipal (*Kreis*), de modo que a conhecida expressão, que resume tão bem as soluções de conflitos na competência clássica poderia estender-se assim: "*Bundesrecht bricht Landesrecht und Kreisrecht; landesrecht bricht Kreisrecht*".

(III) — No que toca à competência concorrente do art. 25, observa-se que o legislador constitucional adotou, em amplitude jamais imaginada, a modalidade *limitada* muito além das *nove* hipóteses da Constituição de 1969 (art. 8.º, XVII, *c e q*); passam a ser nada menos que *dezessete* casos, alguns deles contemplando hipóteses múltiplas (como, por exemplo, o VI, que engloba florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo, proteção do meio ambiente e controle da poluição). Se se totalizarem todas as hipóteses, que aí estarão, desafiando diuturnamente os exegetas constitucionais, serão mais de *quarenta e cinco hipóteses de competência concorrente limitada*, não contando ainda a competência concorrente limitada tributária, estabelecida no art. 172, III (normas gerais em matéria de legislação tributária).

Quanto à caracterização da modalidade, o parágrafo primeiro não deixa sombra de dúvidas: "no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer *normas gerais*" (art. 25, § 1.º).

O parágrafo segundo dirime a velha controvérsia sobre o exercício da competência estadual em caso de omissão da União: "os Estados exercerão a competência legislativa suplementar". Se a palavra suplementar não é tão boa quanto supletiva, pelo menos permite uma satisfatória precisão por via de uma sinonímia, mais técnica que semântica.

Há, por certo, algumas impropriedades que deverão ser expurgadas, assim o esperamos, como a expressão tautológica "legislar sobre normas", que resulta da leitura do *caput* e dos incisos XIV e XVI; mas não está aí

o problema e sim, no *próprio conceito de normas gerais, crucial para a aplicação correta de todas essas quase cinquenta hipóteses de competência concorrente limitada*.

(IV) — Quanto à *competência reservada não enumerada* dos Estados (art. 26), a nova Constituição de 1988 não inova, esclarecendo a sua natureza jurídica num parágrafo: “§ 1.º — São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (é verdade que, em razão da existência de um monopólio de hidrocarbonetos em favor da União, o parágrafo segundo excepciona, em favor dos Estados, a exclusividade de distribuição local do gás canalizado).

(V) — Finalmente, a *competência municipal*, tradicionalmente não enumerada nas Cartas anteriores, passa a ser *parcialmente enumerada*: os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII e IX discriminam competências específicas municipais, enquanto o inciso I, sob o conceito-chave de reserva de *interesse local*, autoriza a edição de quaisquer leis em que *predomine* este interesse. A predominância e não a exclusividade continua sendo, portanto, a justa interpretação desse novo conceito que substituiu o tradicional *peculiar interesse*, que remontava ao art. 68 da primeira Constituição republicana.

Deve-se recordar que, além desses poderes do Município, outros há, também enumerados, no elenco do art. 24, que são exercidos *em comum com a União e com os Estados*, aos quais já nos referimos, o que lhe dá nesse tríptico encadeamento *hierárquico*, as alternativas de “suplementar a legislação federal no que couber” (art. 36, II).

Como se vê, apenas neste dispositivo reaparecem hipóteses de *concorrência clássica*, mas os Municípios entram na *competência concorrente limitada* nos casos do art. 23, XXVI (licitação e contratação), e do art. 172, II (tributação).

## 6. *Enfrentando o problema*

Como se depreende, o problema de caracterizar as *normas gerais*, como chave do deslinde de competências concorrentes limitadas, nos remonta a 1934, na esteira da Constituição alemã de 1919, que criou a modalidade com a atual feição.

Que se trata de uma espécie distinta do gênero *competência concorrente*, não há sombra de dúvida<sup>(21)</sup>; a dificuldade está em precisar o critério distintivo do que sejam *normas gerais* e do que sejam *normas específicas*.

(21) Ao anotar a lição de Hans Nawiaski “Mann kann daher die Rahmenvorschriften als einen Unterfall der konkurrierenden Gesetz betrachten”, ALCINDO PINTO FALCAO afirma a “identidade de princípio entre o direito brasileiro e o alemão” (*Constituição Anotada*, vol. I, Rio, Konfino, 1955, p. 61).

Tanto na Alemanha como no Brasil a modalidade tem sido ampliada: na Alemanha, pelo Conselho Parlamentar da República Federal em formação, votando e aprovando a Lei Fundamental de Bonn (1949), em que se distingue a legislação concorrente clássica (arts. 72 e 74) da legislação concorrente limitada (art. 75), e, no Brasil, através da evolução constitucional examinada, ao ponto de tornar esta última a modalidade agora prevalente (art. 25).

Na doutrina alemã, desde 1919, se tem buscado o critério de diferenciação na intensidade da regulação; BÜHLER, por exemplo, esclarece que “o Reich, isoladamente, só pode ditar princípios, linhas gerais, mas não descer a *pormenores*. Porém, esses princípios podem ser leis do Reich (federais) no sentido ordinário, isto é, normas diretamente obrigatórias para os cidadãos e não meras diretrizes para as legislações locais” (22).

Os comentaristas da Lei Fundamental de Bonn, como, por exemplo, MATZ, destacam que as normas gerais, enquanto normas dirigidas aos Estados, não podem descer a *pormenores* (*Einzelheiten*), porque elas conformam uma *moldura* (*Rahmen*) dentro da qual legislam as entidades locais (23). No mesmo sentido, o festejado MAUNZ, em seu multieditado livro-texto *Direito Político Alemão*, ao referir-se ao artigo 75 GG, aponta a *limitação* constitucional à União para dispor apenas sobre o genérico, vedando-lhe a normatividade particularizante (24).

Um dos mais conspícuos juspolíticos contemporâneos, GEORGES BURDEAU, estudando a competência concorrente, destacadamente a das Constituições austríaca de 1920 (art. 11), americana (art. I, Sec. 8, 16.º), argentina (art. 100) e iugoslava (art. 119), distingue e caracteriza os dois tipos na seguinte passagem, sobre o que denomina de “matérias mistas”:

“A côté des attributions appartenant intégralement soit aux organes fédéraux, soit aux Etats membres, il existe fréquemment des matières mixtes. Il en est ainsi tantôt parce que certaines décisions ne peuvent être prises par les Etats membres sans l’approbation d’un organe fédéral; tantôt parce que, sur le même sujet, l’autorité fédérale est appelée à poser les principes ou énoncer les règles essentielles, alors qu’il appartient aux Etats membres

---

(22) *La Constitución Alemana*, OTIMAR BÜHLER, trad. da 3ª Ed., Barcelona, Labor S.A., 1931, p. 47).

(23) *Rahmenvorschriften schaffen Recht, das in den Ländern unmittelbar gilt, regeln eine Materie aber nicht in allen Einzelheiten, sondern bedürft der Ergänzung durch den Landesgesetzgeber*. (WERNER MATZ, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, W. Kohlhammer, Verlag, 1954, p. 50).

(24) *Die Besonderheit der Rahmengesetzgebung besteht darin, dass die Länder Gesetzgebungsbefugnisse haben, soweit der Bund nicht die gleichen Gegenstand regelt (also wie bei der konkurrierenden Gesetzgebung), dass aber der Bund hier darauf beschränkt ist, einen allgemeinen Rahmen zu ziehen, während er davon ausgeschlossen ist, ins Detail gehehe Vorschriften zu erlassen* (THEODOR MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, München. Berlin, 1966, 15ª ed. § 26, c, p. 206).

d'édicter les mesures d'application; tantôt enfin parce qu'une concurrence des compétences est possible du fait qu'en cas de non exercice par les organes fédéraux d'une compétence facultative, cette compétence peut être exercée par les Etats membres"<sup>(25)</sup>.

O autor recorda-nos, ainda, que o artigo 14 da Constituição da URSS, segue uma técnica de partilha muito semelhante à figura da concorrência limitada, pois encarrega os órgãos centrais soviéticos de estabelecerem os *princípios fundamentais* ou as *bases* sobre as quais as Repúblicas federadas legislarão <sup>(26)</sup>.

PINTO FALCÃO, ao estudar o problema, refere-se à peculiaridade da Constituição da Alemanha Oriental, que outorga à União uma competência legislativa muito ampla, mas *toda ela limitada a fixar normas gerais*; "A República pode editar leis unificadas para todos os assuntos. Deverá, todavia, limitar-se em sua legislação ao estabelecimento de princípios, dentro do limite necessário para assegurar uma legislação unificada" <sup>(27)</sup>.

No Brasil, a curta vigência da Carta de 1934, que não ensejara qualquer elaboração doutrinária sobre o instituto e, logo depois, a experiência unitária do Estado Novo, tornaram o problema acadêmico. Somente a partir da Constituição de 1946, com o retorno ao regime federativo, a partilha constitucional e, nela, a modalidade de competência concorrente limitada, voltou a interessar aos juristas.

Dentre os autores nacionais que se debruçaram sobre o assunto, o constitucionalista e jus-históriógrafo CLÁUDIO PACHECO é um dos que mais elementos achega. Em seu *Tratado das Constituições Brasileiras* <sup>(28)</sup> assim expõe o problema o ilustre autor:

---

(25) *Traité de Science Politique*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, Tomo II, pp. 514 e 515.

(26) — "1.º La méthode suivie pour le partage des compétences entre l'Union et les Républiques fédérées s'apparente, nous l'avons vu, au procédé classique, c'est-à-dire qu'en dehors des compétences limitativement attribuées à l'U.R.S.S., les Républiques membres sont compétentes. Seulement le domaine réservé aux organes fédéraux par l'article 14 est immense, et l'on se demande où les autorités locales pourraient découvrir un terrain vierge susceptible de donner cour à une activité gouvernementale. En réalité, si l'on se reporte à la rédaction de l'article 14 on s'aperçoit qu'il met fréquemment à la charge des organes centraux l'établissement des principes fondamentaux" ou des "bases"; il reste donc aux Républiques fédérées à développer ces principes et à construire sur ces bases grâce à une législation dont les possibilités d'originalité sont encore grandes étant donnée la variété des pays et des groupes auxquels elle est appelée à s'appliquer." (*op. cit.*, p. 587).

(27) ALCINDO PINTO FALCÃO, *op. cit.*, p. 59, n/grifos.

(28) Ed. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio—S. Paulo, 1958, Vol. II, nºs 272 e ss., pp. 255 e ss.

“Quando retrai a competência de legislar da União Federal para o traçado das “normas gerais”, a Constituição está lhe conferindo o mais importante da legislação sobre essas matérias, mas está lhe sonhando o maior e mais efetivo provimento (29).

e, a seguir, assim equaciona percucientemente o tema desta tese:

“Surge logo a dificuldade de estabelecer um conceito apriorístico e uniforme de normas gerais, que sirva de chave ou de equação para selecionar, entre as numerosas preceituações que as matérias comportam, quais as que podem ser retidas, como “gerais”, na competência superior da União. Pode-se dizer, por exemplo, em pleno âmbito das expressões imprecisas, que as normas gerais serão os lineamentos fundamentais da matéria, serão as estipulações que apenas darão estrutura, plano e orientação. Pode-se conceituar ainda, pelo efeito indireto e fracionário de negativas, que serão aquelas que não especificarão, que não aplicarão soluções optativas, que não concretizarão procedimentos, que não criarão direções e serviços, que não selecionarão e discriminarão atividades, que não preceituarão para a emergência, para a oportunidade, a modalidade especial e para o caso ocorrente, que não condicionarão a aplicabilidade e adaptabilidade, que não descerão a minúcias e requisitos. Mas em nada disto estará um conceito compacto, previdente e seletivo, que possa servir de critério único para decidir entre o que sejam normas gerais e o que sejam normas especiais ou específicas.”

Os antecedentes das pesquisas mais afinçadas sobre o conceito de *normas gerais* estão ligados ao direito financeiro, conforme nos dá conta o estudo de RUBENS GOMES DE SOUZA publicado na *Revista Forense* exatamente com este título: “Normas Gerais de Direito Financeiro” (30).

Segundo o autor, em 1946, o jurista e então deputado ALIOMAR BALLEIRO lutou na Subcomissão de Discriminação de Rendas da Assembléia Nacional Constituinte, pelo reconhecimento da autonomia do direito financeiro, procurando relacioná-lo entre as matérias de competência concorrente (art. 5.º, IV); como não obtivesse êxito em convencer seus pares, preocupados com o que consideravam como “excessivo fracionamento do sistema jurídico”, voltou à carga em Plenário, onde, afinal, se acabou reconhecendo, implicitamente, aquela autonomia mas, como solução de compromisso para a “preservação das autonomias legislativas locais”, “surgiu a redução de amplitude da proposta original, limitando-se, a competência da União, tão-somente às “normas gerais” de direito financeiro”.

---

(29) — *Id. ibid.* p. 255.

(30) — Vol. 144, set./out. 1954, pp. 21 e ss.

A dificuldade introduzida no direito financeiro com a adoção dessa modalidade de partilha de competência foi de tal monta que, no Ministério da Fazenda, ao constituir-se a Comissão para elaborar o projeto do Código Tributário Nacional, foi essa uma questão crucial, como se lê no relatório elaborado pelo professor RUBENS GOMES DE SOUZA:

“O primeiro problema substancial com que teve de se defrontar a Comissão foi relativo ao alcance da expressão “normas gerais” considerada no art. 5.º, n.º XV, letra b, da Constituição, dispositivo invocado como fundamento constitucional para o Código. A questão se revestia de inegável gravidade, principalmente à vista de suas repercussões jurídicas e políticas no tocante à preservação da autonomia legislativa dos Estados e dos Municípios, aspecto claramente acentuado em numerosas sugestões oferecidas ao anteprojeto” (31).

O certo é que nem o esforço dessa Comissão, nem o elemento histórico e nem mesmo os trabalhos doutrinários desenvolvidos individualmente ou coletivamente, como por exemplo a mesa-redonda de que dá conta a resenha *Finanças em Debate* (vol. 1, Rio, 1952), a que se refere CLÁUDIO PACHECO (32), lograram esclarecer o conceito.

Mas os malogros para a construção de um conceito apriorístico de normas gerais não desestimularam os tributaristas pátrios: na impossibilidade de chegarem a uma definição geral, passaram a selecionar *critérios* através de método analítico.

A primeira tentativa foi feita, ainda em 1949, por CARLOS ALBERTO A. DE CARVALHO PINTO (33), estabelecendo três critérios excluídos: *não são normas gerais* as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público; *não são normas gerais* as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos com exclusão de outros da mesma condição ou espécie; e *não são normas gerais* as que se afastem dos aspectos fundamentais, descendo a pormenores ou detalhes (34). Na linha de BROCCOLI, a quem cita, CARVALHO PINTO adota como características *positivas* a extensibilidade a todas as *personas jurídicas* de direito público e a todos os *ramos* do direito financeiro (35), aceitando, por isso, como generalidade da norma, a que se deriva “do caráter irrestrito de sua aplicação a todas as situações idênticas e homogêneas” (36).

(31) *Op. cit.*, p. 256.

(32) *Op. cit.*, p. 258.

(33) *Normas Gerais de Direito Financeiro*, ed. Prefeitura do Município de São Paulo, 1949.

(34) *Op. cit.*, pp. 41 e ss.

(35) *Op. cit.*, p. 28.

(36) *Op. cit.*, p. 31.

Comentando o estudo de CARVALHO PINTO, com vistas ao instituto da licitação, e procurando demonstrar não estar ele incluído no conceito de normas gerais, do art. 8.º, XVII, c, o publicista ADILSON ABREU DALLARI considera *normas gerais* as que sejam uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos e a todas as situações jurídicas da mesma espécie, que se refiram a questões fundamentais básicas e que não se estendam até o ponto em que isso possa ferir princípios ou atributos inerentes à autonomia dos Estados e Municípios (37).

Outro importante tributarista, GERALDO ATALIBA, tem outra e conhecida posição sobre o assunto: para ele, só cabe norma geral em área de atrito e em lacunas constitucionais insuscetíveis de preenchimento por qualquer dos setores parciais, alertando, percucientemente, que, a pretexto de editar normas gerais, não é possível regulamentar-se a *atividade* de uma pessoa jurídica de direito público, pois seria uma ingerência inconstitucional do Legislativo Federal na organização e funcionamento dos Estados e Municípios (38).

Fora do direito financeiro, MARCO AURÉLIO GRECCO é dos poucos que enfrentam o problema das normas gerais: para ele, à União apenas cabe fixar *linhas mestras* e, aos Estados, fazer a previsão minudenciada, de tal forma que a *norma geral* jamais poderá esgotar a disciplina de qualquer interesse de que tratar, sob pena de frustrar o art. 8.º, parágrafo único, da Constituição (39).

Em posição contrária, AMÉRICO SERVIDIO, afirmando ser difícil traçar-se uma linha divisória entre normas gerais e específicas, entende que não pode haver colidência, dando como exemplo a constitucionalidade de *toda* a minuciosa disciplina do Decreto-Lei n.º 200/67 (40).

PONTES DE MIRANDA prefere caracterizar as normas gerais com os seguintes elementos: são normas *fundamentais*, estabelecem *diretrizes*, baixam *regras jurídicas gerais*, são limitadas e não podem exaurir o assunto de que tratam (41).

Foram ainda consideradas neste trabalho as achegas de SOUTO MAIOR BORGES e PAULO DE BARROS CARVALHO que preferiram, também, definir *características* da norma geral (42).

---

(37) In *Aspectos Jurídicos da Licitação*, S. Paulo., Ed. Juriscred Ltda., s/d., pp. 17 e 18.

(38) Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos Estados e Municípios, *RDP*, SP, V. 10/45, out./dez. 1969, p. 52.

(39) In *RDP*, V. 34/91, abr./jun. 1975, pp. 96 e 97.

(40) Dispensa de licitação pública. *RT*, 1979, pp. 24 e ss.

(41) Comentários à Constituição de 1967, *RT*, SP, 1967, Tomo II, p. 166.

(42) *RDP*, n.º 31, set./out., 1974, pp. 255 e ss.

Voltando aos constitucionalistas, é até estranhável a parcimônia com que tratam o tema e oferecem diferenças entre as duas modalidades de competência concorrente e, mais raros, os que se referem ao problema das normas gerais.

Já aludimos às posições de ALCINO PINTO FALCÃO e de CLÁUDIO PACHECO; dos mais modernos, destacamos agora SAHID MALUF, JOSÉ AFONSO DA SILVA e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO.

SAHID MALUF, estudando os poderes concorrentes da União e dos Estados, anota uma sinonímia entre normas gerais e *princípios básicos* (43), mas, embora não adentre o problema dos limites no que se refere à União, adverte:

“Mas, por outro lado, se o Estado-Membro legislar em assunto de sua competência normal, sem penetrar no campo da competência federal definida no art. 8.º, então, o que prevalecerá é o princípio da hierarquia de competências: a lei estadual excluirá a federal idêntica” (44).

A “competência normal” que menciona é a de suplementar ou complementar a federal, como deixa exposto no parágrafo anterior (45).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu Curso, distinguindo quatro tipos de “competência legislativa exclusiva” da União, a saber: 1.º — direito administrativo; 2.º — direito material não administrativo; 3.º — direito processual; e 4.º — *normatividade de princípios*, enquadra, por sua vez, neste último, quatro hipóteses em que a União legisla a nível de normas gerais:

“4.º — normatividade de princípios: a) normas gerais sobre: orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira pública; de direito financeiro; de seguros e previdência social; defesa e proteção da saúde; regime penitenciário; desportos; b) diretrizes e bases da educação nacional; c) condições gerais de convocação e mobilização das polícias militares.”

Essas mesmas matérias são mencionadas pelo autor no item seguinte, em que trata de “competência não exclusiva”: é o bastante para deixar clara a diferença entre os dois tipos de concorrência legislativa (46).

(43) Direito Constitucional, Ed. Sugestões Literárias S.A., 8ª ed., São Paulo, 1974, p. 116.

(44) *Id. ibid.*, p. 117.

(45) *Id. ibid.*, p. 117.

(46) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. P., Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1987, p. 57.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO é, todavia, quem deixa didaticamente mais nítida essa distinção no seguinte trecho de seus *Comentários à Constituição Brasileira*:

“Essa competência concorrente pode ser de duas espécies: a cumulativa e a não-cumulativa. A cumulativa existe sempre que não há *limites prévios* ao exercício da competência por parte da União, seja do Estado-Membro.

Dessa espécie é exemplo o art. 21 da Constituição de 1946. Por um princípio lógico, hierárquico até, havendo choque entre norma estadual e norma federal num campo de competência cumulativa, prevalece a regra da União. É o que exprime o brocardo alemão: *Bundesrecht bricht Landesrecht*.

Na espécie não-cumulativa, dentro de um mesmo campo material circunscrito horizontalmente, há uma limitação vertical e uma hierarquia daí decorrente. Isto é, à União compete editar normas até um determinado nível específico, deixando-se aos Estados o seu completamento. Em outros termos, cabe ao Estado-Membro a competência complementar” (47).

O autor reserva a expressão *norma supletiva*, ou seja, “de ocupar vazios ou brancos”, para a legislação no exercício da competência concorrente clássica, que ele denomina, como vimos, de *cumulativa*. Por outro lado, a *norma complementar*, “a que vem adicionar pormenores à regra primitiva nacional”, é a que resulta do exercício da competência concorrente limitada, que, por sua vez, ele denomina de não-cumulativa, por causa da “limitação vertical” de poderes (48).

Essa “limitação vertical”, referida à Carta de 1969 (Emenda Constitucional n.º 1), é assim explicada:

“Limites da Lei Federal. Em duas das alíneas (c e q) do art. 8.º, XVII, a Constituição restringe a competência federal à edição de normas gerais (alíneas c e q, parte final) ou de diretrizes e bases (alínea q, parte inicial). Estabelece, portanto, claramente, um *limite em profundidade para a lei federal*, que, de modo algum, pode esgotar a matéria. Se esse limite, porém, é claro, na prática é ele impreciso, desde que é difícil discriminar, em muitos casos, o que é norma geral e o que é norma especial,

---

(47) *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Ed. Saraiva, 5ª edição, 1984, pp. 98 e 99.

(48) *Op. cit.*, p. 99.

o que é diretriz ou base e o que é desdobramento ou regulamentação.

Com referência a duas outras alíneas, *e*, que enuncia a competência relativa a juntas comerciais e registros públicos, e *v*, concernente à polícia militar, deve-se convir que, em se tratando de órgãos estaduais, ao menos em matéria puramente administrativa, a União há de deixar campo aberto para o legislador estadual. Entretanto, no que tange à polícia militar, a competência federal abrange "organização, efetivos, instrução, justiça e garantias . . .", de modo que, de fato, é difícil supor o que restará aos Estados-Membros caso a União disponha sobre todos esses pontos.

Por outro lado, quanto às alíneas restantes (*d* e *n*), *não há limite para a competência federal*. Se essa esgotar essas matérias, não haverá invasão da competência estadual, pois esta é apenas supletiva" (49).

Como se deduz dessa exposição, o autor aponta claramente à *limitação* como traço distintivo entre as duas categorias de competência concorrente, embora reconheça que "na prática é ele impreciso".

## 7. *Construindo uma solução*

O esforço na busca de uma conceituação doutrinária de *normas gerais* não deve cessar, intimidado pela dificuldade em chegar-se a uma desejável solução apriorística.

Pensamos que, partindo dos avanços já logrados pelo método empírico, levantando características de maior ou menor aceitação, podemos desenvolver um trabalho certamente não definitivo mas exploratório e, quiçá, aproximativo de um conceito jurídico dessa eludente categoria.

Uma aproximação, assim desejada, suportada por tantos elementos quantos fossem suficientes para a caracterização do instituto, teria a possibilidade de guiar o intérprete na solução de problemas práticos de deslindes de competências concorrentes limitadas.

O *deslinde* é essencial à precisa aplicação da partilha constitucional porque, distintamente da *concorrência clássica*, na qual a União não tem limites ao legislar sobre a matéria concorrential, na *concorrência limitada*

---

(49) *Op. cit.*, p. 101 (n./grifos no texto).

tanto a União quanto os Estados têm seus limites no exercício das respectivas competências concorrenciais.

Enquanto na primeira modalidade, a clássica, a União pode, se assim entender, cobrir todas as hipóteses particularizantes com suas regras, na segunda, a limitada, a União deve respeitar o espaço legislativo constitucionalmente assegurado aos Estados para disporem sobre as hipóteses que impliquem em particularização das *normas gerais*.

Para lograr o objetivo desta tese, desenvolveremos o seguinte método: primeiramente, levantaremos as características doutrinárias predominantemente reconhecidas com relação às normas gerais. Depois, examinaremos um critério particularmente eminente que é o de conceito-limite. Finalmente, procuraremos situar as normas gerais como uma terceira categoria normativa, ao lado das normas-princípios e das normas particularizantes.

## 8. *Características das normas gerais*

A tabulação das diversas colocações doutrinárias, trazidas a este trabalho, resultantes da elaboração de diversos autores, permite a identificação de certas características mais comuns e freqüentemente indicadas.

Sintetizando-as, a partir dessas características, as normas gerais seriam institutos que:

a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (BÜLHER, MAUNZ, BURDEAU, PONTES, PINTO FALCÃO, CLÁUDIO PACHECO, SHAIID MALUF, JOSÉ AFONSO DA SILVA, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARCO AURÉLIO GRECCO);

b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (MATZ, BÜHLER, MAUNZ, PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e MARCO AURÉLIO GRECCO);

c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (PINTO FALCÃO, SOUTO MAIOR BORGES, PAULO DE BARROS CARVALHO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);

d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas (PINTO FALCÃO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);

e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito (PAULO DE BARROS CARVALHO e GERALDO ATALIBA);

f) devem referir-se a questões fundamentais (PONTES e ADILSON ABREU DALLARI);

g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e ADILSON ABREU DALLARI);

h) não são normas de aplicação direta (BURDEAU e CLÁUDIO PACHECO).

Nessa relação há, todavia, um elemento comum: a idéia de que há, sem sombra de dúvida, um sentido limitativo nas normas gerais.

Aqui estaria uma sobrecaracterística tão relevante que vale a pena ser tratada separadamente: a de *conceito-limite*.

## 9. Normas gerais como conceito-limite

A *juridicidade* é hoje tida como critério qualificador universal do direito, compreendendo a *legalidade*, submissão do agir à lei, e a *legitimidade*, submissão do agir à finalidade da lei. A atração que o direito exerceu sobre o untuoso conceito de legitimidade trouxe-o do universo do político para o universo do jurídico, transformando-o, pouco a pouco, num conceito tecnicamente tão preciso como a validade, a eficácia e outros, a ponto de poder suportar uma teoria de controle judiciário (assim, um controle de juridicidade, *lato sensu*).

Destarte, quando queremos examinar uma norma em sua inteireza, não devemos cingir a investigação à sua eficácia, validade e outras características técnicas usuais, mas prossegui-la também na sua dimensão de legitimidade. Resulta daí que *não basta* examiná-la apenas em suas relações estritamente jurídicas, mas estender a perquirição ao próprio sistema juspolítico que lhe deu vida e, presumidamente, suporte.

Até mesmo KELSEN reconhecia que “as normas de um sistema dinâmico devem promanar de atos de vontade de parte daqueles que estejam autorizados a fazê-lo por uma norma mais elevada”<sup>(50)</sup>, relacionando-as, mesmo sem o desejar, ao poder que as edita.

Não podemos entender um juízo de juridicidade sem esse referencial cratológico; como elegantemente se exprime ADRIANO PAGLIETTI, em precioso trabalho apresentado ao V Congresso Nacional de Filosofia do

---

(50) *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milão, Ed. Comunità, 1962, p. 114.

Direito, no tema “a norma jurídica”, “L’elemento primitivo e base dell’ordinamento juridico non è la norma, ma il potere; la norma deriva dal potere e non viceversa e l’ordinamento juridico non è un complesso di norme, ma soprattutto, l’organizzazione dei poteri e della forza” (51).

Nem por outra razão, entendida a ordem jurídica como organização do Poder, chega-se à formulação de concepções constitucionais juspolíticas, como a que mencionamos, de CARL FRIEDRICH: “a racionalização dos processos do poder” (52).

Na partilha onímoda de poderes realizada por uma ordem jurídica a partir de seu mais alto estatuto — a Constituição — o que se estabelece são *limites* para o exercício das diversas modalidades de que se reveste o poder no Estado contemporâneo: poder dos indivíduos (liberdades), dos grupos sociais secundários, das instituições, do Estado, dos seus respectivos órgãos (os “Poderes orgânicos”) etc.; em síntese: *limites de poder*.

Ora, a juridicidade é a qualidade própria do poder, resultante de sua *atribuição*. Se quisermos considerar a juridicidade do poder no Estado Brasileiro, devemos considerar tanto a *legitimidade* de sua origem política quanto a *legalidade* de seu assento positivo.

O poder tem dois elementos face a essa realidade político-jurídica: o elemento *possibilidade* e o elemento *limite*. Como expõe A. PAGLIETTI, esses dois elementos são necessários e incidíveis (53).

O poder não vai além de sua *possibilidade*, ou seja, a *capacidade de produzir efeitos*, e de seu *limite*, ou seja, o *âmbito de juridicidade desses efeitos* (ou possibilidade jurídica, se se preferir); são dois diferentes parâmetros de “possibilidade” — do *ser* e do *dever ser* — que balizam todo seu exercício.

O poder se autolimita, portanto, a partir do seu estatuto fundamental, a Constituição, em graus sucessivos, como na pirâmide kelseniana: cada princípio, cada norma e cada *norma geral*, por conseguinte, representa um *limite*. É nesse sentido que se afirma, como EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, em sua Axiomática Jurídica, que *toda norma é limitadora* (54).

---

(51) *La giuridicità come limite del potere*, v. Anais do citado Congresso, Dott. A. Giuffrè Editores, Milano, 1960, p. 208.

(52) *Traité, op. cit.*, p. 13.

(53) *Op. cit.*, p. 211.

(54) *Introducción a la lógica jurídica*, Ed. Fondo de Cultura Economica, México, 1951, p. 217.

Tome-se, como exemplo, um princípio qualquer, como o da temporariedade dos mandatos eletivos (Constituição, art. 10, VII, *b*): aí está um limite à eternização da representação política; outro exemplo, o da autonomia municipal (Constituição, art. 10, VII, *e*): impondo um limite de ação aos poderes federal e estadual; e ainda um outro, o da livre iniciativa (Constituição, art. 160, I): neste caso, um limite duplo, tanto em relação ao poder do Estado quanto ao dos particulares que possam impedir ou estorvar o poder individual de iniciativa<sup>(55)</sup>.

Um ordenamento distingue-se, *destarte*, do arbítrio, podemos dizê-lo com A. PAGLIETTI, no caso de uma ditadura, não porque se caracterize pela imposição da força, mas pelo desrespeito aos limites do poder<sup>(56)</sup>.

As normas gerais, enquanto normas, são impositivas de limites. O que as torna peculiares, todavia, são seus endereçamentos no contexto de poder organizado numa federação.

Elas endereçam limites, ao mesmo tempo, para os legisladores federais e estaduais embora possam estendê-los para os aplicadores federais e, eventualmente, os estaduais: nessa plurivalência, sua peculiaridade; que a torna, como procuraremos demonstrar, um *tertium genus* normativo.

#### 10. Normas gerais como terceiro gênero normativo

Chegamos à terceira tarefa e a que mais nos aproxima do objetivo desta tese: a identificação da categoria normativa a que pertencem as normas gerais.

Se é certo que todas as normas são, por definição, *gerais*, o que leva o legislador a extremar uma categoria e designá-la pleonasticamente de *normas gerais*? Por certo não é o intuito de reforçar, pela redundância, essa característica ontológica. Simples regra de hermenêutica jurídica nos obriga, desde logo, a aceitar a existência de um *quid* diferenciativo. E foi no encaço dessa distinção que se desenvolveram estudos como aqueles mencionados nos itens anteriores, procurando identificar critérios diferenciais seguros.

Questionamos, agora, a validade de uma perquirição exclusivamente de teoria constitucional nesta matéria. Com efeito, embora a instituição haja sido desenvolvida no seio do direito constitucional, como fruto de uma evolução diferenciadora, essa é sua *ratio*, mas não sua *essentia*: para que a conceituemos, sem risco de a confundirmos com outras categorias normativas, é necessário saltarmos para a teoria geral do direito.

---

(55) Constituição de 1969.

(56) *Op. cit.*, p. 215.

Aqui, sim, podemos situar as *normas gerais* sem o risco, sempre presente, de as confundirmos com as *normas-princípios*, às quais se assemelham, ou com as *normas particularizantes*, das quais estão preocupantemente próximas.

A ordem jurídica positiva, como se sabe, compreende atos que expressam a vontade cogente do Estado em vários níveis de abstração e de generalidade. Num extremo de concreção e de particularização estão os *atos jurídicos* e, no outro extremo, de abstração e de generalização, estão os *princípios*; entre ambos, estão as *normas*, no sentido estrito, menos abstratas e gerais que os princípios, porém sem as características de concreção e particularização dos atos jurídicos.

Observe-se, ainda, que os *princípios* não necessitam ser formulados positivamente para que existam como categoria jurídica e efetivamente imponham-se como cúspides da ordem jurídica.

Quando positivados, isso é, declarados pelo legislador constitucional ou pelo legislador ordinário, temos as *normas-princípios*. A função de norma-princípio constitucional, para PIETRO VIRGA, é bem clara: além de conter princípios materiais substanciais, deve, fundamentalmente, fixar limites ao exercício dos poderes legislativos<sup>(57)</sup>.

Ao distinguirmos, ainda, na categoria das *normas*, as *normas gerais*, cumpre-nos diferenciá-las das demais normas que antes formavam a integridade dessa categoria dessarte tripartida. Seriam *normas gerais* as que, numa primeira abordagem, avizinhandose das normas-princípios, gozassem de maior abstração e menor pormenorização, ao passo que remanesceriam como normas, *tout court*, normas específicas, particularizantes ou de aplicação, as que, devendo reger próxima e diretamente os atos jurídicos, seriam menos abstratas e mais pormenorizantes.

Parece, assim, à primeira vista, óbvia a *proximidade conceptual* entre as *normas gerais* e os *princípios*, característica que, como já ressaltamos, é quase unanimemente apontada pela doutrina (BÜHLER, BURDEAU, MAUNZ, PONTES DE MIRANDA, PINTO FALCÃO, CLAUDIO PA-

---

(57) "Nonostante però che le dichiarazioni costituzionali non concernano direttamente la struttura dello Stato, esse vanno egualmente classificate fra le norme di organizzazione, come del resto tutte le altre norme costituzionali, infatti, vero è che esse contengono principii materiali sostanziali, ma la loro funzione essenziale è, come vedremo, quella di fissare dei limiti all'esercizio della potestà legislativa, di delimitare la competenza del Parlamento e, poichè le norme si classificano in relazione alla loro funzione e non al loro oggetto, non può negarsi alle dichiarazioni costituzionali la natura organizzativa propria di tutte le norme materialmente costituzionali" (V. *Origine contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, C.E.M., Nápoles, Ano III, fasc. IV, out./dez., 1948, p. 213).

CHECO, SAHID MALUF, JOSÉ AFONSO DA SILVA, PAULO DE BARROS CARVALHO e MARCO AURÉLIO GRECCO). Mas é exatamente essa proximidade que exige uma diferenciação entre a norma geral e o princípio, levando-nos, em consequência, a dois trabalhos: perquirir, primeiro, o que há de *comum* às três espécies do gênero normativo e, depois, o que há de distinto entre elas (*definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*).

Teríamos aqui três graus de generalização normativa: o generalíssimo, das normas-princípios; o geral, propriamente dito, das normas gerais; e o subgeral, das normas particularizantes.

Desde logo, a aceitação do princípio, positivado ou não em forma de norma legal, como *norma generalíssima*, não é pacífica mas, seguramente, é a mais difundida, como nos dá conta, com sua autoridade, o titular de Filosofia de Direito da Universidade de Torino, NORBERTO BOBBIO ("Per quanto, sia nel linguaggio comune, sia in quello tecnico-giurídico, "princípio" sia usato talora como sinonimo di "norma (o regola) generale", é reso spesso con l'espressione "norma (o regola) generalissima", non infrequente é tra juristi l'opinione secondo cui i principi generali di diritto non sono norma né riconducibili a norme, e sono pertanto una entità diversa *qualitativamente* dalle norme (generali e speciali)"... ammirabilmente dal CRISAFULLI, secondo cui i principi generali sono norme" (68).

Ora, se os princípios são *normas generalíssimas*, aceitando a bem urdida fundamentação de V. CRISAFULLI, da qual compartilham nomes como SCIALOJA, DEL VECCHIO e CARNELÜTTI, apenas para referir-nos a alguns de seus compatriotas e contemporâneos peninsulares mais ilustres, vejamos, usando o mesmo método de tabulação empregado atrás, que *características comuns* a doutrina tem encontrado ao procurar conceituá-los. Valendo-nos de BOBBIO, podemos esquematizá-las assim:

a) os princípios estabelecem *diretrizes* ou orientações cardiais para um sistema (E. PACIFICI — MAZZONI, F. FERRARA e H. BUSH);

b) os princípios são *normas fundamentais*, chaves mestras do sistema (V. CRISAFULLI e P. COGLIOLO);

c) os princípios são *normas indiretas*; dão o conteúdo de outras normas, tendo, por isso, função construtiva e conectiva (V. CRISAFULLI e W. CESARINI SFORZA).

Confrontando as duas tabulações, torna-se evidente que a *norma geral coparticipa da natureza dos princípios* pelo menos em dois aspectos: *primo*,

(68) In *Principi Generali di Diritto, Digesto Italiano*, pp. 889 e 890.

*estabelecem diretrizes, orientações, linhas mestras etc., e, secundo, se situam, ambas, no plano das questões fundamentais, não admitindo particularizações.*

Explicitadas as *semelhanças*, passemos agora às *diferenças* entre o princípio e a norma geral.

Para esse efeito, devemos atermo-nos às funções desempenhadas por ambas as espécies, os *princípios* e as *normas gerais*, nos ordenamentos constitucionais que as adotam.

Quanto aos *princípios*, podemos alinhar as seguintes funções:

1. declaram um valor juridicamente protegido;
2. conformam um padrão vinculatório para a norma particularizante;
3. vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor neles declarado.

Essas três funções se realizam *in abstracto*, isto é, não se caracterizam imediatamente em “relações e situações específicas da vida real”, como ensina VEZIO CRISAFULLI (59).

Quanto às *normas gerais*, destacamos:

1. declaram um valor juridicamente protegido;
2. conformam um padrão vinculatório para a norma particularizante;
3. vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor nelas declarado,

*e, além distintamente dos princípios:*

4. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa federal;
5. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal, sempre que o Estado-Membro (ou Município) não haja exercido sua competência concorrente particularizante;

---

(59) “Punto di partenza per una esatta intelligenza della natura giuridica dei principi generali è il concetto di norma-principio. Norma-principio sono le norme fondamentali da cui derivano logicamente (e in cui sono pertanto già contenute implicitamente) le norme particolari regolanti immediatamente rapporti e situazione specifiche della vita reale” (in *La Costituzione — e le sue Disposizioni di Principio*, Milano, Ed. Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 38).

6. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-Membro (ou Município) haja exercido sua competência concorrente particularizante em contrariedade ao valor nelas declarado.

Como se pode observar, as normas gerais desempenham funções normativas bem mais extensas que os princípios, extremando-se não tanto pelo conteúdo mas pelos resultados que delas decorrem.

Três questões ainda podem ser levantadas: o conteúdo, o destinatário e a aplicação.

No exame do conteúdo, perquirimos o valor jurídico que o ordenamento quis garantir<sup>(60)</sup>.

No exame do destinatário, o problema se identifica com o do valor jurídico das próprias declarações e se resume em estabelecer a quem elas se dirigem ("a favor de quais sujeitos ou órgãos elas fazem surgir as obrigações, direitos subjetivos ou interesse legítimo")<sup>(61)</sup>.

Será o legislador o destinatário daquelas normas que "requeiram uma determinação mais concreta"<sup>(62)</sup>.

Finalmente, a questão da aplicação estritamente vinculada à própria eficácia jurídica atribuída à norma.

Aqui deve-se ter em mente a relação lógica entre os três conceitos a que nos referimos: o poder, o limite e a norma.

---

(60) PIETRO VIRGA, em seu excelente artigo *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, oferece-nos, por exemplo, o seguinte rol quanto aos princípios constitucionalmente declarados: garantia de direitos fundamentais; garantia de direitos civicos e políticos; garantia de deveres; garantia de princípios gerais de direito; garantia dos institutos de direito privado e público; garantia das entidades públicas e dos órgãos jurisdicionais e administrativos; garantia de obrigações intermediárias do Estado; garantia di *status quo*; garantia dos bens de interesse nacional e garantia das futuras reformas (in *Rassegna di Diritto Pubblico*, *op. cit.*, pp. 251 e 254).

(61) "E stato esattamente osservato che il problema del valore giuridico delle dichiarazioni costituzionali si identifica con quello dei destinatari delle dichiarazioni stesse (47); infatti il problema è quello di stabilire a chi le dichiarazioni si dirigino, a favore di quali soggetti o organi esse facciano sorgere obblighi, diritti soggettivi, interessi legittimi." (PIETRO VIRGA, *op. cit.*, p. 257).

(62) "Tutti i consociati per le norme complete, precise e concrete, il legislatore per le norme richiedenti una più concreta determinazione: questa opinione è assai affine alla precedente e gli argomenti addotti a suo sostegno sono spesse quelli testè esaminati; tuttavia essa differisce dalla precedente, perchè restringe l'ambito delle norme di immediata applicazione subordinando l'efficacia cogente *erga omnes* delle norme alla esistenza in esse di determinati requisiti di concretezza e precisione" (PIETRO VIRGA, *op. cit.*, p. 265).

Quaisquer normas expressam uma limitação ao poder — já o vimos —, seja de quem for: do indivíduo ou do Estado.

Ora, as normas gerais expressam mais de um limite, conforme se considerem os seus destinatários; tanto poderão limitar a União quanto os Estados e, no destino final, até mesmo, os indivíduos.

As normas gerais apresentam de característico uma *dupla eficácia*: uma eficácia ordinária, comum a qualquer norma, dita *eficácia material, erga omnes*, e uma *eficácia excepcional*, que lhe é própria, uma *eficácia formal*, dirigida aos legisladores dos entes públicos referenciados <sup>(63)</sup>.

Essa distinção permite compreender como, a partir das declarações principiológicas (*Grundsatzgesetzgebung*), característica das legislações constitucionais, notadamente na linha do modelo weimariano, chegou-se à declaração de normas gerais (*Rahmengesetzgebung*): enquanto os princípios dirigem-se, predominante e quase exclusivamente, aos legisladores, excepcionalmente podendo produzir um efeito concreto, como no caso da inconstitucionalidade por preterição do princípio, as normas gerais voltam-se também à disciplina das relações jurídicas substanciais entre os indivíduos.

PIETRO VIRGA chama-nos a atenção de que o fenômeno pelo qual o princípio material contido numa norma qualquer funciona como *limite* para um órgão normativo de grau inferior não é exclusivo da partilha concorrente limitada nas federações, dando-nos como exemplo o princípio contido numa norma legal que atua como limite do exercício do poder regulamentar ou, no caso de Estado unitário, o princípio fixado pelo legislador estatal atuando como limite ao legislador regional <sup>(64)</sup>.

Por outro lado, atendendo a conteúdo, destinatário e aplicação, as normas gerais se distinguem das normas particularizantes.

(63) Essa classificação, que é proposta pela corrente que alinha HENSEL, ANSCHUTZ, AZZARITI, LAVAGNA e outros prestigiosos juristas, está muito bem exposta por PIETRO VIRGA na seguinte passagem de um seu artigo muito conhecido: *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali* (in *Rassegna di Diritto Pubblico*, CEM, Napoles, ano III, Fasc. IV, out./dez., 1948, p. 265): "L'interprete, in ordine alle dichiarazioni costituzionali, dovrebbe compiere un esame caso per caso per stabilire se esse siano concrete o astratte; nel primo caso dovrà concludere per la loro efficacia *erga omnes*, nel secondo caso per la loro efficacia nei riguardi del solo legislatore".

(64) Nas palavras de PIETRO VIRGA: "In fondo questo non è che un aspetto del fenomeno più generale per cui il principio materiale contenuto in una qualsiasi norma funziona da limite per gli organi normativi di grado inferiore. Ad esempio il principio contenuto in una norma di legge funziona da limite per l'esercizio della potestà regolamentare esecutiva. La norma contenuta nella legge, mentre quindi da un lato disciplina un rapporto giuridico sostanziale fra soggetti, al tempo stesso costituisce un limite all'esercizio della potestà normativa di grado inferiore. Una stessa norma quindi adempie la funzione di disciplina materiale di rapporti e la funzione organizzativa di delimitare una competenza normativa; le due funzioni possono scindersi, senza che per questo la norma cessi di essere legislativa in senso materiale" (*op. cit.*, pp. 268 e 269).

Quanto ao valor jurídico, enquanto na norma geral ele é abstrata mas diretamente referido (ainda que implicitamente), na norma particularizante o valor está intrinsecamente ligado à relação ou situação jurídica concretamente tutelada pela norma e nela definida.

Quanto ao destinatário, enquanto a norma geral se dirige ao legislador estadual (ou municipal), a norma particularizante dirige-se ao agente que irá praticar o ato concreto.

Quanto à aplicação, a norma geral conjuga eficácia indireta e direta, mediata e imediata; enquanto a norma concreta é sempre de eficácia direta e imediata.

Embora a norma geral se destine ordinariamente ao legislador e, assim, tenha eficácia indireta e mediata em termos de aplicação às relações concretas que regerá, extraordinariamente ela se dirige ao aplicador e, assim, tem eficácia direta e imediata.

São, portanto, perfeitamente extemáveis as normas-princípios, as normas gerais e as normas particularizantes, conformando, as intermediárias, um *tertium genus* das normas jurídicas, entendidas na sua expressão legislada.

Feitas essas distinções, podemos acercar-nos à conclusão desta tese.

## 11. *Conceito de normas gerais*

Temos fixadas as seguintes características da norma geral: são princípios, nacionais e limitativas.

Que as normas gerais tenham natureza de *princípios*, como vimos, parece ser entendimento indiscrepante da boa doutrina.

Tal como as normas-princípios, com efeito, por se tratarem de “regras jurídicas gerais”, na expressão de PONTES DE MIRANDA, têm por função estabelecer *diretrizes* para obrigar o grau de decisão subsequente, porém *não só* devem ser elas observadas pelo legislador, na edição de norma legal derivada, como pelo aplicador, na ação do Estado ou dos indivíduos.

Por isso, enquanto coparticipam da natureza jurídica dos princípios, as normas gerais não têm aplicação direta e imediata às relações jurídicas concretas.

Que as normas gerais sejam também *nacionais*, parece que, no caso das federações, é indisputável. Seu fim é a uniformização do essencial sem cercear o accidental, peculiar das unidades federadas.

Essa atividade homogeneizadora se justifica na medida em que a excessiva diversificação normativa prejudique o conjunto do país, daí ter sido adotada em inúmeros Estados federativos.

Preservar-se-á, assim, pelas normas gerais, aquilo que a Constituição quer que seja nacional, sem sacrifício do espaço para que a diversidade enriqueça culturalmente toda a Nação<sup>(65)</sup>, como observa BURDEAU.

Que as normas gerais tenham natureza *limitativa* tampouco há de se ter dúvidas, ainda porque elas são naturalmente plurilimitativas, pelo seu, no mínimo, duplo endereçamento e por sua múltipla aplicação.

Enquanto *princípio*, a norma geral limita a União, o Estado e, eventualmente, o Município e o particular; enquanto *norma de aplicação*, limita os aplicadores, sejam quais forem.

Assentes, assim, essas três características, restaria indagar se elas são *suficientes* para cobrir o conceito de normas gerais ou outras mais seriam ainda necessárias para tanto.

Examinemos, a respeito, uma quarta característica negativa que vem referida desde um dos primeiros comentadores das Constituições republicanas brasileiras e por um dos mais conspícuos comentadores contemporâneos. Referimo-nos a CARLOS MAXIMILIANO, a MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e à característica da *pormenorização*.

Para esses autores a pormenorização é importante, pois indica claramente a impossibilidade de uma norma geral detalhar uma relação jurídica substancial<sup>(66)</sup>.

À União, portanto, limitar-se-ia o poder de pormenorizar suas próprias diretrizes relativamente a seus serviços, bens, pessoal e atos.

Aos Estados, todavia, não seria vedado editar legislação generalizante, salvo se já existisse norma geral federal incompatível.

Chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.

---

(65) Comentando a partilha de competência na Federação Alemã assim se expressa a respeito: "Les autorités fédérales en ont profité pour unifier les règles juridiques en des matières où la diversité des législations locales portait préjudice à l'ensemble des pays. Souvent d'ailleurs Bonn procède par lois-cadres et laisse au législateur local le soin de mettre en oeuvre les principes ainsi formulés." (*Traité de Science Politique*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1967, Tomo II, pp. 518/519).

(66) *Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, 5ª ed., 1984, p. 99, de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO.

## 12. *Conclusões*

Reafirmamos, desde logo, a possibilidade teórica de chegar-se à formulação de um conceito de normas gerais capaz de definir, com segurança e precisão, a partilha de competência concorrente limitada.

O modelo a que chegamos no item anterior, o submetemos como comprovação da tese, embora não tenhamos a pretensão de tê-lo perfeito e acabado, como gostaríamos.

É que o objetivo desta tese não foi, propriamente, chegar a um modelo ultimado, com tais virtudes, mas de demonstrar a viabilidade do método adotado a partir de elementos característicos levantados, tanto empírica quanto aprioristicamente.

A justificação deste e de qualquer esforço nesse sentido está na segurança do intérprete e eventual aplicador da norma geral quando deva identificá-la ou discriminá-la da norma particularizante, principalmente nos diplomas legislativos que não o façam ou o façam erroneamente.

O legislador constitucional, com efeito, não fixou nenhuma forma especial que devesse revestir as normas gerais. Com isso, a lei ordinária poderá contê-las sem nenhuma distinção que as extirpe formalmente das normas específicas que, com elas, geralmente são baixadas.

Isto é muito comum porque a competência concorrente limitada em matéria de direito administrativo envolve, na maioria das vezes, a disciplina federal das atividades da própria União, segundo as mesmas normas gerais de âmbito nacional baixadas no próprio diploma.

Não raro, o mesmo preceito legal contém indiscriminadas as duas normas: a geral, principiológica, e a específica, de natureza concreta.

São essas as circunstâncias que, na maior parte das vezes, dificultam o intérprete estadual que, na falta de um seguro discrimine doutrinário, não tem outra alternativa que usar de sua intuição ou recorrer à perigosa analogia, imprestável para as questões que envolvam competência.

A contribuição desta tese, na medida em que tenha logrado seu objetivo, é a afirmação de que o espaço intuitivo pode e deve ser reduzido pela ciência jurídica.

O conceito oferecido sublinha os seguintes elementos que consideramos *essenciais*:

1.º — *São declarações principiológicas* — não se identificando com os princípios *tout court* ou as normas-princípios que possam contê-los.

2.º — São declarações que cabem ser *editadas pela União*, no uso de sua competência concorrente limitada;

3.º — São declarações que estabelecem *diretrizes nacionais* sobre certos assuntos — enumerados constitucionalmente.

4.º — São declarações que deverão ser *respeitadas pelos Estados-Membros* na feitura de suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes — bem como pelos Municípios, quando na relação de competência limitada com a União ou, nas previsões constitucionais estaduais, com o Estado-Membro a que pertença.

5.º — São declarações que, uma vez detalhadas, podem ser aplicadas *indireta e mediatamente* às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.

Em consequência, na linha da *praxis*, vale retirar, ainda, alguns corolários de possível utilidade exegetica:

1.º — A União está limitada à edição de *diretrizes nacionais* que se dirigem precipuamente aos legisladores estaduais, *para os quais são cogentes, direta e imediatamente eficazes*.

2.º — As *normas específicas baixadas pela União juntamente com as normas gerais ou os aspectos específicos por acaso nestas contidas*, não têm aplicação aos Estados-Membros, considerando-se normas particularizantes federais, dirigidas ao Governo Federal.

3.º — Inexistindo, e enquanto inexistir, legislação estadual *específica*, tanto as diretrizes nacionais contidas nas normas gerais quanto sua pormenorização federal se aplicam subsidiária, direta e imediatamente às relações concretas nelas previstas.

4.º — *Inexistindo normas gerais da União versativas sobre qualquer assunto ou aspecto que deva ser legislado pela modalidade de competência concorrente limitada*, o Estado-Membro poderá legislar amplamente a respeito, prevalecendo sua legislação até que sobrevenham diretrizes nacionais que com ela sejam incompatíveis.

5.º — A norma específica estadual que regular, direta e imediatamente, uma relação ou situação jurídica concretamente configurada *afasta a aplicação de norma federal coincidente*, salvo se contrariar, diretrizes principiológica de norma geral, na 3.ª hipótese acima.

6.º — Em razão de sua inafastável característica nacional, *não será norma geral* a que dispuser sobre organização, servidores e bens dos Estados ou Municípios mas, em consequência, simples norma inconstitucional.

A consideração das normas gerais como *tertium genus* de normas, surgido na evolução do direito constitucional com a função de orientar e balizar a normatividade de grau inferior ou sucessiva, apresenta a vantagem de discriminá-las dos institutos afins da norma-princípio e da norma, *tout court*, que, no caso, seria a norma específica, pormenorizante ou de aplicação, como se prefira.

Assim categorizadas, é possível salientar-se no que as normas gerais se identificam e se distinguem das duas espécies que lhes são limítrofes, notadamente quanto à sua eficácia, bem como descaracterizar aquelas que não tenham mais que mera *aparência de gerais*.

Todo esse exercício, finalmente, é útil na medida em que aperfeiçoe o federalismo brasileiro pelo correto dimensionamento teórico-doutrinário do espaço juspolítico da autonomia das entidades federadas e previna os conflitos de competência que concorrem para a insegurança jurídica, quando não para o caos normativo, porfiadamente a ser evitado.

Esse é, todavia, o resultado de um exame de um ponto de vista estritamente jurídico; como tão bem adverte CARMELO CARBONE, em sua obra clássica *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, na qual justamente se abeberaram nossos publicistas que têm tratado de tão árduo tema, deve-se tomar em linha de conta os aspectos políticos que pervadem profunda e amplamente a matéria constitucional (87).

Os princípios jurídicos são reflexos positivados dos princípios políticos prevalentes na sociedade; nesse sentido, a legalidade reflete a legitimidade. Variando a interpretação dos anseios e aspirações da comunidade, através de seus representantes eleitos, variarão as interpretações legislativas e administrativas desses princípios.

Isso significa que na doutrina e na jurisprudência residem os contrapontos capazes de garantir uma harmonia estabilizadora nas interpretações constitucionais que tocam os delicados problemas da competência federativa: a juridicidade, como resultante da permanente conciliação da legalidade com a legitimidade.

---

(87) Entre os três aspectos que marcam a atuação do político na interpretação da norma constitucional, sobressai o "acertamento do conteúdo dos princípios constitucionais que estão realizando análogos princípios políticos" (*Op. cit.*, CEDAM, Pádua, 1951, p. 29).

# O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Alguns aspectos

GILMAR FERREIRA MENDES  
Procurador da República

## SUMÁRIO

*I. A acessibilidade dos cargos públicos nas Constituições brasileiras. II. Disciplina da matéria na Constituição de 1967: orientação pretoriana. III. Adoção de novo entendimento jurisprudencial. IV. Competência da União, dos Estados e Municípios para promulgar a lei que isenta de concurso público. V. Cargos de natureza especial: caracterização problemática. VI. O princípio do concurso público e as formas derivadas de provimento. VII. Conclusão.*

### *I. A acessibilidade dos cargos públicos nas Constituições brasileiras*

O postulado da acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros constitui tradição do direito constitucional brasileiro. Já a Constituição do Império, de 1824, consagrava, no seu art. 179, item XIV, fórmula se-

gundo a qual “todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes”. Da mesma forma, a Constituição de 1891 proclamou a acessibilidade dos cargos públicos civis ou militares a todos os brasileiros, “observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir” (art. 73).

2. A par de introduzir o título sobre os funcionários públicos (Título VII), a Carta Magna de 1934 reiterou a orientação consagrada, estabelecendo a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros “sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” (art. 168) e fixado que “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos” (art. 170, § 2.º).

A Carta de 1937 também continha disposição segundo a qual a primeira investidura nos cargos de carreira havia de se fazer mediante concurso de provas ou títulos (art. 156, alínea b). O constituinte de 1946 disciplinou a matéria no Título VII, assegurando a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros (art. 184) e estabelecendo que “a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso” (art. 186).

3. Não se pode negar que a doutrina pátria já considerava que os preceitos constantes do Título VIII, da Constituição de 1946, constituíam uma efetiva garantia constitucional, entendendo que os seus ditames obrigavam tanto ao Poder Público Federal quanto aos Estados e Municípios. A propósito, vale transcrever a lição de FRANCISCO CAMPOS, *in verbis*:

“As disposições compreendidas no Título VIII da nossa Constituição, assim como as dos arts. 128-131 da Constituição de Weimar, não visando tão-somente o interesse privado dos funcionários, ou, em outras palavras, protegem esse interesse com o fim de assegurar a instituição do serviço público de carreira. Este é que é intuito da Constituição assegurar e garantir; mas, como o meio de assegurá-lo está em assegurar a situação pessoal do funcionário, este se beneficia da proteção constitucional, por coincidir com o seu interesse público visado pelo legislador constituinte.

Daí o caráter de garantia constitucional que inere aos preceitos do Título VIII, da Constituição de 16 de julho. Eles têm a mesma generalidade, a mesma latitude, a mesma extensão que as demais declarações constitucionais relativas às garantias dos

cidadãos, não obrigando, pois, apenas o Poder Federal, mas todas as instituições de direito público, assim, portanto, os Estados, como os Municípios. Uma lei estadual ou municipal não pode desconhecê-los ou conter preceitos que lhes sejam contrários, assim como não pode desconhecer ou contrariar os preceitos constantes dos capítulos I e II do Título IV, ou seja, os relativos aos direitos políticos e aos direitos e garantias individuais.

O Título VIII é *paramount* não somente em relação à legislação federal, como à legislação local, estadual e municipal. Ambas as legislações — federal e local —, ao regularem o estatuto dos funcionários, hão de ter um conteúdo obrigatório, que é, precisamente, o constante do Título VIII da Constituição.

É claro, porém, que os Estados, assim como a União e os Municípios, ao legislarem sobre os seus respectivos funcionários, podem criar-lhes regalias e deveres especiais, de acordo com a categoria, a natureza ou os interesses do serviço. O que não podem fazer, porém, é diminuir ou anular os preceitos constantes do Título VIII da Constituição, o qual, como já disse, constitui conteúdo obrigatório de toda legislação sobre funcionários públicos, seja federal ou local, da União, dos Estados ou dos Municípios” (*Direito Constitucional*, vol. I, 1956, pp. 207/208).

4. Sem embargo do inegável conteúdo democrático e moralizador das aludidas disposições, cumpre reconhecer que a cláusula que restringia a sua aplicabilidade aos cargos de carreira e outros que a lei determinasse retirou-lhe a eficácia plena, permitindo a criação de cargos isolados ou a transformação de cargos de carreira em isolados (M. G. FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II, 1974, p. 198). Também as nomeações de interinos e a adoção do “concurso de inscrição limitada” contribuíram para solapar a força normativa da regra constitucional (CLAUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, 1965, pp. 51/54; PINTO FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, 1964, p. 336).

## II. *Disciplina da matéria na Constituição de 1967/1969: orientação pretoriana*

5. Diversamente, a Constituição Federal de 1967 não se limitou a assegurar a acessibilidade dos cargos públicos aos nacionais. Exigiu-se a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exo-

neração (art. 95, §§ 1.º e 2.º). O constituinte de 1969 atenuou a exigência da Carta de 1967, estabelecendo que a primeira investidura em cargo dependeria de aprovação prévia em concurso público, salvo os casos indicados em lei (art. 97, § 1.º).

6. A cláusula final constante do referido dispositivo ensejou, de imediato, a indagação sobre o seu efetivo conteúdo e alcance. Inicialmente, julgou o Supremo Tribunal Federal improcedente a Rp n.º 808, Rel. Min. Luiz Gallotti, no que dizia respeito à arguição de inconstitucionalidade do art. 64, § 2.º, da Constituição do Paraná. Considerou, na oportunidade, a Corte Suprema que disposição da Constituição estadual que admitia a possibilidade de nomeação para outro cargo independentemente de concurso, nos casos em que a lei estabelecesse, limitava-se a reproduzir expressões da Lei Maior (RTJ 55/532). Posteriormente, tal entendimento viria a ser reiterado na Rp n.º 839, Rel. Min. Djaci Falcão (RTJ 60/12). Tratava-se de arguição de inconstitucionalidade do art. 81, da Constituição de Alagoas, que consagrava norma segundo a qual “para o provimento de cargo isolado, legalmente definido como de natureza técnica ou científica, poderá ser exigido concurso apenas de títulos na forma que estabelecer”.

Na ocasião, assim se manifestou o eminente Relator, em seu voto:

“Da leitura do § 1.º do art. 97, antes citado, verificamos que para a primeira investidura em cargo público se impõe concurso público de provas, ou de provas e títulos. Portanto, previu o concurso de provas, ou de provas e títulos. Acontece, porém, que, na sua parte final, ficou estabelecido: “Salvo os casos indicados em lei”. É de convir que, se o pressuposto do concurso pode até ser dispensado em casos indicados pela lei ordinária, com maior razão não há que falar em inconstitucionalidade de preceito contido em Constituição estadual estabelecendo o provimento de cargo isolado, definido por lei como de natureza técnica ou científica, mediante concurso apenas de título” (RTJ 60/17).

### III. *Adoção de novo entendimento jurisprudencial*

7. Todavia, a orientação do Supremo Tribunal Federal sofreu significativa mudança a partir do julgamento da Rp n.º 888, Rel. Min. Aliomar Baleeiro (RTJ 67/324), quando se declarou a inconstitucionalidade do art. 121, III, da Constituição do Estado de Mato Grosso, que permitia o provimento, sem concurso, de cargos vagos, por 12 meses, caso não houvesse candidatos habilitados em concurso. Entendeu-se, então, que os Estados-Membros deveriam observar as normas relativas aos funcionários públicos (CF, arts. 13 e 108), estabelecendo que “a cláusula ‘salvo os casos indicados em lei’ não pode abranger todas e quaisquer admissões em caráter temporário, mormen-

te se o art. 121, III, não restringiu sua licença aos casos taxativos do art. 106, da Emenda n.º 1/69" (RTJ 67/326) (Sessão de 15-8-73).

8. Consagrou a Excelsa Corte orientação que atribuía força normativa a preceito constitucional, evitando, assim, a plena descaracterização do *merit system* com fundamento na cláusula final constante do art. 97, § 1.º, da Lei Maior. Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não logrou estabelecer, de plano, a definição precisa sobre a competência das entidades políticas para editar a lei referida, propiciando ampla discussão doutrinária.

#### IV. *Competência da União, dos Estados e Municípios para promulgar a lei que isenta de concurso público*

9. Invocando a cláusula final constante do art. 97, § 1.º, significativa corrente doutrinária tem sustentado que a lei a que se refere a aludida disposição poderá ser federal, em se tratando de servidores da União, como estadual ou municipal (CAIO TÁCITO, *Regime Jurídico Constitucional dos Servidores Municipais*, RDP n.º 26/28-29; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 1982, pp. 195/196). Em arrimo dessa orientação, menciona o Professor CAIO TÁCITO as decisões proferidas pela Excelsa Corte nas referidas Representações n.º 808 (RTJ 55/532) e 839 (RTJ 60/12). Assevera, todavia, o notável administrativista que a inteligência do texto deve ser feita *cum grano salis*, devendo-se compatibilizar o referido preceito com a disposição constante do art. 109, II, da Lei Maior.

Explicitando esse entendimento, afirma CAIO TÁCITO, *in verbis*:

"A subordinação do regime jurídico local aos princípios constitucionais federais — entre os quais a moralizadora previsão de concursos públicos para ingresso no funcionalismo público — não se compadece com a faculdade irrestrita de exceções ao princípio pela via legislativa municipal.

As normas aparentemente conflitantes comportam, no entanto, interpretação conciliatória, como pede a boa hermenêutica.

A lei federal, definindo condições de provimento, estabelecerá critérios sobre os concursos públicos, inclusive os pressupostos de sua dispensa. À lei municipal caberá, porém, especificar os casos em que a isenção do concurso, ou a sua limitação a formas mais sumárias de seleção (como, por exemplo, o concurso apenas de títulos) deva ser adotada" (art. cit., RDP 26/29).

10. Não é diversa a orientação perfilhada por CELSO BASTOS. Entende o eminente constitucionalista que, ao consagrar a ressalva do art. 97, § 1.º,

o constituinte acabou por criar uma “brecha para a possibilidade de dispensa de concurso público”. E acrescenta:

“Perguntar-se-ia: a qual lei se refere o texto constitucional? A exata interpretação desse artigo só pode ser dada com a análise simultânea do art. 109 da Constituição:

“Art. 109. Lei Federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, respeitando o disposto no art. 97 e seu § 1.º e no § 2.º do art. 108, definirá:

I — o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios;

II — a forma e as condições de provimento dos cargos públicos; e

III — as condições para aquisição de estabilidade.”

Então, poder-se-ia entender que, dada esta competência à lei federal, de dizer quais os requisitos para o provimento dos cargos públicos, *ipso facto* seria a própria lei federal que deveria designar quais, especificamente, os cargos que dispensam tal exigência. A nós, não nos parece, porém, que esse seja o entendimento mais adequado. Primeiro, porque a Constituição, quando quer referir-se à lei federal, ela o diz expressamente, como se pode constatar pelos demais dispositivos do texto constitucional desta mesma ação. O art. 103, ao referir-se à lei complementar, e o § 3.º do art. 99 são exemplos de que efetivamente a Constituição, quando quis referir-se à lei da União, reportou-se expressamente a ela, designando-a por lei complementar ou lei federal.

No já aludido § 1.º do art. 97 é utilizada simplesmente a expressão “salvo os casos indicados em lei”, sem especificação. Este artigo deve ser interpretado em consonância com o princípio da nossa Federação, da autonomia das ordens locais e regionais, para organização dos seus serviços públicos, e para o provimento dos seus cargos. A maneira de conciliar esses dois dispositivos — a competência do Presidente da República para designar a forma de provimento e o princípio constitucional da autonomia das ordens locais e regionais — é a de atribuir à lei federal a descrição, em abstrato, daquelas hipóteses que ensejam ou que poderão ensejar a dispensa de concurso; mas a fixação específica de qual o cargo que dispensa esse concurso seria sempre atribuída ao Estado e ao Município.

De resto, nem nos parece possível que seja diversamente. Como imaginar que a União possa, do plano elevado em que se encontra, descer aos níveis municipais para entrar nos meandros da administração local e especificar quais os cargos que deverão ser providos independentemente de concurso. Esta é uma matéria de alçada exclusiva da autonomia municipal e da autonomia estadual, e, portanto, descabe à União qualquer competência para esse tipo de lei especificadora de quais os cargos que possam dispensar os concursos. Mas parece que se abre a possibilidade de que ela forneça em termos genéricos os critérios que deverão ser seguidos por essa legislação para a designação dos cargos de livre provimento” (ob. cit., pp. 195/196).

11. Também não parece dissentir dessa orientação o Professor ADILSON ABREU DALLARI, sustentando que compete à lei nacional o estabelecimento de critérios para a dispensa de concurso público para provimento inicial de cargo; competiria a cada pessoa jurídica de capacidade política (União, Estados e Municípios), através de lei (federal, estadual ou municipal, respectivamente), a dispensa de concurso público de provas e títulos para cargos específicos (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 1976, pp. 29/30).

12. Diversamente, perfilha o Professor C. A. BANDEIRA DE MELLO tese, segundo a qual a lei hábil para indicar, na forma do § 1.º, do art. 97, os cargos cujo provimento independe de concurso é a lei federal, de iniciativa privada do Presidente da República (CF, art. 97, § 1.º c/c 109, II) (*Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, 1984, pp. 45/46). Da mesma orientação parece compartilhar HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1984, p. 369).

13. A lei federal a que se refere o art. 109, inciso II, da Constituição, não foi promulgada. Subsistiu, pois, a questão a respeito da possibilidade de dispensa de concurso público através de ato legislativo da União, do Estado ou do Município. O próprio Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de fixar que o advento do art. 109 (Emenda Constitucional n.º 1/69) não constituía óbice a que outras entidades com poder de legislar, disciplinassem a aplicação do art. 97, *caput* (RE n.º 80.336, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 75/892).

14. Não prevaleceu, assim, a orientação segundo a qual somente lei nacional de iniciativa do Presidente da República poderia especificar os casos de dispensa do concurso (CF, art. 97, § 1.º c/c 109, II) (v. Rp n.º 1052, RTJ 101/924). Todavia, a Excelsa Corte reconheceu que a cláusula final constante do art. 97, § 1.º, tem âmbito material restrito, aplicando-se tão-somente aos cargos de *natureza especial*. Não se afigura suficiente, pois, a simples existência de lei, fazendo-se mister a concorrência de aspecto

substancial pertinente à própria natureza do cargo (Rp n.º 1052, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 101/924; Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 114/80; Rp n.º 1107, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/18; Rp n.º 1113, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/47).

#### V. *Cargos de natureza especial: caracterização problemática*

15. Dessarte, tem o Supremo Tribunal Federal pronunciado a inconstitucionalidade de leis que contemplam o provimento provisório ou em caráter temporário, o provimento inicial mediante concurso e as “efetivações” (Rp n.º 88, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *RTJ* 67/326; Rp n.º 1036, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 95/1000; Rp n.º 1025, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 101/924; Rp n.º 1113, Rel. Min. Aldir Passarinho, *RTJ* 113/996).

Da mesma forma, tem-se negado validade às normas que consagram o livre provimento de determinados cargos sob o fundamento de que a isenção do sistema concursivo somente se afigura legítima para cargos de *natureza especial* (Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 114/80; Rp n.º 1107, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/18; Rp n.º 1113, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/47; Rp n.º 1115, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ*, 4-10-85).

16. Não se há de negar que, salvo nos casos-limites, a identificação desses cargos de *natureza especial* pode-se mostrar extremamente difícil. Todavia, como já ressaltado, este parece ser o único entendimento hábil a preservar a *eficácia normativa* do preceito constitucional. De resto, como anotou, com habitual precisão, o eminente Ministro Francisco Rezek, ainda que “não me pareça conveniente, em princípio, tenha o Poder Judiciário uma prerrogativa tão larga quanto aquela que se lhe impõe, na especificação casuística dos casos salváveis à luz deste § 1.º, é certo que a questão não foi criada pela Justiça, mas pelo próprio constituinte, na redação da norma”, afigurando-se “a melhor solução aquela que preserva o espírito constitucional de valorização do mérito, do sistema de competição pública, e do acesso por esse critério aos cargos públicos” (Rp n.º 1113, *RTJ* 115/58).

#### VI. *O princípio do concurso público e as formas derivadas de provimento*

17. É verdade, outrossim, que a Excelsa Corte, ao apreciar a Rp n.º 904, que argüía a inconstitucionalidade de lei do Estado de Pernambuco, manifestou-se no sentido de que a exigência de concurso público, aplica-se tão-somente à primeira investidura em cargo público, podendo a sua dispensa do concurso operar-se mediante lei estadual (*RTJ* 86/46). Na oportunidade, asseverou o Ministro Soares Muñoz ser possível que a mesma lei criadora do cargo público dispusesse sobre a forma de provimento em consonância com a ressalva constante do art. 97, § 1.º (*RTJ* 86/59).

18. Cuidava-se, então, de preceito que autorizava a nomeação de servidor público, interino, ou contratado com mais de cinco anos de serviços para o cargo de Adjunto de Auditor Fiscal. Em verdade, há de se considerar que, pelo menos no que concerne à possibilidade de dispensa de concurso mediante a simples edição de ato legislativo, constitui o aludido precedente manifestação isolada na jurisprudência mais recente da Excelsa Corte (Cfr., nesse sentido, Rp n.º 1052, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 101/924; Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 114/80; Rp n.º 1107, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/18; Rp n.º 1113, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/47; Rp n.º 888, Rel. Min. Aliomar Balceiro, *RTJ* 67/326; Rp n.º 1036, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 95/1000; Rp n.º 1115, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ*, 4-10-85; Rp n.º 1133, Rel. Min. Aldir Passarinho, *RTJ* 113/996).

19. Não obstante, faz-se mister notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra decisões nas quais se reconhece a constitucionalidade de leis estaduais que contemplam a dispensa de concurso para determinados cargos, adotando formas derivadas de provimento (v.g. transferência, acesso, aproveitamento, promoção).

20. Assim, na Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves (*RTJ* 114/80), afirmou-se a constitucionalidade de preceitos de lei estadual na parte em que admitira o aproveitamento de funcionário em disponibilidade em cargo equivalente. Nesse sentido, asseverou o eminente Relator que

“A possibilidade de aproveitamento de funcionário em disponibilidade em cargo equivalente, respeitada a habilitação profissional exigida, não viola nenhum preceito constitucional federal, inclusive o disposto no § 1.º do art. 97 da Carta Magna, uma vez que não se trata de primeira investidura em cargo público.

O mesmo, porém, não ocorre quanto à nomeação de quem contar mais de 10 anos de serviço público, tendo a habilitação profissional exigida, pois nesse caso o dispositivo em exame, inequivocamente, não alude a acesso ou a transformação de cargo, mas à primeira investidura, tanto assim que se vale da expressão “nomeado”, e se contenta com período de mais de dez anos de serviço público, de qualquer natureza e prestado em qualquer época, bem como com a existência da habilitação profissional exigida. Nessa parte, o dispositivo ofende o § 1.º do artigo 97 da Constituição Federal, uma vez que o cargo de auditor não é daqueles que, por sua natureza — e nesse sentido é que esta Corte tem interpretado a ressalva contida na parte final desse dispositivo — deva dispensar o concurso, que, aliás, a própria legislação estadual em causa exige como regra geral.

Tenho, pois, por inconstitucionais, nesse § 5.º, as expressões: “... ou quando o nomeado contar mais de 10 anos de ser-

viço público, . . . , em qualquer caso, . . . ” (RTJ 114, out., 1985, pp. 85-86).

21. Recentemente, declarou o Supremo Tribunal Federal improcedência da representação de inconstitucionalidade de disposição contida em lei do Estado do Piauí (Lei Delegada n.º 166/82, art. 8.º), que dispunha sobre o provimento de oito cargos de Procurador Fiscal mediante a transferência de funcionários estaduais (Rp n.º 1163, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 25-4-86). Prevaleceu na Excelsa Corte o entendimento de que o dispositivo em apreço não era infringente da sistemática constitucional, uma vez que contemplava apenas servidores efetivos, presumivelmente, admitidos mediante concurso público, e para os quais a designação não representava a primeira investidura em cargo público.

22. Em verdade, cumpre ressaltar que o entendimento consagrado no voto do eminente Relator não logrou aprovação unânime da Excelsa Corte. Assim, o Ministro Aldir Passarinho manifestou pela inconstitucionalidade do art. 8.º, inciso III, do diploma estadual, que admitia dentre os eventuais beneficiários da transferência “os servidores do Estado, bacharéis em direito, com um mínimo de três anos de formados”. Considerou Sua Exce-lência que os termos amplos em que estava vazada a disposição poderia dar ensejo ao provimento dos cargos por servidores anteriormente admitidos, sem submissão a certame concursivo.

23. Os Ministros Néri da Silveira e Moreira Alves afirmaram, porém, a inconstitucionalidade total do preceito, considerando não ser possível, a teor do disposto no art. 97, e § 1.º, da Constituição, criar-se uma categoria de cargos isolados de provimento efetivo, exclusivamente, por via de transferência.

24. A resposta às objeções suscitadas pelos eminentes julgadores parece estar contida no voto proferido pelo Ministro Rafael Mayer, *in verbis*:

“O Supremo Tribunal, em julgamento de inconstitucionalidade de leis, tem entendido que, em determinadas circunstâncias, é necessário proceder-se à interpretação, para, depois, decidir sobre a inconstitucionalidade.

Diante desta lei, duas interpretações são possíveis. A primeira, a de que esse provimento seja circunstancial, porque, se assim não fosse, seria uma maneira disforme de criar uma carreira, cujos cargos teriam acesso aos de procurador. A segunda interpretação é a de que seria de caráter permanente, havendo, então, uma carreira instituída, cujas classes iniciais estariam preenchidas.

Se se der a interpretação de que o provimento é permanente, na vacância de um cargo de procurador, o preenchimento terá de ser feito por um dos ocupantes dos cargos abaixo enumerados, sendo, então, uma carreira; e, se é uma carreira, os cargos iniciais estarão preenchidos — seria uma pirâmide com a base mais ampla, havendo uma progressão ou um acesso desses funcionários à Procuradoria Fiscal do Estado.

Se se der a interpretação formulada pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, há carreira.

A interpretação que estou dando à lei é a de que esse preenchimento é circunstancial, e, na vacância futura desses cargos, o preenchimento será feito por concurso. Se não o for, haverá um acesso e não estaria ofendido o art. 97 da Constituição, onde se exige o aspecto subjetivo da investidura — ali se quer dar abertura para o ingresso no serviço público de quem tenha condições para isso: esse dispositivo da Constituição é um reflexo do princípio da isonomia, o acesso a todos.

Se o indivíduo está qualificado pelo concurso, está observada a Constituição. Acesso, transposição, transferência e todos os fenômenos do moderno Direito Administrativo funcional, que ocorrem no plano do serviço público, são legítimos e não estão no nível da Constituição, mas no campo do Direito Administrativo.” (Rp n.º 1163, DJ, 25-4-86.)

25. Dessarte, cobra relevo observar que, ao afirmar a improcedência da Representação, a Egrégia Corte fixou expressamente a interpretação que se deveria emprestar ao texto impugnado, declarando que a *transferência* somente alcançava os servidores efetivos, e, portanto, admitidos mediante concurso público. Restaria incólume, assim, o princípio constitucional que exige que a primeira investidura em cargo público se faça mediante concurso (CF, art. 97, § 1.º).

26. Valeu-se, portanto, a Excelsa Corte de sistemática, conhecida na doutrina constitucional alemã como “interpretação conforme o texto constitucional” (“*Verfassungskonforme Auslegung*”) (Cfr., a propósito, KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1982, pp. 29/30; KLAUS SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 1985, pp. 164/165; CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, München, 1982, pp. 10/13; v. também PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, trad. esp.,

Madrid, 1982, p. 574; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo Constitucional*, 1984, pp. 253/254).

27. Como se sabe, a “interpretação conforme o texto constitucional” decorre do princípio segundo o qual somente há de se declarar a nulidade de uma lei se não for possível a sua interpretação em conformidade com a Constituição (HESSE, ob. cit., p. 30). Cumpre notar, porém, que, diferentemente do sistema alemão, que considera a “Verfassungskonforme Auslegung” uma forma de declaração de inconstitucionalidade parcial ou uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto (“Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung”) (SCHLAICH, ob. cit., pp. 164/166), tal sistemática não tem, no ordenamento jurídico brasileiro, idêntica amplitude. Há de se admitir, todavia, que a “interpretação conforme o texto constitucional”, quando verificada em ação direta, parece implicar, no nosso sistema, autêntica conversão da *representação de inconstitucionalidade em representação interpretativa* (CF, art. 119, I, “1”, RISTF, arts. 179/187), sendo aplicável, pois, a regra do art. 187, do RISTF (“efeito vinculante de interpretação”).

28. Vê-se, pois, que, ao afirmar a constitucionalidade da disposição contida na aludida lei estadual, a Egrégia Suprema Corte fixou a interpretação que se lhe deveria emprestar para garantir a compatibilidade com o Texto Magno, deixando assente que a dispensa do regime concursivo, na hipótese, contemplava tão-somente os servidores admitidos mediante concurso público.

## VII. Conclusão

29. Como restou assente, a Constituição de 1967 traduz um significativo marco na concretização do princípio da acessibilidade dos cargos públicos aos nacionais. Mesmo a alteração introduzida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não se mostrou suficiente para atenuar a força normativa do preceito constitucional. E a interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal, que impõe âmbito material restrito à cláusula “salvo os casos indicados em lei” vem contribuindo, de forma decisiva, na implantação do *merit system* no Serviço Público Brasileiro.

30. A adoção do conceito de cargos de natureza especial se, por um lado, provoca dificuldades na aplicação da regra constitucional, assegura ao Supremo Tribunal Federal, por outro, mecanismo necessário à preservação da eficácia normativa (“normative Kraft”) do princípio consagrador da valorização do mérito, como critério fundamental de acesso aos cargos públicos.

# Programa de desenvolvimento para uma alta administração da justiça (\*)

EVANDRO GUEIROS LEITE

Presidente do Tribunal Federal de Recursos  
e do Conselho da Justiça Federal

## SUMÁRIO

1. *Uma proposta de reforma para a Justiça Federal* —
2. *Providências já adotadas* — 3. *Medidas sugeridas* —
4. *Programa de modernização da Justiça Federal* —
- 4.1. *Escolas de Magistratura* — 4.2. *Projeto especial: Programa de Desenvolvimento para uma Alta Administração da Justiça.*

### 1. *Uma proposta de reforma para a Justiça Federal*

O Conselho da Justiça Federal, órgão do Tribunal Federal de Recursos incumbido de presidir e administrar a Justiça Federal de primeiro grau (1), aprovou Projeto de Intercâmbio Internacional destinado a con-

---

(\*) Conferência proferida no I Simpósio sobre a Modernização da Justiça Federal, Belo Horizonte, 17 a 20 de março de 1988.

(1) RITFR, art. 45 — “O Conselho da Justiça Federal é o órgão do Tribunal incumbido de presidir a administração da Justiça Federal de primeira instância (art. 7º)” (*caput*).

ceber uma nova estrutura orgânica para aquela justiça, aproveitando a transição preconizada (2).

Cogitava-se de propiciar à atividade judicante de primeira instância mediante pesquisas, diagnoses e análises do material coligido, maior eficiência, presteza e segurança na outorga da tutela judicial, quando a reforma institucional, já sugerida pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (3), previa a criação de tribunais regionais e de varas federais localizadas em cidades do interior, medida de adequação das estruturas daquela justiça à nossa realidade de vida.

Essa realidade de vida revela-se na estatística dos processos em curso e nas projeções feitas para um futuro próximo, prevendo-se, a partir dos números atuais (223.368 processos distribuídos), um aumento de 48% correspondente a 107.000 feitos, para o período que vai de 1988 a 1989, isto é, de 330.000 processos, considerando-se apenas as varas já instaladas.

## 2. *Providências já adotadas*

O CJF, antecipando-se à reforma institucional, empenhou-se na solução dos problemas *atuais*, criando novas varas e interiorizando-as, algumas delas especializadas em questões agrárias e por isso mesmo localizadas em áreas mais conturbadas pelas disputas fundiárias. Também intensificou a realização de concursos para juizes, conseguindo preencher as cinquenta e nove vagas existentes, inclusive nos grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro, de onde promanam cerca de 70% dos processos que sobem ao Tribunal Federal de Recursos (4).

## 3. *Medidas sugeridas*

A par desses problemas instantes, o Conselho, valendo-se de uma comissão de ministros da Corte, encarregada do acompanhamento da transição institucional na área do Poder Judiciário, procurou contribuir para o aperfeiçoamento do sistema que nascia com as inovações anunciadas (5), dentre outras, a extinção do TFR e a criação do Tribunal Superior de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que, em número de cinco, filtrariam, pela sua competência originária e recursal, substancialmente par-

---

(2) PR/JF — nº 90/70.

(3) Projeto dos 50 Notáveis.

(4) Em anexo: Estatística atual; projeção para o futuro — 1ª instância; número de novas varas — e as leis; número de processos distribuídos ao TFR.

(5) Emendas da Comissão de Ministros do TFR.

cela dos feitos oriundos do primeiro grau e atualmente julgados pelo TFR e, futuramente, pelo STJ, com ponderável aumento competencial<sup>(6)</sup>.

A comissão de ministros do TFR teve a grande maioria das suas sugestões acolhida nas Comissões Temáticas e de Sistematização, sobressaindo, entre outras não menos importantes, a emenda supressiva da relevância da questão federal, que era da competência do Supremo Tribunal Federal. Assim fez para evitar que, além das decisões em matéria constitucional, as demais proferidas pelo novo STJ passassem a ser controladas pelo STF, transformando aquele num tribunal de *passagem*, assim com o imperdoável aumento de mais uma instância julgadora superior.

Essa inovação suprimiu do nosso sistema o símile norte-americano do *writ of certiorari*, espécie de remédio processual discricionário do *common law*, do qual se vale, com vantagem, a Suprema Corte dos Estados Unidos, desde o *Judiciary Act, de 1925*, para evitar o *back log* da sua pauta de julgamentos, por isso que mais de 80% dos casos ficavam encerrados no juízo de admissibilidade preliminar, espécie de triagem daqueles considerados suficientemente importantes ou significativos (*important or meritorious*) para justificar uma nova revisão.

Não fomos felizes, porém, na transferência, do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, da representação para interpretação de lei ou ato normativo federal (artigo 126, I, do projeto), com o que pretendíamos harmonizar o texto e evitar decisões contraditórias, porquanto ao STF compete a guarda da Constituição (art. 126) e ao STJ velar pela vigência e uniformização interpretativa da lei federal (art. 129, III).

Se assim permanecer, haverá a possibilidade de conflito insuperável entre as decisões das duas Cortes, pois uma mesma lei poderá ser objeto de interpretação, em tese, pelo STF, e de outra, eventualmente diversa, do STJ, ao examinar casos concretos. Ao contrário do que acontece atualmente, o STF não mais poderá legislar sobre matéria processual. Por isso o art. 187, do seu Regimento Interno, que dá força vinculativa a tais decisões, não mais terá aplicação<sup>(7)</sup>.

Não fomos felizes, tampouco, na sugestão que se tornou emenda aditiva e pertinente à substituição, em certos casos, da sentença clássica (norma individual) pelas sentenças normativas, jurisprudência vinculante, atos qua-

---

(6) Sugestão da Comissão de Ministros do TFR que resultou nas Emendas nºs 1.007, 1.504, 1.078, 1.079, 1.338 e 2.028/2.030, com posterior requerimento de fusão das proposições.

(7) Sugestão da Comissão de Ministros do TFR que resultou nas Emendas nºs 22, 395, 739, 1.008/1.009, 1.185, 1.845 e 1.874, com posterior requerimento de fusão das proposições.

se legislativos e atos plenamente legislativos<sup>(8)</sup>. Prevaleceu o liberalismo ortodoxo de KELSEN, que circunscreve ao tipo de sentença todas as decisões judiciais, isto é, aquelas que não estendem os seus efeitos aos casos iguais.

É sabido, hodiernamente, que os Poderes do Estado definem-se, sob o ponto de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha atribuído determinada organização constitucional. Daí por que decisões judiciais iterativas não deveriam ser recusadas pela Administração, que com isso obriga o Judiciário a repetir, ao infinito, os mesmos e batidos julgamentos. O traço vinculante dos precedentes, como ocorre nos Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, seriam os *stare decisis et non quieta movere*, inspirados na *boa razão*, a qual por sábia lei nos foi trazida de Portugal com esse nome, em 1769, e já previa a existência dos *Assentos* com força de lei da velha Casa de Suplicação de Lisboa.

Não fomos mais felizes na tentativa de solucionar o anacrônico sistema dos pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual e municipal, mediante precatórios e em virtude de sentenças judiciárias. Não se sensibilizaram os constituintes com a necessidade de revisão do art. 117 da CF<sup>(9)</sup> para retirar-se aos presidentes dos tribunais essa tarefa anômala de *agentes* do Tesouro. Propunha-se a supressão das dotações orçamentárias, dada a sua inconveniência, por vários motivos, a saber:

a) insuficiência das dotações, geradoras de atraso no pagamento dos precatórios;

b) atualizações monetárias sucessivas das quantias originárias ou dos saldos decorrentes dos atrasos de pagamento<sup>(10)</sup>;

c) reabertura das execuções já encerradas, com o retorno dos processos aos tribunais para novos cálculos, homologações e recursos, sendo que somente no TFR tais feitos atingem a mais de vinte mil;

---

(8) **Emenda do Senador JOSÉ IGNÁCIO.**

(9) CF, art. 117 — “Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extraordinários abertos para esse fim (*caput*).

§ 1º — (*omissis*).

§ 2º — As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Caberá ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades de depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

(10) STF — Súmula nº 561.

d) superposição de dotações orçamentárias, causando a impressão de que os tribunais participam da programação financeira do Tesouro Nacional em maiores percentuais, quando na verdade a disponibilidade dessas riquezas fluxas e inconstantes é retirada do Tesouro e transferida para o Banco do Brasil ou Caixa Econômica, onde não rendem juros nem sofrem correção monetária.

#### 4. Programa de modernização da Justiça Federal

Embora as estruturas do Poder Judiciário já estejam lançadas no projeto da nova Constituição, ao Conselho da Justiça Federal, como unidade de supervisão administrativa, integrante da estrutura do TFR e do futuro STJ <sup>(11)</sup>, caberá implementar o programa global a que se propôs, sem dispensar a experiência organizacional e operacional de outros países.

Por isso este Simpósio reveste-se de cunho internacional e visa ao estabelecimento de um programa global de modernização da Justiça Federal, primeiro passo que tem o suporte técnico e o apoio financeiro do PNUD — Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e do CENDEC — Centro de Treinamento para o Desenvolvimento Econômico, órgão integrante do IPEA — Instituto de Planejamento Econômico e Social, fundação vinculada à SEPLAN — Secretaria de Planejamento da Presidência da República.

O PNUD encontra-se representado pelo Dr. Peter Koenz, Representante Residente das Nações Unidas no Brasil. O CENDEC, pelo seu diretor Dr. João Vicente Abreu Neto.

Votado, no CIF, como *projeto* a ser implantado, teve ele a sua semente lançada em terra fértil pelo honorável ANTONIO BRANCACCIO, Presidente da Corte Suprema de Cassação da Itália, quando visitou o Brasil em meados de agosto de 1986.

Dele foi dito, com inteira justiça, que, no marco das atividades do Projeto BRA/87/025, tomaram-se em conta as recomendações de ANTONIO BRANCACCIO <sup>(12)</sup>, resultantes da sua experiência brasileira, quando aqui esteve em 1986.

O CENDEC é um órgão governamental moderno de treinamento e de reflexão. Atua em termos de conteúdo de programas, metodologias e enfoques, supletivamente aos cursos universitários. Dentro destas características, o CENDEC entra no mérito das questões. Não é um simples implementador de idéias alheias. Próximo à realidade, não convive, dentro do Governo, com a mera doutrinação ou com a chamada verdade *chapa-branca* <sup>(13)</sup>.

(11) Projeto de Constituição (A), art. 129, parágrafo único.

(12) Carta de 10-2-88. Ref. P/256, File BRA/87/025.

(13) Expressão que, por extensão, vem a ser, no caso, a *verdade oficial*.

Com espírito prático, concentra-se em projetos desenvolvidos de acordo com a técnica do aprender-fazendo.

O CENDEC afina, pois, com a atuação do PNUD, na área da estrutura básica do Projeto. Assim, deixando-se de lado os níveis constitucional e normativo-processual, cuidemos de uma visão comparativa de técnicas gerenciais e estruturas adequadas aos órgãos do Poder Judiciário, pela capacitação de recursos humanos, padrões de desempenho, aferição de eficácia da tutela jurisdicional, mudanças comportamentais, política go-governamental, programas de treinamento para juízes, assessores e técnicos, acordos de cooperação técnica com instituições e centros de Estados soberanos e nossas próprias unidades federativas, estratégias adotadas na modernização de sistemas judiciários, elaboração de relatórios técnicos, obtenção e organização de acervos bibliográficos e seleção de clientela-alvo para os programas de treinamento <sup>(14)</sup>.

ANTONIO BRANCACCIO abordou esse tema na conferência que proferiu no Tribunal Federal de Recursos <sup>(15)</sup> em 1986. Ele enfatizou a necessidade do ataque metodológico aos problemas da Magistratura, no dizer que o modo de enfrentar os problemas é mais importante do que a solução específica dos mesmos. As intervenções não devem acontecer apenas para corrigir problemas, mas para preveni-los. Embora não se esteja diante de um quadro completo de objetivos e de exigências, que possibilitem a intervenção corretiva, o certo é fazer-se um programa de objetivos. Essa estratégia não atuaria apenas no âmbito dos negócios, mas seria igualmente aplicável no campo de Justiça, pela *programação* como um contato mutável e afinado com as mudanças sobre as quais se deve operar: estabelecimento de objetivos, estudo de meios e visão orgânica.

A *programação* não seria apenas a procura da verdade livresca, embora seja ela parte do nosso patrimônio cultural. Mas sim a combinação do *ativismo*, no sentido da *previsão* já recomendada por CAPPELETTI <sup>(16)</sup> e das técnicas gerenciais, do que é modelo o *Federal Judicial Center*, em Washington, que tem por finalidade a introdução de técnicas gerenciais na gestão dos órgãos judiciários. Acresce dizer que um programa tem seu fundamento na cultura interdisciplinar, sociológica, econômica, psicológica, demográfica.

Daí por que, ainda segundo a visão de ANTONIO BRANCACCIO, para implantarem-se programas desse tipo, devem ser criados organismos

---

(14) A semelhança do que já ocorre na Argentina, cuja Secretaria de Justiça já apresentou trabalho preparatório, compreendendo Projeto de Reforma da Administração da Justiça e Sistema Argentino de Informática Jurídica.

(15) Conferência do Min. ANTONIO BRANCACCIO, da Suprema Corte de Cassação da Itália — Brasília, 21-8-1986 — Trad. do italiano pela Dra. LUISA ANDREONI CHAVES, Assessora da Comissão nomeada por decisão do CJF.

(16) CAPPELETTI, Florence. *Access to Justice Project*.

especializados, que os elaborem, desenvolvam e difundam, escolhendo e mantendo componentes de adequada cultura, enquanto que aos órgãos tradicionais caberia apenas dirigir e supervisionar tais programas, como departamentos autônomos dentro de suas próprias estruturas.

#### 4.1. *Escolas de Magistratura*

Os órgãos tradicionais seriam as Escolas de Magistratura e os Centros de Estudos Judiciários, que se esgotam na revisão das disciplinas comuns a uma Faculdade de Direito, mas nem sempre são verdadeiras instituições de *reflexão* sobre a Justiça ou de *aplicação* judiciária, na alusão de CARDOZO à função judicial como eminentemente criadora e não apenas mecânica (17).

A criação de Escolas e de Cursos desse tipo, já empreendida por alguns dos nossos Tribunais de Justiça (18), tem preenchido, como objetivos específicos, a preparação de candidatos aos concursos de juiz, a atualização e o aperfeiçoamento dos magistrados na carreira. Embora inspiradas pelo modelo francês, da Escola Nacional de Magistratura, criada em 1958, as nossas instituições parecem haver-se fixado, tão-só, na modalidade de *formação permanente* dos magistrados. A *formação permanente* é comparável aos seminários, congressos ou encontros, sob a forma de sessões nacionais e regionais organizadas a partir de temas previamente definidos. Essas reuniões, na sua maioria de bom nível, têm sofrido, na França, como aqui, críticas à forma de apresentação. A técnica clássica da aula expositiva, também chamada *magistral*, tem sido contestada porque alheia ao domínio de uma pedagogia equilibrada entre a teoria e a prática (19).

Seria injusto, porém, deixar de resgatar o avanço dos nossos simpósios jurídicos, oficiais ou avulsos, que indubitavelmente cooperam para a *formação permanente* dos juízes que os integram. Já temos orientação de há muito consolidada, no sentido de que a reflexão e o debate estejam presentes nessas reuniões, das quais resultam qualificados repertórios de indiscutível apoio pedagógico.

Esta será, fora de dúvida, a contribuição deste Simpósio Internacional sobre a Modernização da Justiça Federal ou de qualquer outra Justiça e que acredito se revista de um maior e definitivo alcance.

---

(17) EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE. Uma Escola Nacional de Magistratura: o modelo francês. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, nº 44, pp. 33 e 85.

(18) Escola de Magistratura do Estado do Paraná; Escola Superior da Magistratura Nacional, no Rio de Janeiro; Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará; Escola Judicial Edésio Fernandes, MG.

(19) EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE. *Ob. cit.*, pp. 41/42.

Além do que está previsto na CF vigente — art. 144, I — (20), na Lei Orgânica da Magistratura Nacional — arts. 26, § 2.º e 78, § 1.º — (21), e consta, também, de dezessete referências no Projeto de Constituição (A) (22), cabe-nos, à semelhança da Escola Nacional de Magistratura francesa (ENM), oferecer aos magistrados, uma vez na carreira, uma *formação especializada e complementar*, sob a forma de estágios ou seminários. Segundo EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE (23), a ação pedagógica adaptada às reais necessidades da época e aliada à excelência dos temas escolhidos tem permitido aos participantes dessa formação especializada confrontar e aperfeiçoar suas experiências profissionais, ao mesmo tempo que lhes tem garantido o benefício de uma grande abertura sobre todos os setores da vida administrativa, econômica e social.

A variedade e a atualidade dos temas já registrados naquela Escola confirmam a seriedade dos estudos. A Responsabilidade Médica, O Fenômeno da Delinqüência, A Validade da Autoridade Paterna, As Fraudes Fiscais, A Psiquiatria, O Direito de Concorrência. Os estudos gerais envolvem, entre as matérias, a informática judiciária e de gestão. Quanto aos idiomas estrangeiros, professores garantem cursos aos alunos interessados. E há uma seção internacional encarregada de organizar, através de diversas atividades pedagógicas e estágios, a formação e o aperfeiçoamento de estagiários estrangeiros. O objetivo da seção internacional não é propor um modelo de magistrado, mas provocar e desenvolver, pelo método comparativo, as capacidades de reflexão e decisão indispensáveis ao juiz, pois a diversidade de alunos é motivo de confrontos de idéias e culturas.

Dizia RENÉ DAVID (24):

“Não existe verdadeira cultura jurídica, no mundo atual, que se possa isolar no estudo de um único direito Nacional.”

---

(20) “Os Estados organizarão a sua justiça, observados os arts. 113 a 117 desta Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os dispositivos seguintes: I — o ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura; a indicação dos candidatos far-se-á, sempre que possível, em lista tríplice.”

(21) § 2º Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

§ 1º A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a magistratura.

(22) Projeto de Constituição (A), pp. 22, 24, 26, 29, 36, 41/44, 46/47, 49, 61/62, 90, 103, 146 e 148.

(23) EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *ob. cit.*, p. 42.

(24) RENÉ DAVID, *apud* Oliveira Leite, p. 44.

#### 4.2. *Projeto especial: Programa de Desenvolvimento para uma Alta Administração da Justiça*

Permito-me, porém, ir mais longe dentro do tema, pois a própria ENM já é antiga de 1958.

Penso no nosso afastamento paulatino da atuação tradicional, substituindo-a pela instituição de *Projetos Especiais*, conforme previsto na Área III das linhas de atuação do CENDEC <sup>(25)</sup>.

Cuido, especificamente, da adaptação da idéia básica do presente programa a um *Programa de Desenvolvimento para uma Alta Administração da Justiça*, à semelhança, *mutatis mutandis*, do que ocorre no âmbito empresarial. Tenho, como ponto de referência, o modelo do MBA Executivo (*Master Business and Administration*), já implementado no Brasil pelo Instituto Empresarial de Administração — IEAD e pelo Instituto de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração da UFRJ — COPPEAD <sup>(26)</sup>.

Concebido como programa de desenvolvimento gerencial, o MBA executivo é instrumento de formação básica, orientado para o executivo consciente da sua evolução profissional e do aprimoramento de sua habilidade gerencial, em meio de carreira e cuja experiência geralmente é voltada para uma única área de atividade.

A troca de experiências entre os participantes é fundamental na formação generalista. O método de ensino é baseado na análise dos casos e na tomada de decisões em grupo. Esse processo pedagógico aprimora a capacidade de inter-relacionamento, afina a habilidade de julgar, de persuadir e de articular idéias.

O sistema objetiva, para os seus participantes, dotá-los de uma gama de conceitos que possa ajudá-los na análise de problemas, levando-os à tomada de decisões; mostrar-lhes a complexidade das inter-relações nas diversas áreas funcionais; a integração dos diferentes objetivos dessas áreas, no interesse da instituição como um todo; familiarizá-los com as complexidades da posição de topo; ampliar o marco de referência do participante em relação ao ambiente no qual desenvolve as suas atividades, nos campos econômico, político, social e ecológico.

Destaco do conteúdo de tais cursos um dos seus principais tópicos: a análise de decisões, que se decompõe (a) na árvore da decisão; (b) na probabilidade de risco ou erro; (c) na determinação e uso de distribuições contínuas de probabilidades; (d) na simulação da análise de decisões comple-

---

(25) O que é o CENDEC — Área de Projetos.

(26) MBA executivo.

xas; (e) na alocação de recursos escassos; (f) nos modelos para planejamento; (g) na previsão.

Além disso, seguem-se, nas suas linhas mais complexas, os sistemas de informação, o comportamento organizacional e a gerência de recursos humanos. Salientam-se a satisfação e motivação individuais, a gerência dos conflitos e das crises, o desempenho social e a auditoria de pessoal.

O Juiz WLADIMIR PASSOS DE FREITAS (27) escreveu que o bom juiz não se deve limitar aos estudos do direito. Ele é a figura central na busca de soluções. Recomenda, ao falar de sua atividade administrativa, que deveria reger-se por planos e estudos específicos, sobre o que nada existe nas revistas especializadas. A sua participação é imprescindível no relacionamento humano com os seus auxiliares, os advogados e as partes. Para o juiz convergem todos os problemas.

Para ser líder precisa ser um bom executivo.

VICENTE BLASI (28) fala da Corte Suprema dos Estados Unidos como instrumento de mudanças sociais, protótipo de um tribunal *ativista*. De um presidente a outro aquela Corte passou por juizes que, entrando com presteza nos casos, resolveram as crises e beneficiaram o regime. Outros, abstratos e pragmáticos, em ajustamento *ad hoc* reformularam conflitos políticos por algum tempo e que posteriormente renasceram no centro de novas disputas.

Por tudo isto impõe-se uma mudança de metodologia.

Citado em tema histórico, WILSON disse que "the Constitution was not to meant to hold the Government back to the time of horses anda wagons" (29).

É bem certo que as inovações nem sempre são bem aceitas. Se são ruins, é válido o contra-estímulo. Mas se comprovadamente boas, que não se arreceiem os inovadores.

Em conversa com um alto executivo norte-americano, perguntei-lhe por que se mostrava contrário à adoção do seu país do sistema decimal.

Porque Cristo — disse-me ele com seriedade — não tinha dez e sim doze discípulos.

---

(27) Justiça Eficiente — *Rev. Ass. Mag. Paraná*, nº 45, p. 76.

(28) A Corte Suprema — Instrumento de Mudança — *Rev. Dir. Público*, nº 79, p. 5.

(29) SAUL PADOVER — *The Living U. S. Constitution*, NY, 1968, p. 58.

# A eletividade da magistratura no Brasil

ORLANDO SOARES

Do Instituto dos Advogados Brasileiros

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Evolução histórica.* 3. *Crítica à atuação do Poder Judiciário brasileiro.* 4. *Atuação da triade institucional.* 5. *A crise do Poder Judiciário brasileiro.* 6. *O Conselho Nacional da Magistratura.* 7. *Critérios sobre a eletividade da magistratura e as ideologias dominantes.* 8. *Conclusão.*

### 1. *Introdução*

O tema em questão foi objeto de três proposições distintas que ofereci ao Instituto dos Advogados Brasileiros, englobando a eletividade da magistratura na futura Constituição brasileira (Indicação n.º 25/86, em 26-3-86), de maneira ampla, assim como a modificação da estrutura e composição do Conselho Nacional da Magistratura (Indicação n.º 21/86, em 12-3-86), do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Federais de Recursos (Indicação n.º 17/86, em 5-3-86), de maneira que esses órgãos do Poder Judiciário fossem constituídos não só de magistrados de carreira como também daqueles eleitos periodicamente, adotando-se assim um sistema misto, com base nos argumentos adiante expostos.

### 2. *Evolução histórica*

Historicamente, como se sabe, a evolução da Justiça — o poder de julgar, *ius dicere* — se processou através de três principais fases, de maneira mais ou menos seqüencial, consideradas as proporções de tempo e espaço, nas diversas sociedades: a vingança privada, a vingança sacral e a vingança como monopólio do poder público, sendo que a Justiça Penal precedeu à Justiça Civil (GIORGIO DEL VECCHIO — *A Justiça*, pp. 94 e 95).

Naturalmente, essas sucessivas fases evolutivas não seguiram um curso rígido, cronologicamente definido, tanto que em Roma, por exemplo, quan-

do o Senado quis extirpar as Bacanais, decretando a pena de morte contra quantos nelas tomassem parte, o decreto teve fácil execução no que respeita aos cidadãos, mas, relativamente às mulheres — que não eram menos culpadas —, logo surgiu grave dificuldade: elas não podiam comparecer perante a Justiça pública, pois só a família tinha o direito de julgá-las, princípio esse que constituía, portanto, uma reminiscência da fase da vingança privada, na vida romana (FUSTEL DE COULANGES — *A Cidade Antiga*, Lisboa, 1953, Vol. I, p. 133).

Por outro lado, também em Roma, o monopólio do culto, reservado aos patrícios, fez com que os sacerdotes se transformassem numa classe, que se utilizava da religião e seus artifícios, como um dos meios de dominação política, através de fórmulas, que eram transmitidas de pais a filhos, em consequência do que se manipulava nas decisões das assembléias, quer no momento de elaboração das leis, quer das decisões judiciais, sempre que se apresentava a probabilidade de alguma decisão ou medida popular a ser aprovada, fazendo-se, por exemplo, com que aparecesse algum augure, que “descobria sinais desfavoráveis no céu, e a assembléia era imediatamente dissolvida” (ANÍBAL PONCE — *Educação e Luta de Classes*, SP, 1963, p. 82).

O fato é que os funcionários encarregados de administrar a Justiça pertenciam à classe dos patrícios, enquanto os juízes eram escolhidos dentre os senadores, o que possibilitava aos patrícios dominar moralmente toda a vida romana (LÉON BLOCH — *Lutas Sociais na Antiga Roma*, Coleção Saber, 1974, pp. 32 e segs.).

Na época de Sêrvio Túlio, por exemplo (meados do século III a. C.), quando se instituíram assembléias populares mistas — compostas de patrícios e plebeus —, deu-se um passo para a democratização em Roma; acontece que a cidade foi dividida em circunscrições territoriais, sendo a população classificada em classes por centúrias, a fim de deliberar sobre assuntos de interesse comum, reunida no Campo de Marte, porém eram mais numerosas as centúrias dos patrícios abastados, que, somadas às de 18 dos cavaleiros, constituíam sempre a maioria (SÍLVIO A. B. MEIRA — *História e Fontes do Direito Romano*, Ed. Saraiva, 1966, pp. 37 e 38).

Com o advento da República, o Senado passou por algumas transformações, tendo os patrícios admitido senadores plebeus (*conscripti*) ao lado dos senadores patrícios (*patres*), sendo que estes menosprezavam aqueles, ridicularizando-os.

Na Judéia, a situação elitista dos magistrados era análoga; em Jerusalém, por exemplo, o Sinédrio — tribunal formado por sacerdotes, anciãos e escribas — condenou Jesus, num julgamento considerado uma farsa, além de ilegal (EVARISTO DE MORAIS — *Problemas de Direito Penal e de Psicologia Criminal*, 1920).

A propósito, sobre esse célebre julgamento, RUI BARBOSA escreveu páginas memoráveis, de oportuna lembrança:

“De Annás a Herodes o julgamento de Cristo é o espelho de todas as deserções da justiça, corrompida pelas facções, pelos demagogos e pelos governos. A sua fraqueza, a sua inconsciência, a sua perversão moral crucificaram o Salvador, e continuam a crucificá-lo, ainda hoje, nos impérios e nas repúblicas, de cada vez que um tribunal sofisma, tergiversa, recua, abdica. Foi como agitador do povo e subversor das instituições que se imolou Jesus. E, de cada vez que há precisão de sacrificar um amigo do direito, um advogado da verdade, um protetor dos indefesos, um apóstolo de idéias generosas, um confessor da lei, um educador do povo, é esse, a *ordem pública*, o pretexto, que renasce, para esculpar as transações dos juízes tíbios com os interesses do poder. Todos esses acreditam, como Pôncio, salvar-se, lavando as mãos do sangue, que vão derramar, do atentado que vão cometer. Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de Estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde.” (*Apud* ROBERTO LYRA — *A Obra de Rui Barbosa em Criminologia e Direito Criminal*, 1952, p. 124.)

Em suma, como herdeiros da cultura greco-romano-judaica, mantemos, embora um tanto dissimuladamente, arraigadas tradições de “sacralização” da Justiça, o que torna difícil o esforço de democratização e aprimoramento do Poder Judiciário em nosso País, como de resto ocorre nos demais países latino-americanos, em que as instituições judiciárias são marcadamente elitistas, como lembramos em modestos trabalhos publicados (*Justiça e Criminalidade*, 1974, pp. 59 e segs.; *Prevenção e Repressão da Criminalidade*, 1983, pp. 152 e segs.).

### 3. *Crítica à atuação do Poder Judiciário brasileiro*

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

Com efeito, no seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça (art. 68 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil — Lei n.º 4.215, de 27-4-1963).

Tentei, no âmbito do Instituto dos Advogados Brasileiros, desenvolver um esforço modesto, no sentido de aproximação entre os membros dessa tríade, com o oferecimento da Indicação n.º 6/83, com o objetivo de criação do Conselho Judiciário ou Conselho Forense, proposição essa que não teve seqüência favorável.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, parece que não existem tantas dificuldades a respeito da comunicação e do entrosamento, entre essas três categorias de profissionais do direito, até porque o órgão classista, que os congrega — American Bar Association —, reúne promotores, juizes e advogados, que se mantêm assim irmanados, ao longo dos anos, embora a magistratura disponha de um *lobby* (grupo de pressão), para reivindicações específicas, quanto à melhoria de vencimentos e outras vantagens pertinentes (BOB WOODWARD e SCOTT ARMSTRONG — *Por Detrás da Suprema Corte*, Ed. Saraiva, 1985, pp. 16 e 19).

Quanto ao Brasil, no entanto, por tradicionalismo, elitismo, autoritarismo estatal crônico, preconceito ou o que quer que seja, deixam muito a desejar — salvo raríssimas exceções — a natureza e a cordialidade, no relacionamento entre os membros da predita tríade, verificando-se uma acentuada tendência para aquilo que o ínclito HELENO FRAGOSO considerou como “sacralização da Justiça”, ou seja, dos membros do Poder Judiciário, em seu desempenho profissional, como se os mesmos fossem infalíveis, atributo esse do qual o próprio Papado abriu mão, contemporaneamente.

Haja vista, por exemplo, que uma simples crítica, sem qualquer sentido pessoal, formulada em 1982, pelo advogado, que na época exercia as funções de presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Goiás, Dr. Wanderley de Medeiros, crítica essa acerca do desempenho do Poder Judiciário brasileiro, em caráter genérico, isso provocou imediata reação por parte da presidência do Supremo Tribunal Federal, resultando daí fosse aquele representante classista denunciado como incurso na Lei de Segurança Nacional, convertendo-se o episódio naquilo que se pode chamar de tempestade num copo d’água!

Naquela oportunidade, lembrou o saudoso HELENO FRAGOSO que, nos EUA, a Corte Suprema e seus juizes têm sido alvo de pesadas ofensas, sem que ocorram reações como a acima narrada. Enfatizou, ainda, que a Justiça pode e deve ser criticada: “Estamos mal habituados a uma autêntica sacralização da Justiça, pela qual os advogados talvez sejam os maiores responsáveis. Isso não tem sentido num sistema democrático e republicano, no qual a Justiça não se faz pelo rei ou em seu nome, mas, sim, em nome do povo” (*Rev. da OAB*, Conselho Federal, Vol. XV, 1982, p. 105).

Com efeito, nos Estados Unidos existem até excessos, por parte de diversos setores da opinião pública e dos meios de comunicação social em geral, acerca dos atos e das decisões da Suprema Corte e de outros órgãos judiciários. Quando, por exemplo, em 1972, a Suprema Corte proferiu

a sua célebre decisão, liberando o aborto, houve uma onda de protestos em todo o país, sendo os juizes daquela Corte “comparados aos carneiros de Dachau, chamados de matadores de crianças e bestas imorais”. Em 1973, depois de importantes decisões da mesma Corte, sobre obscenidade e pornografia, um jornal humorístico publicou uma caricatura, a cores, de todos os juizes do Tribunal, de forma obscena, em que eles aparecem desnudos — a começar com o *chief Justice* —, “praticando com homens e mulheres aberrações sexuais. Apesar da grave ofensa à dignidade dos juizes, ninguém se lembrou de processar os jornalistas” (Rev. e vol. cit., p. 106).

Aliás, durante o Império brasileiro, D. Pedro II foi alvo de numerosas caricaturas irreverentes, uma delas apresentando o seu busto com o formato de uma banana, despontando da casca, e assim por diante, em publicações da época, sem que isso provocasse pruridos de sensibilidade, apesar de a Constituição Política do Império declarar que a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada (art. 99).

Contemporaneamente, nos Estados Unidos da América, são comuns as críticas aos membros do Poder Judiciário; volta e meia surgem notícias de que juizes, inclusive da Suprema Corte, receberam dinheiro espúrio, quando advogavam, ou que continuam dirigindo empresas comerciais, cumulativamente com o exercício da judicatura, ensejando pressões para a aplicação do *impeachment* em relação aos mesmos, nos casos mais escandalosos, ou a renúncia do juiz, como no episódio que envolveu Abe Fortas, da Suprema Corte, durante o governo Richard Nixon (BOB WOODWARD e SCOTT ARMSTRONG — ob. cit., pp. 24 e segs.).

Na década de 20, deste século, por ocasião do célebre julgamento dos operários Sacco e Vanzetti, o juiz que presidiu o Tribunal que os condenou, o magistrado Thayer, foi alvo das mais violentas críticas e execração pública, apontado por suspeição, pelo seu facciosismo político (FRANCIS RUSSELL — *A Tragédia de Sacco e Vanzetti*, Civ. Brasileira, 1966).

Ora, não é de estranhar que, no Brasil, diante da avassaladora onda de corrupção e arbítrio, em que mergulhou o País, pós-1964 — principalmente em decorrência da concepção do “culto do dinheiro” —, isso também afetasse determinados membros do Poder Judiciário. O fato é que surgiram denúncias em vários pontos do território nacional, inclusive na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, no âmbito da Vara de Execuções Criminais, onde se apontou, dentre outras irregularidades, a habitual extorsão de dinheiro, para a concessão do benefício da chamada “prisão albergue”, instituto esse regulado depois pela Lei n.º 441, de 26-6-1981. Parte desse episódio foi amplamente divulgada pelos jornais da época (*Última Hora*, 15-10-1981).

Entretanto, os fatos não foram esclarecidos publicamente, do ponto de vista oficial, devido ao privilégio elitista, consagrado na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, segundo o qual as investigações, diligências, o

processo e julgamento dos magistrados, em tais casos, ocorrem em sessão secreta (art. 52, § 6.º), em homenagem à “dignidade do magistrado” (art. 54, *idem*), como se ainda estivéssemos antes da Revolução Francesa, que proclamou a igualdade de direitos entre os homens, cumprindo notar que não existe privilégio análogo, em relação aos casos de apuração de responsabilidade e julgamento dos membros do Poder Legislativo e do titular do Poder Executivo da República.

A propósito, FRANCISCO JOSÉ PIO BORGES DE CASTRO faz contundente crítica à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que confere aos magistrados uma garantia de impunidade pelos atos jurisdicionais praticados com culpa grave, posto que somente responderão por perdas e danos, quando procederem com dolo ou fraude, segundo o disposto no art. 49, I, da citada Lei. E conclui: “Os magistrados que erram gravemente devem ser expulsos e até presos, como na Itália ocorre com os magistrados que se envolvem, voluntária ou involuntariamente, com a Máfia, sendo absurda a exigência brasileira da prova do dolo para que haja uma punição efetiva” (*Tribuna do Advogado*, OAB-RJ, maio de 1986, p. 4).

Rigorosamente, a crítica à atuação do Poder Judiciário envolve aspectos mais abrangentes, posto que, na realidade, o desempenho dos órgãos jurisdicionais se encontra em estreita relação com o papel dos demais componentes da chamada tríade institucional, ou seja, membros do Ministério Público, da magistratura e advogados. Em outras palavras, as virtudes e os eventuais defeitos dos mesmos entre si se compensam, segundo o princípio dos vasos comunicantes, como já foi lembrado, o que veremos adiante.

Quer dizer, de maneira geral, a magistratura de carreira assim como parte dos membros dos Tribunais brasileiros — inclusive do Supremo Tribunal Federal — são recrutados dentre os advogados e membros do Ministério Público, que levam assim consigo, pela vida inteira, antigos vícios profissionais, dos quais não se conseguem libertar.

#### 4. *Atuação da tríade institucional*

Como se sabe, tanto o processo penal quanto o processo civil são considerados um *actum trium personarum*, ou seja, um desempenho em que atuam três sujeitos ou pessoas distintos: as partes ou sujeitos parciais (autor e réu) e um sujeito reputado imparcial, isto é, o juiz.

No processo penal, o Estado-Administração atua através do órgão do Ministério Público (salvo na hipótese de substituição processual), enquanto o réu é representado pelo advogado de defesa.

Em qualquer caso, porém, a atuação desses sujeitos está de tal forma entrelaçada, que é impossível admitir a atividade de um desses personagens sem a presença do outro, que assim se completam, institucionalmente, na prestação jurisdicional, fiscalizando-se mútua e construtivamente, por meio

de formas e expedientes típicos dessa chamada tríade institucional, que caracteriza o processo contraditório, em oposição ao processo inquisitório, em que essas três funções se concentram num único órgão.

Naturalmente, essa mútua fiscalização deve processar-se em termos elevados, de maneira cordial, com lealdade, pois é fundamental a harmonia entre essas instituições, observadas as cautelas e formalidades legais pertinentes (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil — Lei n.º 4.215, de 27-4-1963, art. 121, §§ 1.º e 2.º; Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Lei Complementar n.º 35, de 14-3-1979, arts. 50 e 104; Lei Complementar n.º 40, de 14-12-1981, art. 16).

Certo que a estrutura e as atribuições do Ministério Público no Brasil seguiram o modelo francês, “que nos chegou através de Portugal. Daí, a aproximação do *Parquet* com a Magistratura (é a “Magistratura de pé”, a “*Magistrature debout*”) enquanto o modelo americano é mais executivo” (SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA — “Princípios Institucionais do Ministério Público”, in *Rev. do IAB*, 1973, p. 15).

Mas, como se sabe, avoluma-se, no seio do Ministério Público brasileiro, a tendência no sentido de conquista de autonomia administrativa e financeira da instituição, para libertá-la da influência asfixiante do Poder Executivo (*Jornal do Comércio*, 12-9-1985).

Especificamente, do ponto de vista do entrelaçamento das atividades profissionais dos advogados e magistrados, ninguém melhor do que o inolvidável CALAMANDREI se exprimiu a esse respeito, na obra, cujo título por si só se explica: *Elogio dos Juizes Escrito por um Advogado*, onde se lêem os primorosos conceitos que seguem:

“Se a embriologia pudesse estender as suas investigações ao campo psicológico, descobriria que a alma do juiz é composta de dois embriões de advogado, colocados um contra o outro, como os gêmeos da Bíblia, condenados a combaterem-se desde o seio materno. A imparcialidade, virtude suprema do juiz, é a resultante psicológica de duas parcialidades que se combatem. Não devem os defensores melindrar-se se o juiz — ainda o mais consciencioso — não parece escutar com grande atenção os seus discursos em audiência. Está assim porque, antes de pronunciar a sua sentença, deve durante longo tempo escutar a discussão tremenda de dois contraditores, que se agitam no fundo de sua consciência” (*Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados*, Lisboa, 1960, pp. 52 e 53).

RUI BARBOSA, o maior advogado brasileiro, assim se manifestou, judiciosamente:

“Na missão do advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: a justiça. Com o advogado,

justiça militante. Justiça imperante, no magistrado" (*Oração aos Moços*, 1956, p. 78).

CALAMANDREI preleciona de maneira incisiva:

"O juiz que falta ao respeito devido ao advogado ignora que beca e toga obedecem à lei dos líquidos em vasos comunicantes: não se pode baixar o nível de um, sem baixar igualmente o nível do outro" (Ob. cit., p. 54).

Seja como for, RUI "falou da gloriosa obscuridade das leis na Inglaterra. E, por isso, os advogados londrinos, na sua festa anual, brindam à lacuna das leis e à... ingenuidade dos juizes. Delas vivem eles" (*Apud* ROBERTO LYRA — *Formei-me em Direito... E Agora?*, Rio, 1957, p. 104).

De qualquer forma, as Comissões de Ética e Disciplina, das diferentes Seccionais da OAB, em todo o Brasil, estão assoberbadas com os numerosos processos disciplinares, que têm que julgar, acerca das infrações cometidas pelos seus filiados, principalmente no tocante ao recebimento indevido de verba honorária, locupletação, falta de prestação de contas, retenção ou desaparecimento de autos etc. Nesse sentido, a *Tribuna do Advogado*, da OAB-RJ, promove uma divulgação salutar e preventiva, sobre os casos que a Secional do RJ aprecia e julga, como advertência construtiva, em relação à classe em geral, sendo que muitos desses processos tiveram origem por iniciativa de magistrados.

Por sua vez, também os membros da magistratura não escapam à fiscalização exercida pelos advogados. Assim, por exemplo, na esteira dos acontecimentos, o Supremo Tribunal Federal condenou a dois anos de reclusão o Desembargador Colombo de Souza, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por haver utilizado verba da presidência do Tribunal, na aquisição, em seu nome, de imóveis em Brasília, sendo o julgamento realizado em sessão secreta (*O Dia*, 13-4-1978).

Entrementes, noutro processo criminal, foram denunciados perante o Supremo Tribunal Federal os Desembargadores José Júlio Leal Fagundes e José Fernandes de Andrade, por prevaricação, fato esse que não os impediu de tomar posse na presidência e vice-presidência, respectivamente, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por serem os mais antigos no cargo (*Jornal do Brasil*, 20-4-1978).

Poucos anos depois, o advogado paulista, Walter Amaral, ingressou com uma ação popular (antes, já havia tentado, sem êxito, esse mesmo propósito), para anular a nomeação do jurista Alfredo Buzaid, para ocupar o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que a referida nomeação "não preencheu o requisito constitucional de reputação ilibada, exigido para tal indicação", posto que "Alfredo Buzaid, antes de ser nomeado para o STF, havia se comprometido com o processo do sequestro dos bens das Empresas Lutfalla" (*Tribuna do Advogado*, OAB-RJ, n.º 178, 1982).

Como se vê, o “entrelaçamento” existente, com relação ao exercício da advocacia e da magistratura, não exclui agruras e espinhos, ao longo do caminho.

A propósito, a *Tribuna do Advogado* (OAB-RJ, n.º 204, maio/1986) publica duas interessantes matérias, relacionadas à atuação profissional dos advogados e magistrados, matérias essas cujo conteúdo muito contribui para o cotejo, acerca do desempenho funcional de ambos os profissionais do direito, em suas virtudes e fraquezas, julgadas pela opinião pública.

A primeira dessas matérias corresponde a um bem lançado artigo, de autoria de LOURDES MARIA CELSO VALLE, onde, dentre outros aspectos, exalta a necessidade de campanha de esclarecimento ao público, acerca do mecanismo da Justiça, com ênfase especial “na figura do advogado, para que os seus críticos bem intencionados, porém mal informados, passem a julgá-lo à luz das reais dimensões do seu caráter”.

O outro assunto, enfocado em tom veemente por FRANCISCO JOSÉ PIO BORGES DE CASTRO, corresponde a uma contundente crítica à atuação da magistratura brasileira, de maneira geral, em que esse advogado sustenta que o “medo dos clientes quanto à capacidade e honestidade dos magistrados aumentou assustadoramente”. E conclui: “O juiz está perdendo gradativamente a imagem de protetor dos injustiçados e causando temor aos seus jurisdicionados.”

Na verdade, o que existe é uma crise generalizada, uma desconfiança e um descrédito recíproco, de todos contra todos, como espécie e aspecto da herança macabra, legada pelo regime militar, implantado no País, pós-1964, que, de resto, se assemelha a situações análogas, nos demais países capitalistas, principalmente subdesenvolvidos, sujeitos às mesmas contingências, em consequência da aplicação da famigerada doutrina da segurança nacional, para satisfazer aos interesses hegemônicos dos Estados Unidos da América, através da adoção de um modelo político-econômico desumano, elitista, injusto e cruel (*Brasil: Nunca Mais*, Ed. Vozes, pp. 60 e segs., 7.ª ed., 1985).

De resto, há muito que vêm sendo feitas avaliações, no âmbito da Organização das Nações Unidas, acerca da inadequação, por exemplo, da Justiça Penal, nos países capitalistas, como lembramos em modesto trabalho (*Prevenção e Repressão da Criminalidade*, Liv. Freitas Bastos, 1983, pp. 165 e segs.).

Em suma, a atuação da tríade institucional — membros do Ministério Público, magistrados e advogados — se insere num contexto mais abrangente, que envolve a crise generalizada, em que se encontra mergulhado o Poder Judiciário brasileiro, como veremos adiante.

##### 5. *A crise do Poder Judiciário brasileiro*

Generalizou-se a idéia, segundo a qual o Poder Judiciário brasileiro se encontra mergulhado em profunda crise, em todas as suas instâncias, quer no âmbito estadual, quer federal.

Segundo alguns críticos, a crise decorre, principalmente, da falta de autonomia, da deficiência financeira e de recursos materiais, que tolhem o bom desempenho do nosso Poder Judiciário.

Na opinião de FRANCISCO JOSÉ BORGES DE CASTRO, “o real problema que aflige o Judiciário não é uma crise financeira ou uma deficiência de recursos materiais, que dificultam o exercício da Judicatura. O verdadeiro problema é a crise de desconfiança, o descrédito do povo nos seus magistrados, o que independe de recursos materiais, da mesma forma que se encontra dignidade, respeito e admiração em casa de pobre ou em fórum pobre” (*Tribuna do Advogado*, OAB-RJ, maio, 1986, p. 4).

Nesse sentido, o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, EVANDRO LINS E SILVA, afastado compulsoriamente do exercício de suas funções, devido ao arbítrio do regime militar, assim se expressou, recentemente: “A Constituinte não pode esquecer, de forma nenhuma, de uma reforma do Poder Judiciário. Uma reforma que permita à Justiça chegar ao povo, pois, hoje, as pessoas têm medo de ir até ela” (loc. cit.).

Na verdade, uma série de fatores contribuiu para a crise judiciária brasileira, a saber: o autoritarismo estatal crônico, o elitismo, o difícil acesso à magistratura (pelo excessivo custo de aquisição do saber, tráfico de influência, preferência aos apaniguados etc.), a questão das sempre crescentes taxas judiciárias e custas processuais, sem falar na extorsão de propinas, exigidas pelos serventuários forenses (em parte devido aos seus baixos vencimentos, mas também em decorrência da corrupção reinante, sob o influxo do “culto do dinheiro”), a saturação profissional, devido ao grande número de bacharéis, que se diploma semestralmente, representando mão-de-obra abundante, a baixo custo, muitas vezes ineficiente, inapta, acarretando com isso o congestionamento forense e o agravamento da burocracia cartorial, e assim por diante.

Nesse contexto, a burocracia cartorial assume aspectos marcantes, sendo mesmo cunhada uma expressão típica, entre os especialistas em Ciência Política — “Estado-cartorial” —, como lembra o magistrado Luiz Antônio Severo da Costa, ao referir-se à obra do brasilianista norte-americano, RONALD M. SCHNEIDER, em cujo livro *The Political System of Brazil*, sustenta que dita expressão equivale ao tipo de Estado “em que o emprego público é usado para proporcionar posições correspondentes aos interesses políticos da elite, mais do que para atender às reais necessidades do serviço público” (*Jornal do Brasil*, 20-11-1977).

Quer dizer, muitas vezes ocorre até excesso de funcionários públicos, agravando os problemas burocráticos e encarecendo os custos da administração pública.

O fato é que se acumulam as causas, nas diversas esferas forenses, eternizando-se o seu julgamento.

A lei que instituiu o Juizado de Pequenas Causas (Lei n.º 7.244, de 7-11-1984) frustrou, por sua vez, as expectativas de democratização e barateamento da prestação jurisdicional no Brasil.

Especificamente, no tocante ao desempenho do Supremo Tribunal Federal, a partir de 1926, passou-se a falar, insistentemente, no excessivo volume de recursos, encaminhados àquele órgão do Poder Judiciário, apontando-se, a partir daí, as mais diferentes soluções para o caso.

Apesar da reforma constitucional de 1925-1926, não se logrou êxito a respeito do assunto.

A Constituição de 1946 apontou uma saída parcial para a questão, criando o Tribunal Federal de Recursos (arts. 103 a 105), podendo a lei criar, em diferentes regiões do País, outros Tribunais Federais de Recursos, o que não ocorreu. Como acentua THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, o Tribunal Federal de Recursos passou a representar “uma instância de recurso ordinário para substituir o Supremo Tribunal Federal em uma das suas funções mais importantes: naquela em que se lhe atribuía o julgamento em segunda instância das causas em que era interessada a União”.

Na realidade, a criação do Tribunal Federal de Recursos envolveu a questão da conveniência de atribuir-se a competência *ratione materiae* nas causas administrativas, fiscais etc., a um tribunal determinado, à semelhança duma Justiça administrativa, dentro da organização judiciária comum, em lugar da especialização para conhecer dessas questões — *ratione materiae* ou *ratione personae* —, por parte de Câmara dos tribunais existentes em alguns países, como ocorre na Inglaterra, segundo observou aquele ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (*A Constituição Federal Comentada*, Vol. II, 1959, p. 337).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1967 introduziu o dispositivo segundo o qual a Lei Complementar poderia criar mais dois Tribunais Federais de Recursos, um no Estado de Pernambuco e outro no Estado de São Paulo (art. 116, § 1.º), o que não se concretizou, sendo tal dispositivo suprimido pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, na realidade, uma Constituição outorgada pela Junta Militar, que então governava o País.

O fato é que a chamada crise, devido ao excessivo número de recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, não foi solucionada, perdurando até os nossos dias.

A par disso, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em suas sucessivas alterações, passou a restringir as hipóteses em que cabem os recursos ordinários e extraordinários, dirigidos àquela Corte de Justiça, eximindo-se assim da tarefa de julgá-los — mediante a simples invocação das denominadas Súmulas, entre outras as de n.ºs 208, 210, 272, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 289, 291, 399, 400, 454 —, o que foi interpretado nos meios jurídicos em geral como uma forma de denegação de Justiça.

Note-se, porém, que, nos Estados Unidos da América, a cada ano judiciário (período compreendido entre o mês de outubro a começo de julho seguinte), a Suprema Corte examina pouco menos de 200 dos cinco mil casos, que lhe são encaminhados. Quer dizer, a Corte tem ampla discricionariedade (em virtude do instituto denominado *certiorari*) para julgar ou não uma causa (BOB WOODWARD e SCOTT ARMSTRONG — ob. cit., p. 2).

Em outras palavras, a Suprema Corte estadunidense também se exime do julgamento de determinadas causas, segundo critérios por ela própria estabelecidos, nem sempre suficientemente claros, tampouco sendo divulgados os motivos e as circunstâncias que levam a Corte a assim proceder.

Ora, como se sabe, os nossos constituintes de 1891 — especialmente Rui Barbosa — se inspiraram na Suprema Corte norte-americana como paradigma para o nosso Supremo Tribunal Federal, que se tornou assim um símbolo institucional, tradicionalmente considerado como o último baluarte da Justiça, “guardião da Constituição”, a que poderiam recorrer os injustiçados e perseguidos, na visão de um mito popular, com raízes profundas e arraigadas.

Mas, com o correr do tempo, sobretudo a partir de 1964, com a adoção e institucionalização do sistema sumular, o Supremo Tribunal Federal, de certo modo, mostrou-se fiel às suas origens, ou seja, à sua fonte de inspiração — a Suprema Corte norte-americana —, no tocante à eleição de um critério seletivo, para efeito de entender cabível ou não o julgamento duma causa, em face do elevado número de pleitos, que lhe são dirigidos.

Daí entenderem alguns que a questão pode ser solucionada, através do simples aumento numérico de membros do Supremo Tribunal Federal (Rev. do Inst. dos Advogados Brasileiros, n.ºs 58 e 59, 1982, pp. 41 e segs., 145 e segs.).

Não está provado, entretanto, que os tribunais, compostos de numerosos membros, com uma vasta gama de competências funcionais, sejam sinônimos de eficiência e celeridade, na prestação jurisdicional, até porque já se afirmou, com certa dose de ironia, que, se a rapidez fosse a principal característica da Justiça, ela adotaria um raio, como símbolo!

Seja como for, advertiu RUI:

“Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as praguiças do mato.”

E pondera:

“( . . . ) justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão

comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente” (*Oração aos Moços*, pp. 63 e 64).

Numa visão panorâmica, do ponto de vista do direito comparado, HAROLDO VALLADÃO aponta a especialização judiciária, dos tribunais superiores, até os finais, de Cassação ou Supremos, com a opção de criação de Cortes Constitucionais (competentes para decidir *matéria constitucional internacional*), Cortes com especialização judiciária (Civil, Criminal, Administrativa e Trabalhista).

Conclui, porém, enfática e contundentemente:

“Continua a Justiça brasileira profundamente emperrada, burocratizada, centralizada, encastelada, longe do povo e dos litigantes, quer nas instâncias superiores e inferiores, federais e estaduais, e, sobretudo, nos cartórios — baronias seculares, indestrutíveis —, *quer no processo*, nos métodos de trabalho, com um sistema único (que o novo Código de Processo Civil não pôde alterar eficazmente), complicado, lento, ainda com fórmulas e vocabulários medievais, ignorando os progressos modernos, em especial os tecnológicos” (“*A Reforma do Poder Judiciário*”, in *Rev. da OAB, Conselho Federal*, n.º 15, 1975, pp. 9 e segs.).

Existem, porém, outros aspectos relacionados à crise do Poder Judiciário brasileiro, especialmente no que concerne à estrutura e ao papel desempenhado pelo Conselho Nacional da Magistratura, como veremos adiante.

## 6. O Conselho Nacional da Magistratura

A criação do Conselho Nacional da Magistratura, como se sabe, decorreu da Emenda Constitucional n.º 7, de 13-4-1977, que deu a atual redação ao art. 120, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal de 1969, ensejando o advento da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35, de 14-3-1979), representando, portanto, uma experiência recente no Brasil.

A atribuição específica do Conselho Nacional da Magistratura consiste em conhecer de reclamações contra membros de tribunais, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (art. 50 da citada Lei Complementar n.º 35).

Numa vigorosa e construtiva polêmica, que vem travando nas páginas da *Tribuna do Advogado* (publicação da OAB-RJ), FRANCISCO JOSÉ PIO BORGES DE CASTRO lembra que o órgão equivalente ao nosso Con-

selho Nacional da Magistratura foi criado na Itália pela Constituição de 1945 (art. 104), sendo dito órgão ali presidido pelo presidente da República, enquanto os respectivos membros são eleitos por 2/3 dos magistrados e por 1/3 do Parlamento, para um período de quatro anos, sem direito a reeleição. Dentre os eleitos pelo Parlamento se encontram professores, juristas e advogados, com mais de 15 anos de profissão.

Nessa linha de raciocínio, sustenta FRANCISCO JOSÉ: "Um Conselho Superior da Magistratura, nos moldes italianos, não fica tão vulnerável ao "espírito de corpo" que se observa nos Conselhos que funcionam no sistema brasileiro. Por isso, desde 1947, os italianos sabem que juiz não julga bem outro juiz quando são colegas que trabalham no mesmo Tribunal, razão pela qual adotaram sistema que assegura a dignidade e o prestígio popular dos seus magistrados." E aduz: "(...) A punição maior que os magistrados brasileiros impõem a seus pares é a aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. Punição ou prêmio?" (*Tribuna do Advogado*, jan., 1986, e maio, 1986).

Por conseguinte, no Brasil, a composição do Conselho Nacional da Magistratura, exclusivamente por magistrados (art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, da mencionada Lei Complementar n.º 35), se revela profundamente antidemocrática.

Por sua vez, a Constituição francesa (adotada pelo *referendum* de 28-9-1958) estabeleceu que o Conselho Superior da Magistratura será presidido pelo presidente da República, sendo o ministro da Justiça, de pleno direito, seu vice-presidente. O Conselho compõe-se de nove membros, designados pelo presidente da República, nas condições definidas na respectiva lei orgânica.

Quando funciona como órgão de disciplina dos magistrados, o Conselho é presidido pelo primeiro presidente da Corte de Cassação (art. 65).

Como se vê, as disposições da Constituição italiana têm um cunho mais democrático, correspondendo melhor aos anseios de renovação de princípios e práticas tradicionalistas, que nos oprimem ao longo dos anos, sobretudo quando se tem em vista que, em nosso País, o acesso ao saber, à formação universitária, tem um sentido elitista, como de resto ocorre nos demais países subdesenvolvidos, de formação patriarcal, como o Brasil.

Na Espanha, o Conselho Geral do Poder Judiciário se compõe de membros designados pelo rei, magistrados de carreira, advogados e juristas, estes eleitos pelos deputados e senadores (art. 22, n.º 3, da Constituição Espanhola de 1978).

A propósito, como ressaltou JUAN MANUEL MAYORCA, numa síntese acerca do ponto de vista latino-americano, sobre a repressão penal, nessa parte do Globo, por ocasião do VI Congresso Mundial da Organização das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente,

realizado em Caracas, em 1980, o elitismo do ensino universitário não permite um *acesso igualitário* das diversas classes sociais, no processo de elaboração das leis, em especial, da Lei Penal, de sorte que somente pessoas pertencentes às classes privilegiadas — salvo raras exceções — dispõem de meios para adquirir saber e educação, cada vez mais custosos, de modo que, a prevalecer tal situação, nos próximos vinte anos, somente pessoas pertencentes às classes requintadas, afinadas com a ideologia das classes exploradoras — economicamente fortes e politicamente dominantes —, chegarão aos cargos de juízes, com a missão de julgar criaturas humildes, pobres, exploradas (*Rev. Bras. de Ciênc. Jurídicas*, n.º 1, 1981, pp. 132 e 133).

## 7. Critérios sobre a eletividade da magistratura e as ideologias dominantes

Do ponto de vista do direito comparado, o princípio da eletividade da magistratura se apresenta, sob diversas formas, nos diferentes países, como Estados Unidos da América, União Soviética, França, Itália etc.

Efetivamente, a eletividade da magistratura — em contraposição ao princípio do acesso à carreira, por meio de concurso de provas e de títulos — representa uma forma mais democrática e de maior sentido renovador, possibilitando, inclusive, o aproveitamento de novos valores, para o preenchimento dos cargos do Poder Judiciário, em todas as instâncias, periodicamente, vedada a reeleição, até porque esta acabaria consagrando a *vitaliciedade*, fator de desestímulo, além de resquício monárquico.

O ponto nodal da questão é o *modus faciendi*, ou seja, os critérios acerca das aptidões e requisitos individuais tangentes ao candidato, composição do colégio eleitoral, e outros aspectos.

Aliás, no passado, durante o Brasil-Colônia, era praticada a eletividade da magistratura entre nós, como lembra o saudoso Ministro MÁRIO GUIMARAES, que tanto dignificou o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, os chamados “juízes da terra”, também denominados “juízes ordinários”, eram eletivos, podendo inclusive ser analfabetos, permitindo-se-lhes, contudo, tivessem assessores (*O Juiz e a Função Jurisdicional*, Forense, 1958, p. 29).

A propósito, não é estranhável essa permissão para que os analfabetos fossem eleitos juízes, dada a inexistência de estabelecimentos de ensino — salvo a instrução ministrada nas missões dos jesuítas, engenhos de açúcar e conventos —, na época colonial, situação essa que praticamente se prolongou durante parte do Império, tanto que a Carta Política de 1824 não impedia o exercício do direito de voto, e de ser votado, ao analfabeto, desde que tivesse determinada renda líquida anual (art. 94, I), ou seja, as pessoas pertencentes às classes privilegiadas.

Com efeito, após a Independência (1822), viveu o Brasil, em matéria de instrução, certa fase de liberalismo, que coexistia com um acentuado

sistema centralizado, combinando, ilusoriamente, a gratuidade legal da educação primária, com uma legislação centrada na necessidade da inspeção escolar oficial, cujo titular tinha competência para designar professores, contando para isso apenas com pessoas de elementar instrução.

A sistematização do ensino secundário ocorreu em 1837, para benefício das classes privilegiadas, com a criação, na Corte, do Ginásio Nacional, mais tarde transformado em Colégio Pedro II, que passou a servir de parâmetro para as Províncias e para o ensino particular (EDMÉE MELLO DA SILVA WINTER — *O Inspetor Escolar — Caracterização Funcional*, Univ. Fed. Fluminense, 1977, p. 14).

A criação dos Cursos Jurídicos no Brasil (um na cidade de São Paulo e outro em Olinda, logo depois transferido este para o Recife), com a Carta de Lei de 11-8-1827, quando era ministro do Império o Visconde de São Leopoldo, José Feliciano Fernandes Pinheiro, serviu, fundamentalmente, para facilitar a formação acadêmica e a propagação das ideologias, afinadas com os interesses das classes exploradoras — proprietárias de engenhos de açúcar, traficantes negreiros, escravocratas, comerciantes —, cujos filhos, antes, eram mandados a Coimbra, estudar direito.

Certo que, na falta de Universidades ou de Faculdades de Filosofia e Letras, essas duas Academias, do Recife e a de São Paulo (esta denominada Arcadas, pelo seu estilo arquitetônico), transformaram-se em centros irradiantes de nossa cultura, com alguns matizes humanísticos, com vistas aos ideais libertários, distinguindo-se, dentre outros, especialmente do ponto de vista lírico, o imortal Castro Alves, que iniciou seus estudos na Academia do Recife, transferindo-se, depois, para a de São Paulo.

Tal conjuntura, evidentemente, teria que se refletir na composição da magistratura brasileira, de resto desprovida de efetiva garantia ou independência, composta de juizes de fato e de letrados, sendo estes “perpétuos”, o que não impedia pudessem eles “ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo e maneira, que a lei determinar”, podendo ainda o imperador “suspendê-los por queixas contra eles feitas”, mas dependendo de sentença para “perder o Lugar” (arts. 151 a 155 da Constituição Política do Império do Brasil).

Curioso que esta Carta Política já previa ação popular contra os juizes, em casos de suborno, peita, peculato e concussão (art. 157), já comuns.

Não é de estranhar, pois, que o Supremo Tribunal de Justiça, existente na Corte, fosse considerado um órgão composto de “homens medíocres”.

Com o advento da República, o ingresso na magistratura de carreira, assim como a nomeação para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, assumiram novos contornos, incluindo a esdrúxula situação de designação, pelo presidente da República, para o cargo de Procurador-Geral

da República, de um dentre os membros daquele Tribunal (art. 58, § 2.º, da Constituição Federal de 1891).

Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro não conseguiu afirmar a sua independência, diante das freqüentes investidas e da arrogância do Poder Executivo, que mantinha aquele aguilhoado, pelo vício de origem, consistente na prerrogativa de nomeação, como um favor, acenado aos que se mostrassem merecedores dessa distinção, aos olhos dos governantes.

Dáí, os diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal — como órgão de cúpula do Poder Judiciário — teve o amargor de sorver a notícia de que o Presidente da República, embora “sem faltar ao respeito que deve a esse alto e egrégio Tribunal, não pôde dar cumprimento à ordem judiciária enviada” pela presidência daquela Corte de Justiça, conforme os termos do ofício em resposta, subscrito pelo então Ministro da Justiça, Rivadávia Corrêa, enviado ao presidente daquela Corte e datado de 22 de fevereiro de 1910.

Diante de tal frustração e impotência, não restou ao Ministro PEDRO LESSA, relator num desses casos, outra alternativa, que comentar, dentre os seus pares, “a profunda convicção, que sempre nutrira, de que não seria respeitada a decisão proferida, assim como não seria respeitada qualquer outra sentença, igualmente justa, desde que contrariasse os interesses políticos dominantes” (*Apud* EDGARD COSTA, *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, Rio, 1964, Ed. Civilização Brasileira, vol. 1.º, pp. 101 e 104).

RUI BARBOSA — o incansável e intrépido advogado —, pregando a “submissão das forças armadas militares à magistratura constitucional da toga, da palavra e da lei”, exortava o Supremo Tribunal Federal: “A vós não incumbe senão abrir o livro da lei, e indagar se está ou não dentro da fórmula o caso do *habeas corpus* que neste momento vos impetro, a ordem, expedida pelo Supremo Tribunal, ao coator para que faça cessar a coação.”

E acrescentava, em tom de veemência e censura:

“Vós não tendes autoridade, permiti-me falar-vos com esta liberdade, que a tribuna judiciária me assegura, para discutir se o *habeas corpus*, que aqui houverdes de conceder, merecerá amanhã acatamento ou não pelas forças militares, pelo seu comandante ou pelo governo ilegal que exerce neste momento a administração do Estado da Bahia” (*Apud* JOÃO MANGA-BEIRA — RUY — *O Estadista da República*, SP, 1960, p. 156).

Assim, não restou a RUI senão a desolação, pois, o Supremo Tribunal, erigido como supremo intérprete da Constituição e o “guardião” desta, foi, paradoxalmente, o “órgão que falhou”, jamais logrando barrar o arbítrio, restabelecer a legalidade constitucional, ou impedir a ação nefasta dos

sucessivos regimes de exceção, que têm atormentado toda a existência da República, ao longo dos anos (ob. cit., pp. 68 e segs.).

Atribuiu-se, aliás, ao então Presidente da República, Marechal Floriano, o seguinte comentário, ao ter notícia a respeito de determinado pedido de *habeas corpus*: “Não sei quem amanhã dará *habeas corpus* aos ministros do Supremo Tribunal. . .” (EDGARD COSTA — Ob. e vol. cits., p. 35).

Afinal, RUI não proclamou abertamente a sua decepção, pelo fato de ter optado, para o Brasil, a adoção do modelo da Constituição norte-americana, no tocante ao processo de preenchimento do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente da República, em lugar de outra modalidade ou processo de escolha, como, por exemplo, a eletividade, pela própria magistratura, mas externou sua desilusão e amargura, ao comentar que os ministros do Supremo Tribunal Federal eram “homens novos em assuntos de direito político” (ob. e vol. cits., p. 33).

Contemporaneamente, sobretudo pós-1964, com o recrudescimento do autoritarismo e do arbítrio militar na vida pública brasileira, verificou-se que, tanto no âmbito da Justiça Militar como do Supremo Tribunal Federal, ocorreram muitas vezes atitudes “omissas e até mesmo coniventes” com o regime militar (*Brasil: Nunca Mais*, Ed. Vozes, 7.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 203 e segs.).

Por sua vez, o intemorato HELENO FRAGOSO, com o ardor próprio dos advogados criminalistas, lamentou a “farsa” de certos julgamentos de criminosos políticos, em que se fez “apenas a mímica da justiça” (*Advocacia da Liberdade*, Forense, 1984, pp. 38, 146 e 218).

Na realidade, todo esse quadro faz parte do contexto, imposto pelo modelo político-econômico vigorante no Brasil, ao longo da República, cujas classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, sempre estiveram conluídas com os interesses do capitalismo internacional, com ele se afinando ideologicamente, com evidentes reflexos sobre a situação interna brasileira, no que tange à instabilidade política, desencadeamento de golpes de Estado, suspensão das liberdades públicas, perseguição e violência contra a livre manifestação do pensamento e atuação dos partidos políticos democráticos, dos sindicatos operários, do movimento estudantil, e assim por diante.

O fato é que o critério de ingresso na magistratura e o de preenchimento dos cargos nos Tribunais, adotado no Brasil desde o advento da República (matéria essa atualmente regulada pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, arts. 78 e segs.), revelou-se profundamente inconveniente, elitista e antidemocrático, até porque a forma de seleção, por meio de concurso de títulos e provas, não exclui o tráfico de influência, a proteção em favor dos apaniguados, na placidez dos telefonemas, contatos amigos e reservados, por “espírito de corpo”, o que também pode ocorrer, por

certo, no processo eleitoral, no caso de adoção da eletividade dos juízes, mas tal anomalia será bem mais reduzida.

Em suma, todo o esforço renovador deve orientar-se no propósito democrático, a fim de evitar que a magistratura se apresente como espécie de casta privilegiada, imobilista, conservadora extremada, elitista, estratificada, desestimulada pela vitaliciedade, sendo esta, em regra, interpretada em mal sentido, em lugar de entendida como estabilidade ou inamovibilidade.

Afinal, como enfatizou o Desembargador BRUNO AFFONSO DE ANDRÉ, ao deixar o cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, após 40 anos de vida dedicados à magistratura:

“O juiz precisa ter consciência de que é um servidor das partes em particular e da sociedade em geral, e não o dono da Justiça” (*Tribuna do Advogado*, OAB-RJ, jan., 1986, p. 4).

Efetivamente, a adoção da eletividade da magistratura em nosso País, em todos os níveis (inclusive no âmbito da Justiça Militar), sob uma forma mista ou temperada, combinada com certa proporção da magistratura de carreira, descortina novos horizontes, com o possível aproveitamento de outros valores, além de oferecer oportunidades a amplos segmentos de nossa sociedade, por meio da renovação periódica dos quadros do Poder Judiciário, em todas as instâncias, através do processo eleitoral, com indiscutíveis vantagens para o aprimoramento, democratização e arejamento ideológico de nossas instituições judiciárias.

Com efeito, cabe indagar qual o papel do juiz, no Estado capitalista, e quais as suas concepções ideológicas, de maneira geral?

Na realidade, nesses países, quer se trate de ingresso na magistratura de carreira, após concurso público de provas e títulos, com a garantia de vitaliciedade, dentre outras prerrogativas conferidas ao juiz (inclusive essa singular novidade, introduzida pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional brasileira, consistente em “portar arma de defesa pessoal”, conforme o disposto no art. 33, V), quer se trate da adoção da eletividade, com renovação periódica, os concorrentes e candidatos são recrutados dentre os membros das classes média e alta da sociedade, classes essas que dispõem de facilidades para o acesso ao saber, que se beneficiam com o processo de exploração econômica capitalista, o que lhes assegura a dominação política, o efetivo controle das engrenagens do aparelho do Estado.

Nesse contexto, de maneira geral, os concorrentes ao ingresso à magistratura de carreira ou os candidatos à eleição da magistratura estão, ideologicamente, identificados com as idéias e concepções das classes dominantes, pois *as idéias dominantes são as da classe dominante*.

Contudo, dependendo da formação intelectual do concorrente ou candidato, podem ocorrer exceções — como de fato ocorrem —, de tal forma que sejam aprovados ou eleitos juízes com espírito progressista e idéias

renovadoras, malgrado a existência dos execráveis *atestados ideológicos*, ou de *fidelidade ao regime*, exigidos daqueles, por ocasião das respectivas inscrições, como tem ocorrido no Brasil, durante os sucessivos regimes de exceção, ao longo da República.

Em consequência disso, vários foram os perseguidos, aposentados compulsoriamente, inclusive no Supremo Tribunal Federal, na década de 60, como ocorreu com os Ministros Hermes Lima, Vitor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, ensejando a renúncia espontânea, por solidariedade, dos Ministros Antônio Gonçalves de Oliveira e Lafaiete de Andrada, como forma de protesto ao ato ditatorial do governo, chefiado pelo General Costa e Silva, ao aposentar os referidos ministros, que adotavam posições independentes, contrariando o arbítrio instalado pelo regime militar.

O fato é que, do ponto de vista das liberdades públicas, do exercício dos direitos políticos e em relação aos direitos humanos, a regra tem sido a opressão e repressão indiscriminadas, por parte dos órgãos policiais, políticos e judiciário-penais, incluindo o sistema penitenciário (ORLANDO SOARES — *Extinção das Prisões e dos Hospitais Psiquiátricos*, Rio, 1979).

Isso se deve, em grande parte, às distorções de nossa formação jurídico-penal, pois não ouvimos, por exemplo, as recomendações do inolvidável ROBERTO LYRA, que clamou a vida inteira no sentido de que nossos penalistas atentassem para a problemática econômico-social brasileira, porquanto, sem solução do problema social, não há solução para o problema penal, segundo, aliás, a célebre legenda de FERRI: “Menos justiça penal, mais justiça social”!

A propósito, nada mais elucidativo e sugestivo, a respeito dessa mentalidade altamente repressiva, do que o título do livro de VIRGÍLIO DONNICI — *Criminalidade no Brasil (Meio Milênio de Repressão)*, Forense, 1984 —, trabalho esse em que evidencia a constância sistemática e espantosa da repressão em nosso País, desde o início da sua colonização, com a complacência e conivência, muitas vezes, dos órgãos judiciários.

Ora, o juiz “é o Estado administrando a justiça”, como asseverou FRANCISCO CAMPOS, na *Exposição de Motivos* ao Código de Processo Civil de 1939; logo, o que o Estado capitalista exige dos seus magistrados é a manutenção do *status quo*, a garantia de conservação dos privilégios existentes, em favor de minorias elitistas, que não transigem com mudanças sociais profundas, opondo-se a isso através dos mais cruéis métodos de repressão policial, política e judiciária.

Nesse contexto, segundo a concepção marxista-leninista da origem do Estado, a História conhece cinco formações sócio-econômicas: o regime da comunidade primitiva, o escravismo, o feudalismo, o capitalismo e o comunismo, sendo este precedido por uma etapa de transição, ou seja, o socialismo (O. ZHIDKOV, V. CHIRKIN e YU YUDIN — *Fundamentos de la Teoría Socialista del Estado y del Derecho*, Moscou, 1983).

A propósito, em sua obra *Discurso sobre a Origem e Fundamento da Desigualdade entre os Homens*, publicada em 1753, ROUSSEAU afirmou textualmente:

“O primeiro homem que, tendo cercado um pedaço de terra, botou na cabeça que “isto é meu” e encontrou gente suficientemente simples para creditar-lhe, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras e assassinatos; quantas misérias e horrores seriam poupados à espécie humana se alguém tivesse destruído as cercas delimitadoras e dito a seus companheiros: “Tende cuidado em crer neste impostor; estais perdidos se esquecerdes que os frutos da terra a todos pertencem e que a terra em si não é de ninguém.”

Com efeito, daí não tardou a surgir a escravidão humana, com todas as suas seqüelas, fonte de ódios, sofrimentos, vinganças, numa sucessão em cadeia de fatos, que culminaram com as injustiças sociais, desigualdades humanas, fome e miséria suportadas pela maioria dos povos, que vivem sob o regime capitalista, o que constitui, indiscutivelmente, a principal causa da onda de criminalidade patrimonial violenta, que caracteriza os países sob esse regime, como lembramos alhures (*Relatório sobre a Criminalidade Patrimonial Violenta no Brasil*, Rio, 1984).

Como se vê, sob o sistema capitalista, pouco poderão fazer os juízes criminais, mesmo aqueles de tendências democráticas e progressistas.

Só o advento de uma nova ordem social — o socialismo — oferecerá condições propícias, para as altas finalidades do exercício da magistratura.

Por ora, resta o contentamento com um mínimo, que represente um passo progressista, um avanço democrático, ou seja, a adoção da eletividade da magistratura, a exemplo do que ocorre em diversos países capitalistas, como ressaltamos acima.

## 8. Conclusão

Como se afirmou no início do presente trabalho, as questões aqui suscitadas se originaram de propostas oferecidas ao Instituto dos Advogados Brasileiros, à guisa de contribuições, oriundas daquele sodalício, ao ensejo da convocação da Assembléia Nacional Constituinte, em 1986, no Brasil.

Contudo, adverte o eminente PINTO FERREIRA, o Poder Constituinte é “supremo, originário, dotado de soberania, com uma capacidade de decisão em última instância. Ele não se acha submetido a nenhum preceito anterior do direito positivo, autolimitando a sua própria vontade ao estabelecer as normas reguladoras da atividade estatal. Está apenas subordinado à pressão social do grupo, às exigências do bem comum, aos valores

jurídicos ideais, ou à opinião pública que o gerou" (*Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Tom. I, Rio, 1955, pp. 97 e 98).

Portanto, a matéria em questão, pela sua envergadura e complexidade, exige ampla discussão, inclusive pela tradição brasileira, no que tange aos chamados direitos adquiridos, no caso, em relação à magistratura de carreira, já estruturada no País, em face do que as eventuais mudanças que viessem a ocorrer seriam introduzidas, paulatinamente, em decorrência de vagas que surgissem por motivo de aposentadoria, falecimento etc., dos respectivos titulares, nas diversas instâncias, ou no caso de criação de novos órgãos judiciários.

Em suma, a presente proposta objetiva a eletividade da magistratura, em todas as instâncias, em combinação com a modalidade de magistratura de carreira, nos moldes existentes, reduzindo-se esta, no futuro, à proporção de 1/3 (um terço), enquanto a eletiva corresponderá a 2/3 (dois terços), cujos membros serão eleitos por um período equivalente a 5 (cinco) anos, sem direito a reeleição, observados ainda os seguintes princípios:

a) Os juízes singulares, pertencentes à magistratura de carreira, quer no âmbito federal, quer estadual, ingressarão no Poder Judiciário, segundo os princípios atualmente em vigor, mediante concurso público de provas e títulos, constituindo, com exclusividade, o colégio eleitoral, para efeito de eleição dos membros dos Tribunais Federais de Recursos, do Superior Tribunal Militar, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, respectivamente, na proporção de um terço, correspondente à magistratura de carreira; por sua vez, os membros dos citados Tribunais elegerão, na mesma proporção, os membros do Conselho Nacional da Magistratura, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

b) Serão três os Tribunais Federais de Recursos (Brasília, Pernambuco e São Paulo), atribuindo-se aos mesmos parte da competência, atualmente prevista para o Supremo Tribunal Federal.

c) O colégio eleitoral, para os magistrados eletivos, compor-se-á de advogados e membros do Ministério Público, quer no âmbito estadual, quer federal, seja no tocante à eleição dos juízes de primeira instância, seja na dos membros dos Tribunais, cabendo ao colégio eleger o triplo do número dos candidatos aos cargos a serem preenchidos, para que então as Assembléias Legislativas, ou o Congresso Nacional, conforme o caso, elejam, dentre aqueles, os que devem ocupar ditos cargos, vedada a reeleição, salvo para os cargos das instâncias superiores. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional regulará o respectivo processo eleitoral, assim como indicará os requisitos para os candidatos.

Evidentemente, o esboço ora apresentado depende de aprimoramento e achega, posto que se trata de proposta individual, devendo ser submetida ao crivo das diversas correntes de opinião.

# Linchamentos: do arcaico ao moderno

JOSÉ ARTHUR RIOS

Nos últimos anos vem ocorrendo, à revelia da lei e ante a indiferença dos responsáveis, um recrudescimento nas formas populares de justiça sumária. O número de linchamentos tem aumentado de forma impressionante no noticiário, seja porque a opinião pública venha se tornando mais sensível a esses episódios, seja porque o fato em si começa a se tornar uma reação difundida e aceita à impunidade do crime. Ultimamente na Bahia, por exemplo, no espaço de poucos meses, ocorreram nem mais nem menos que 28 justicamentos e não se sabe se a estatística parou aí. Não vêm de agora; em 1979, noticiando uma história de linchamento em Cantagalo, Estado do Rio, um matutino enumerava três episódios semelhantes. Dizia o jornal: "São números de uma estatística cada vez mais impressionante" <sup>(1)</sup>. Que diria hoje?

Alguns desses fatos repercutiram largamente na imprensa: o de Matão, Estado de São Paulo (1979), onde a multidão enfurecida invadiu o foro local e dele retirou um menor, arrastando-o para a rua e espancando-o até a morte; o de Curitiba, em que motoristas de táxi lincharam um rapaz de 18 anos e o penduraram a uma placa de trânsito (1979). Acusavam-no de ter assassinado um colega. Verificou-se depois que era inocente. Em Araras (1984) quatro assaltantes, acusados de assassinar motoristas, foram seviciados e mortos por uma multidão, na presença do juiz.

Não é nossa preocupação estabelecer uma estatística desses episódios, nem sequer enumerar as vezes em que apareceram no noticiário. A frequência desses fatos, refletida nos jornais, parece-nos, por si só, merecer atenção, dado que neles repontam certas constantes.

O mata-mata ocorre em geral em cidades do interior, raramente em grandes cidades ou centros regionais. Nas metrópoles, esse tipo de violência costuma rebentar na periferia urbana. As vítimas, réus confessos ou simples suspeitos, encontram-se muitas vezes na cadeia local, no foro, no

---

(1) Para uma visão geral do noticiário, ver quadro cronológico anexo, elaborado com informantes de 1970 a 1988 (janeiro). As contas são discutíveis, os fatos não. Nesta matéria o que vale, o que clama, são os fatos.

momento da acareação, ou em veículo que os transportava para outra cidade como medida cautelatória e de onde são arrancados pelos linchadores enfurecidos. A natureza do crime de que são réus ou simplesmente suspeitos pode ser homicídio — vitimando pessoas estimadas na localidade; latrocínio — assalto com morte; ainda, crime de natureza sexual contra menor, agravado de homicídio; ou mera tentativa de assalto a bancos ou supermercados. As vítimas, reincidentes ou primárias, podem ser uma ou mais de uma. As motivações alegadas pelos linchadores são, ora a necessidade de cortar reincidências, ora a impunidade dos criminosos, ora ambas, acrescida a indignação contra os autores do crime. A multidão linchadora varia muito em número — de 100 a 1.000 ou mais. As vezes nela se representa uma classe profissional, os motoristas de táxi, vítimas e protagonistas freqüentes desses episódios, quando tentam vingar morte de colega. Amiúde, como em Curitiba, em 1979, lincham a pessoa errada. Os instrumentos são os mais primitivos — facas, pedaços de ferro, paus e pedras, às vezes os punhos e os pés.

Raro se identificam os agressores. Num caso, o linchamento foi perpetrado no edifício do foro, perante o juiz que se preparava para interrogar a vítima. Posteriormente, declarou-se incapaz de identificar qualquer dos agressores. Por vezes torna-se de fato difícil essa identificação. Quando atuam motoristas de táxi, estes vão buscar os colegas para a chacina em cidades próximas. Outras vezes, é a própria polícia que tem sua delegacia depredada, incendiada, mas não consegue identificar ninguém. É freqüente saber-se que algo vai acontecer — a intenção do massacre é previsível, ou está no ar. As medidas preventivas, no entanto, são fracas; a segurança é frouxa. Pode acontecer, como no famoso caso de Matão, que a burocracia judiciária, contra a advertência da polícia, enseje o crime. Outras vezes, é a polícia que dorme, cochila, em mal velada cumplicidade.

Baseadas no noticiário da imprensa, duas pesquisadoras paulistas listaram entre 1969 e 1979, 41 casos de linchamento somente no Rio de Janeiro<sup>(2)</sup>. Segundo ambas, entre setembro de 1979 e fevereiro de 1982, a imprensa noticiou 82 ocorrências, 38 com vítimas fatais e 44 tentativas. Da análise desses episódios, concluíram que (a) a maior parte ocorreu nas zonas urbanas do Rio de Janeiro e São Paulo, raro em zona tipicamente rural, o que contrasta com o sul dos Estados Unidos, onde na observação de RAPER havia uma incidência maior em “zonas esparsamente povoadas”<sup>(3)</sup>; (b) o Rio de Janeiro liderava as ocorrências com 23 casos na Baixada Fluminense, 6 no centro da cidade e 9 no Grande Rio. Por seu lado, São Paulo apresentava 7 casos na periferia, 4 no centro e 8 no inte-

---

(2) Maria Victoria Benevides e Rosa Maria Fisher Ferreira, “Respostas populares e violência urbana: o caso de linchamento no Brasil (1979-1982)” in PAULO SÉRGIO PINHEIRO (org.) *Crime, Violência e Poder*, São Paulo, Brasiliense, 1983, pp. 225-243. Esses dados devem ser confrontados com o do quadro anexo.

(3) RAPER, Arthur Franklin. *The Tragedy of Lynching*. Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1933.

rior do Estado; (c) o motivo aparente era o alarme contra assalto a residências, a estabelecimentos comerciais ou a pessoas na rua, ainda que irrelevante o montante do roubo ou o grau de violência aplicado pelo assaltante: a violência da multidão pode acender-se pelo roubo de um rádio de pilha, de alguns pacotes de alimentos em supermercado ou o assalto a joalheria à mão armada. Dos 82 casos noticiados apenas 15 incluíam homicídio ou latrocínio de parte dos linchados. A violência sexual contra mulheres e crianças parece ser ainda um dos principais motivadores do surto do linchamento; (d) dois casos apenas ocorreram em favelas urbanas; (e) a categoria profissional mais evidente nesses episódios é a dos motoristas de táxi; (f) em 7 casos a população invadiu a delegacia ou o foro local para retirar presos já sob a custódia da lei. Em três ocasiões (Matão, SP; Guanambi, BA; Macaé, RJ) o linchamento foi consumado; (g) em nove casos as vítimas do linchamento foram posteriormente declaradas inocentes do delito imputado; (h) a maioria das vítimas é composta de miseráveis, de idade variante entre 16 e 25 anos e, em várias ocasiões, os cadáveres não são identificados, sendo enterrados como indigentes; (i) dos 82 casos noticiados não há, até os dias de hoje (1983), qualquer conclusão de inquéritos nas delegacias (4). (O grifo é nosso.)

Para proporcionar uma visão de conjunto dos casos por nós listados, elaboramos o quadro anexo, onde destacamos o local, a data do linchamento, a natureza do crime que o motivou, o número de pessoas vitimadas e o número de agressores. Tudo dentro da relatividade da informação que não é elaborada por pesquisadores profissionais ou cientistas sociais, o que desejamos venha a acontecer um dia para melhor conhecimento do crime coletivo.

Não enumeramos as tentativas, abortadas pela pronta ação da polícia ou pela fuga da quase-vítima, algumas de graves conseqüências. Em Santa Maria Madalena, "pequena e pacata cidade do centro-norte fluminense", em 9 de junho de 1986, houve um assalto à casa de um comerciante, de onde os ladrões retiraram jóias e eletrodomésticos, fugindo no carro da vítima, depois de amarrar e amordaçar toda a família. No dia seguinte, alguns dos assaltantes foram presos e recolhidos à delegacia local. Começou a correr o boato de que traziam uma lista com nomes de fazendeiros da região que estariam na mira dos assaltantes. Começou-se a ouvir na rua, conta uma testemunha, que era preciso dar uma lição nessa gente para evitar outro crime. Pessoas pacatas da cidade se transformaram e, no fim do dia, havia uma multidão concentrada na porta da delegacia e crescia a tensão. A polícia só conseguiu dispersar a multidão disparando as armas para o alto. Só então foi possível retirar os presos e transferi-los para outra cadeia. No entanto, um tiro perdido vitimou de morte uma senhora que

---

(4) Em entrevista à *Folha de S. Paulo* (8-2-87), a socióloga Maria Victoria Benevides acrescentava que as vítimas do linchamento são, na maioria das vezes, "negros e inocentes". Não há fundamento para essa afirmativa.

se achava em prédio em frente à delegacia. Talvez por isso, a delegacia foi depredada pela multidão, após a retirada do preso (5).

Em Barrinha, cidade-dormitório de bóias-frias, a 400 km a oeste da capital de São Paulo, uma tentativa de linchamento foi impedida, mas à custa de seis horas de violência e tiroteio. No fim, 70 pessoas ficaram feridas a bala, faca e pedradas, a cadeia e cinco carros de polícia foram destruídos (Barrinha tem 15 mil habitantes mas na época da colheita de cana atrai uma população flutuante de mais de 5 mil). "A violência aqui é rotina", diz um morador. O fato que motivou a ira da população foi o estupro e morte de uma menina de 11 anos, filha do feitor de uma usina. Presos dois suspeitos, uma multidão cercou a cadeia pedindo "lincha, lincha". A chegada de reforços e da tropa de choque de um batalhão da PM impediu, a grande custo, que se consumasse a chacina, mas não evitou a violência e seus efeitos. O fato mostra, ao contrário do que se sustenta, que a polícia às vezes atua, mas nem sempre logra conter a fúria da multidão (JB, 10-10-1983).

É o que igualmente demonstra o episódio de Matão, São Paulo, o único, de nosso conhecimento, documentado em livro e exatamente pelo delegado de polícia que dirigiu o inquérito (6). Em termos às vezes ingênuos o autor descreve o crime que primeiro despertou a ira dos munícipes, o estupro e morte de uma adolescente. O criminoso foi preso, autuado e, posteriormente, condenado. A autoridade policial, sensatamente, tomou as providências que evitaram a vendeta da população. No segundo caso, porém, o delegado não contou com o apoio do juiz. Tratava-se de latrocínio cometido por dois marginais, um deles menor, contra chofer de táxi muito estimado na cidade. O delegado sugeriu ao Juiz de Menores a remoção e a internação de um dos réus, dada sua periculosidade e como medida de segurança. O juiz, todavia, desconheceu a sugestão e pediu a apresentação do preso no foro, na manhã seguinte à prisão. "É preciso levar em conta, narra o autor, que o povo estava tomado de uma psicose de revolta (*sic*), provocada em razão do requinte de perversidade com que foi praticado o latrocínio. . ." (7). Tentou ainda o delegado requisitar policiamento necessário para garantir o menor e as dependências do foro, mas tornou a encontrar resistência do juiz, que dispensou essas medidas alegando ser o único responsável pela manutenção da ordem no edifício do foro (8). Levado o criminoso à presença do juiz, mal entrado no edifício com a escolta, uma multidão entrava pela porta lateral, armada de paus e ferros e, passando uma corrente no pescoço do réu, arrastou-o para a rua onde foi espancado até morrer.

---

(5) O relato é de uma testemunha desses fatos.

(6) JÚLIO, José Benedito. *Linchamento em Matão*. 2ª ed., Campinas (SP), Julex Livros Ltda., 1987.

(7) *Ibid.*, p. 40.

(8) *Ibid.*, p. 41.

Em Araras, o linchamento ocorreu em plena sala do foro por uma multidão de cerca de mil pessoas. Os quatro réus, três homens e uma mulher, foram executados na presença do Juiz que os interrogava. O edifício foi totalmente destruído e duas viaturas policiais incendiadas. O esquema policial rigorosamente montado não foi suficiente (JB, 22-12-1984). Da cadeia foram arrancadas as vítimas de Cantagalo, depois de detidas pela polícia (*Fatos e Fotos*, 5-11-1979). O mesmo ocorreu em Ubiratã, no Paraná. Perto de mil pessoas arrancaram da cadeia local os autores de um assalto seguido de violência sexual. Depois incendiaram o prédio (JB, 6-2-1987). O que não exclui, em outros casos, a omissão cúmplice da polícia que nem sequer envida esforços para deter os autores reais ou suspeitos do crime que abala a opinião pública.

Para o linchamento, no entanto, a regra é a impunidade. No caso de Araras, o próprio Juiz que assistiu do segundo andar do foro o desenrolar dos acontecimentos, reconheceu que “dificilmente alguém será indiciado no inquérito aberto pela polícia local para apurar os responsáveis” (JB, 24-12-1984). A polícia, por seu lado, sempre alega a solidariedade entre os linchadores como fator de dificuldade nas investigações (JB, 30-6-1987). Às vezes, como em Feira de Santana, não chega nem a anotar as placas dos carros dos taxistas que trucidaram o assaltante do colega e que não consumaram o crime (JB, 18-5-87).

No caso da seqüência de trucidamentos da Bahia, a Justiça do Estado, pelo seu Procurador-Geral, advertiu severamente, pela televisão, os possíveis participantes dos justicamentos; e o fez menos de 48 horas depois que foi oferecida a primeira denúncia do Estado contra um linchador. A essa altura, a “justiça da multidão” já fizera 24 vítimas no Estado e tratava-se de dar exemplo (JB, 2-5-1987).

A dificuldade começa pelas testemunhas. Ninguém viu, ninguém soube de nada. Em cinco mil pessoas, identificam-se quatro (*O Globo*, 1.º-4-1987). Antes do inquérito, a autoridade já admite que será difícil qualquer identificação, como no caso de Itaparica (JB, 30-4-1987). Mas às vezes é o próprio representante da lei que prejudica fornecendo argumentos para uma eventual defesa do linchador: o Juiz de Araras “explica” a fúria da multidão “como a contrapartida da crueldade com que os assaltantes assassinaram a vítima” (JB, 22-12-1984). O Delegado de Polícia de Matão, arvorado em sociólogo e tribuno, proclama: “O povo, ao cometer um linchamento, não pode ser equiparado ao marginal, porque está defendendo a sobrevivência da família e da Pátria”. E prossegue na incontinência verbal, dissertando sobre a miséria do Brasil e urgindo pela mudança da estrutura social (sic) <sup>(9)</sup>. Mas também uma socióloga atribui os linchamentos, cuja seqüência tão bem descreveu, à lei que no Brasil não é igual para todos, privilegiando a propriedade privada sobre a segurança das pessoas (*Folha de S. Paulo*, 8-2-1987). Tudo isso vale como incitamento indireto à “justiça pelas próprias mãos”.

(9) *Ibid.*, pp. 74, 100.

Essa justiça de estopim curto tem longa história. No universo cultural anglo-saxônico, identifica-se a qualquer forma de ação extralegal que vise a infligir punição corporal e costuma-se aproximá-la de formas de justiça criminal particular ou semiparticular vigentes nos séculos XVII e XVIII. Encontraria assim antecedentes na chamada lei Halifax ou do cadafalso na Inglaterra; no mítico Juiz Jedburgh da Escócia; no *Vehmgericht* da Alemanha medieval ou na *Santa Hermandad* espanhola, que movimentava muitas páginas do Quixote<sup>(10)</sup>.

O termo, na sua forma anglicizada, encontraria sua origem em um não menos mítico Charles Lynch, fazendeiro da Virgínia que, em tempos da Revolução Americana, dirigia pequena organização destinada a julgar e punir bandidos e — na época — simpatizantes dos legalistas ingleses. O método, no entanto, prosperou na fronteira americana como forma de justiça sem formalidades, rápida e direta, praticada pelos primeiros colonos contra ladrões de cavalo, caçadores de escalpos indígenas, culpados de dar asilo a escravos fugidos e até mesmo contra funcionários públicos acusados de abuso no exercício do poder. Nos séculos XVII e XVIII, em certas regiões americanas, constituíram-se grupos como os Regulares, em Nova York, e os Rangers, na Pensilvânia, cuja finalidade era aplicar punição rápida a ladrões, bandidos, ou, durante a Guerra da Independência, a legalistas. O mesmo termo foi posteriormente aplicado, já em meados do século XX, às comissões de vigilância no Oeste, encarregadas de punir assassinos, ladrões de gado, jogadores e “indivíduos suspeitos” em geral. Tudo isso indica uma situação muito nossa conhecida, em que a ocupação do território e a expansão demográfica caminham à frente das instituições civis.

Costuma-se distinguir desse primeiro tipo de linchamento outro mais recente. A principal diferença entre as duas formas históricas é que a primeira aparece nitidamente em regiões onde faltam tribunais, ou se revelam inadequadas. Procedia-se de acordo com uma formalidade peculiar e só se infligia a pena de morte para os crimes mais graves. Ao contrário, a forma moderna de linchamento explode em regiões de longa ocupação, em que o aparelho judiciário está em plena atividade — às vezes no recinto dos tribunais e às barbas dos magistrados. Não há nenhuma preocupação ou procedimento para determinar a culpa do acusado; a punição é, em geral, a morte, muitas vezes precedida de tortura e manifestações de sadismo. A pena, além do mais, pode ser aplicada a pessoas que praticaram crimes sem importância, e a outras que posteriormente se acharam inocentes dos delitos imputados. Essa forma de violência praticou-se largamente nos Estados Unidos, sobretudo nos Estados do Sul e da fronteira sulina e, freqüentemente, contra negros.

---

(10) Ap. *The Encyclopædia Americana* (International edition), Grolier Inc., 1976, v. “Lynching”, p. 884. Na *Encyclopædia of Social Sciences*, New York, Macmillan, 1933, v. IX, pp. 639-643, o v. “Lynching” redigido por Francis W. Coker. É significativo que, na edição de 1968, o v. tenha sido suprimido, bem como qualquer referência ao termo no índice da obra.

Não só contra eles. As condições peculiares criadas no Sul, pela controvérsia em torno da escravidão, geraram um clima de violência coletiva deflagrada antes da Guerra Civil contra abolicionistas e propagandistas da emancipação dos escravos ou contra pessoas que davam fuga ou asilo a escravos foragidos, muitas vezes açoitadas, cobertas de alcatrão e penas e até, em certos casos, enforcadas. Depois da Guerra Civil, no entanto, os negros passaram a ser objeto exclusivo desses ataques. Para isso constituiu-se uma sociedade cujo nome tem até hoje ressonâncias sinistras, a ominosa Klu-Klux-Klan, cujo objetivo inicial era “disciplinar” antigos escravos, suprimindo suas andanças noturnas ou reprimindo pelo medo qualquer veleidade de exercerem seus direitos legais. A situação peculiar do Sul e a tolerância dos governos, implantados na região depois da guerra, em relação aos crimes praticados pelos ex-escravos, espicaçaram, convém que se diga, esse tipo de reação.

As estatísticas americanas tentaram superar dificuldades metodológicas de definição e procuraram discriminar entre esse crime e outras modalidades, como assassinatos por vários autores, ou motins, ou ainda homicídios por bandos ou “gangs”. Assim mesmo enumeraram, entre 1889 e 1930, 3.724 vítimas dessa justiça sumária. Delas, quatro quintos eram negros. Contrastando com a versão habitual, apenas menos de um sexto eram acusadas de estupro. Em 1930, ocorrem apenas 21 linchamentos, dos quais somente um de vítima branca (11). Mais especificamente, entre 1882 e 1931, 4.589 pessoas foram linchadas, das quais 3.307 negras e 1.282 brancas. No entanto, nos seis Estados da Nova Inglaterra, não houve, no mesmo período, nenhum caso.

Segundo um estudioso, se o número anual de linchamentos caiu em todo o país desde o começo do século XX, tornou-se mais acentuado, por outro lado, seu caráter racial e regional. Se o percentual caiu de 54,1% (1890-1899) para 31,2% (1920-29), a proporção de mortes, no Sul, no total de execuções, subia, no mesmo período, de 87% para 95%. E nos mesmos decênios a proporção de vítimas de cor aumentava de 72% para 90%. Observou-se ainda que, no Sul, o maior número não ocorria nas regiões onde a percentagem de negros era mais elevada, mas, ao contrário, onde era menor, ou seja, em regiões onde mais se acendia a competição entre negros e brancos pobres, e maior a hostilidade racial.

Após desmitificar as causas alegadas para a maior penalização do negro (crimes sexuais contra brancos, brutalidade das pessoas de cor, etc.), alguns estudiosos mostraram que os justicamentos passaram a ocorrer, não só como punição a crimes considerados graves, mas também em casos de

(11) RAPER, *op. cit.*, pp. 1-2. SUTHERLAND indica que os massacres caíram de 150 por ano entre 1885 e 1889 para uma média de 11 por ano entre 1934 e 1938. A média brasileira é bem maior. SUTHERLAND, Edwin H. *Principles of Criminology*. New York, J. B. Lippincott, 1939, p. 300. ALLPORT, Gordon W. *The Nature of Prejudice*, New York, Doubleday, 1958, marca o declínio dos linchamentos: 154 em média por ano na década de 90; 31 nos anos 20; e dois a três nos anos 40 (p. 61).

ofensas triviais a brancos. Na região sulina dos Estados Unidos, nessa fase, o linchamento passou a fazer parte de um conjunto de medidas discriminatórias destinadas a “manter os pretos em seu lugar”. Além disso, revelavam-se “manifestações de uma psicologia de multidão (*mob*), de caráter, muitas vezes, nitidamente sádico”<sup>(12)</sup>.

Apesar da forte conotação racista que o linchamento assumiu no Sul dos Estados Unidos — e, certamente, na África do Sul, como nos pogromes da Rússia czarista, ou na Alemanha nazista —, não se pode ignorar que essa técnica de controle social, usada para “colocar grupos e pessoas em seu devido lugar”, tem sido igualmente empregada em outros tipos de conflito onde quer que o *status* de um grupo minoritário tenha sofrido contraste ou contestação em dada comunidade.

O que vem caracterizando a “justiça popular” no Brasil é seu emprego como forma de repressão ao crime, sem qualquer conotação racial ou social discriminatória.

Precisamente é no crepúsculo da escravidão que se contam alguns casos de linchamento. Não é possível precisar-lhes o número exato; mas o exame perfunctório de relatórios de chefes de polícia e de Ministros da Justiça indica sua incidência. O pesquisador Hamilton de Mattos Monteiro colecionou peças de arquivo que demonstram, entre 1880 e 1888, vários episódios de insurreição de escravos e seis casos de linchamento — em Paraíba do Sul (dezembro, 1880), em Valença (julho, 1883), em Resende (maio, 1884), em Rio Bonito (dezembro, 1884), em Valença (outubro, 1887) e em Cambuci (janeiro, 1888) — este último praticamente às vésperas da Lei Áurea. É de observar o período em que ocorrem esses trucidamentos — quando chega ao auge o movimento emancipador — e o cenário das mortes — com apenas duas exceções —, o vale do Paraíba, onde mais se adensava a população escrava. A concomitância de episódios de insurreição que, visivelmente, se amiúdam por esse tempo, e os massacres organizados mostram que o linchamento era utilizado como forma de intimidação, diríamos hoje, de controle social, por uma classe que começa a se sentir, com ou sem razão, fisicamente ameaçada.

“Os registros oficiais, diz o pesquisador, referem-se a estas insurreições apenas como ‘tentativas’, logo submetidas com a chegada da força policial, e aos linchamentos como *impossíveis de serem evitados, limitando-se (a autoridade) à abertura de inquéritos para apurar responsabilidades*”. Muito apropriadamente, MATTOS MONTEIRO mostra que “estas duas colocações (sic) encerram em si uma contradição, na medida em que, para o primeiro caso, a pronta ação policial evitava maiores perigos, e, para o segundo, nunca se chegava a tempo; ainda mais se levarmos em conta as dificuldades de locomoção das tropas da sede do Termo até a propriedade conturbada, enquanto que os *ataques às cadeias ocorriam na própria sede e eram sempre bem sucedidos*”.

(12) COKER, *op. cit.*, IX, p. 641.

Infelizmente, o pesquisador não nos informa o tipo de crime cometido por esses negros, vítimas do massacre popular. Fornece-nos, no entanto, a descrição de um linchamento ocorrido em julho de 1883 em Valença: “No dia seguinte (ao da prisão?), às duas horas da tarde, um grupo de 50 a 60 indivíduos, uns a pé, outros a cavalo, mascarados ou com o rosto apenas encoberto, armados todos de paus, espingardas e espadas, entrou pela rua principal da povoação, guardando certa ordem militar na marcha e, em frente do quartel do destacamento, o invadiu inesperadamente e tomou-o de assalto sem que os três únicos soldados que havia pudessem opor a menor resistência”. O fato se passa, portanto, à luz do dia e na rua principal de Valença. Coincidem esses episódios com a proposta de muitos “lavradores” (sic) para a constituição de uma milícia a fim de ajudar a manter a ordem — oferta generosa que as autoridades tiveram o bom senso de deixar cair no vazio, ao mesmo tempo que repeliam o trucidamento: “. . . Há três anos consecutivos, reza uma fala de Presidente da Província, citado no mesmo artigo, dão os relatórios da administração notícias de assaltos a cadeias públicas, de onde o crime tem arrancado os detentos da lei para julgamento apaixonado, sumaríssimo e bárbaro” (13).

O mecanismo era o mesmo de nossos dias: o medo, gerando a vítima expiatória — o escravo criminoso; o anonimato dos executores; e a execução sumária em face dos representantes da lei.

Se, portanto, durante a escravidão, a repressão ao criminoso de cor foi, por vezes, severa, após a emancipação poucos casos se conhecem de linchamento ou de reações que se lhe equiparem. No regime do paternalismo benevolente que caracterizou as relações entre senhores e escravos, rareava essa forma extrema de controle social. E, após a Abolição, só foi usada, ao que sabemos, não contra crimes praticados por pretos, mas para reprimir sua dedicação ao Trono e sua reação à forma republicana de governo. Assim ocorreu no Maranhão, onde alguns negros foram fuzilados sem julgamento, por ordem de um militar republicano e positivista, de triste memória. Caso idêntico ocorreu no Rio de Janeiro e foi vivido por Medeiros de Albuquerque, quando, agitador republicano, enfrentou com outros correligionários, a chamada Guarda Negra, fiel ao Imperador. Da janela do Clube Republicano, armados apenas de cacetes e navalhas, os propagandistas abriram fogo contra a massa dos capoeiras que os assediavam.

Displicentemente, Medeiros de Albuquerque narra: “Carregávamos os revólveres, entreabríamos uma fresta na janela e pondo apenas o braço de fora, descarregávamos os cinco tiros do barrilete. Feito isso, nova cargação, nova descarga”. Daí resultou a morte de muitos pretos “cujos cadáveres a polícia escondeu” (sic). Comentando essa página infame, com rara veemência e muito exagero, GILBERTO FREYRE escreveu: “Era quase uma espécie de Klu-Klux-Klan, semelhante à do Sul dos Estados

(13) MONTEIRO, Hamilton de Mattos. In *Mensário*, Arquivo Nacional, outubro, 1974, ano V, nº 10.

Unidos após a vitória do Norte na Guerra Civil, que se esboçava no Brasil, da parte de brancos e de quase brancos, contra negros ou gente de cor. Em minoria, organizaram esses burgueses brancos ou quase brancos, entre nós, o movimento republicano, à base da superioridade técnica de suas armas e empregando-as contra brasileiros de cor, cujo crime vinha principalmente do excesso de uma virtude, não possuída ou revelada por alguns dos mesmos republicanos: a fidelidade, a lealdade, a gratidão" (14).

Episódios como esses, entretanto, por mais vergonhosos que sejam, não podem levar-nos a concluir que o justicamento jamais tivesse sido legitimado, como técnica institucionalizada de repressão, por parcela sequer de nossa população. Embora o genocídio tenha sido largamente praticado contra o índio, o linchamento, tal como empregado, no Sul dos Estados Unidos, pela minoria branca contra a negra, constitui entre nós fato raro. De quebra-quebra, vandalismos, atentados contra minorias, está cheia nossa história. Mas o linchamento até pouco tempo era excepcional. O que torna, por isso mesmo, preocupante sua alta incidência nos dias de hoje.

É interessante indagar como e por que a justiça sumária desaparece dos fatos criminais norte-americanos passando a constituir fato raro.

Uma das primeiras tentativas de reprimir o linchamento nos Estados Unidos revestiu a forma legislativa. Foi, no entanto, precedida de amplo movimento de opinião iniciado na imprensa por diversas lideranças sociais e religiosas. Comissões inter-raciais e conselhos representativos dos grupos étnicos colaboraram nessa tarefa. Desse movimento resultou a iniciativa de algumas promotorias públicas que utilizaram a lei ordinária para reprimir a violência da multidão capitulando-a entre os crimes comuns — homicídio, motim, etc. Daí alguns Estados americanos passaram a legislar especificamente contra os linchadores.

COKER, que lista essas medidas, não lhes atribui importância decisiva, sobretudo nas regiões onde sua aplicação se fazia mais necessária. Revisando-as, escreveu: "O que se sugere é que o remédio contra o linchamento reside em iniciativa mais rápida e eficiente da parte dos juizes e promotorias públicas na repressão a esse crime, de modo que os cidadãos se sintam seguros de que os tribunais se revelem competentes na proteção à comunidade contra o crime violento". Ao jurista não escapavam as dificuldades legais que obstavam a aplicação dessas medidas — sobretudo, no caso americano, a delicada relação entre a União e os Estados; e as limitações que sofria o Congresso na disciplina da matéria. Concluiu o ensaísta: "Todos concordam em que todas as medidas legislativas, na melhor das hipóteses, terão efeito aleatório ou suplementar se não forem acompanhadas de mudanças nas atitudes raciais, nas condições econômicas e nos padrões

(14) FREYRE Gilberto. *Ordem e Progresso*. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1959, I, pp. 12-13. OLIVEIRA, Elias de. *Criminologia das Multidões*. São Paulo, Saraiva, 1966. Valioso por vários aspectos; só fornece duas indicações de linchamento no Brasil: no Ceará (1912) e no Piauí (1926), p. 109.

morais que dão origem ao linchamento ou o toleram; até que a prática seja definitivamente proscrita pela opinião pública" (15).

De longa data vem correndo muita tinta sobre essas manifestações coletivas de violência. A sublitteratura psicanalítica, por exemplo, é rica em ficções sobre as causas dos trucidamentos, quer em língua erudita, quer no jornalês corrente. *Os episódios sucessivos ocorridos, em curto espaço*, na Bahia, deram curso a um caudal de interpretações onde FREUD reaparece, acaboclado. Ora se afirma que "linchar é uma forma de se auto-punir" (sic), ora se invoca a hipótese freudiana na horda primitiva sustentando a necessidade de mortes simbólicas (?) para garantir a permanência do grupo social. A propósito dos linchamentos houve mesmo quem afirmasse — "a morte produz cultura". É a antropologia do macabro.

O linchamento é um comportamento coletivo e sua prevenção está ligada ao conhecimento e reversão de seus mecanismos. É fenômeno de natureza comunitária, quer se tome o termo no sentido amplo de populações heterogêneas vivendo num espaço comum e partilhando dos mesmos valores, da mesma mentalidade e dos mesmos pânicos, quer em sentido restrito, no sentido de determinada corporação profissional (como no caso de motoristas de táxi).

A lei brasileira acha-se extremamente desarmada para punir os chamados "crimes de multidão". Ou o inquérito policial consegue individualizar os participantes, sobretudo os cabecilhas e instigadores, ou nada se faz. Ora, é preciso reconhecer que tanto estes como os simpatizantes são igualmente culpados. EVARISTO DE MORAIS, num ensaio de 1908, em que demonstrava sua extensa leitura sobre o assunto, já indicava o caminho, sugerindo a punição da participação na massa linchadora (16). O legislador, no entanto, hesita, pela dificuldade de atribuir a responsabilidade penal quando o delito se caracteriza pelo anonimato.

Em nosso sistema jurídico penal, o linchamento é delito de difícil conceituação. Se, de um lado, representa, à face de Deus e dos homens, um crime atroz, o Código Penal nem sequer o menciona — a não ser que se julgue percebê-lo, com lente fina, nas entrelinhas do art. 288 ("Associarem-se mais de três pessoas em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes"), onde se capitula uma das modalidades dos crimes à paz pública. O problema é que, para o Código Penal, não há "coletividades delinquentes". Só o indivíduo pode ser imputável. Embora se reconheça a natureza social do crime, a imputabilidade só pode ser individual. O legislador saía da dificuldade no Código de 1940, falando em co-autoria, e eliminando a distinção entre autor e cúmplice (art. 25). O Código de 1984 esquivava-se da dificuldade falando de "concurso de pessoas" (Título IV, arts. 29 e segs.). Tudo isso deixa demarcada a natureza própria do linchamento.

(15) COKER, *op. cit.*, *ibid.*

(16) MORAIS, Evaristo de. *A Criminalidade das Multidões*. Rio de Janeiro, Tipografia de A Verdade, 1908, *passim*. Ver também ELIAS DE OLIVEIRA, que critica EVARISTO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 183.

Podemos chegar a uma definição provisória da “justiça pelas próprias mãos”: — é a forma sumária e violenta de justiça popular em que uma coletividade, em estado de multidão, assume o papel de juiz e pune ou tenta punir um ou mais indivíduos, culpados ou não de crimes que lhes são atribuídos, sem lhes conceder nenhum direito de defesa, inflingindo-lhes morte ou lesões corporais graves.

É crime complexo porque nele podem somar-se vários delitos: o seqüestro da vítima, a vandalização de imóveis públicos — cárcere, foro ou delegacia de polícia; arrebatamento de preso (art. 353, 1940), homicídio culposo, incitamento — e, assim por diante, com as agravantes decorrentes da situação e condição da vítima (exemplo, no caso de menores, débeis mentais etc.).

O que ocorre neste, como em outros casos, é que a realidade social acomoda-se mal de uma conceituação jurídica inspirada em valores e sistemas obsoletos. A era das coletividades e das organizações não encontrou, todavia, seu direito próprio. Os Códigos inspiram-se ainda no individualismo do século passado. Embora haja quem tenha falado em “multidões delinqüentes” ou “crimes de multidão” — a expressão permanece com mero valor de metáfora. A psiquiatria fala hoje em coletividades doentes e NINA RODRIGUES empregou, em seu tempo, ousadamente, a expressão “coletividades anormais”. Mas o penalista hesita em imputar crime a coletividades, o que o coloca em face de verdadeiros impasses, como no caso do crime ecológico ou do crime contra o consumidor, nos quais o autor é, muitas vezes, uma empresa ou organização. Detém-se, por enquanto, timidamente, no conceito de bando ou quadrilha, o que não esgota a variedade enorme de casos nas sociedades modernas e impede o ressarcimento de danos.

Pelo denominador comum da “justiça pelas próprias mãos”, o linchamento corre parilha com os justicamentos e atentados terroristas, e com os “tribunais populares” compostos de indivíduos que se arrogam o direito de julgar, condenar e executar vítimas sem defesa, às quais atribuem um crime contrário à sua ideologia — o de exercer atividades de preservação da segurança social, como policiais, promotores ou juizes, ou função econômica, como industriais ou banqueiros. Tangencia, ainda, freqüentemente, o vandalismo, porque raro é o episódio de linchamento que não acarrete destruição de patrimônio público ou particular, como qualquer quebra-quebra.

A análise desses surtos de violência mostra, no entanto, que estamos diante de um processo basicamente emocional e coletivo que pode arrastar pessoas normais — sem prejuízo da participação de indivíduos problemáticos, imaturos, de alto grau de sadismo etc. — a paroxismos de violência. A tortura em certos casos bárbara que precede a morte das vítimas revela a componente sádica visível nesses episódios. Ora, o sadismo não se encontra apenas em doentes mentais; é, sabidamente, em graus diversos, traço da natureza humana. A vítima não é apenas executada; antes é torturada

— queimada a ponta de cigarro, chutada, espancada, estocada. Assim, em Salvador, em maio de 1987. Em Camacã, também na Bahia, no mesmo mês, a multidão quis invadir a delegacia para queimar o corpo do assaltante, já morto em tiroteio com os policiais.

A irracionalidade do trucidamento não se manifesta apenas por esse ângulo. Dentre os casos recolhidos por nós, seis eram débeis mentais, um, mulher. Em sete casos foram trucidados 14 menores. Inúmeros os casos em que a vítima era apenas suspeito. Em Curitiba, o jovem de 18 anos executado pelos motoristas de táxi, sob a acusação de latrocínio contra o colega, era inocente. Em Goiás, entre sete linchados, um não tinha culpa.

Nada melhor retrata essa irracionalidade do que a cena flagrada por um cronista e seu diálogo com alguns dos participantes: “Quando tudo acabou e as pessoas que participaram do linchamento estavam (ainda) suadas e excitadas, perguntei ao rapaz que foi um dos mais ativos linchadores: — Por que mesmo que ele foi linchado? — Por quê? Sei lá — o rapaz respondeu — ouvi os gritos de lincha, lincha, e saí correndo atrás dele e gritando também. Mas alguma coisa ele deve ter aprontado.” E uma mulher a quem fez a mesma pergunta respondeu que a vítima era o principal suspeito. “Suspeito de quê? — ... Só sei que era o suspeito número um” (*Folha de S. Paulo*, 3-5-1987). A multidão infantiliza.

A violência coletiva trabalha sobre um fundo de boatos e crendices que fermentam na mentalidade repressiva. A imagem-feita do criminoso avulta na imaginação da coletividade e assume papel polarizador. Dependendo do grau de coesão da comunidade ou da corporação que se julga ou é, de fato, atingida pelo crime, o nível de emocionalidade pode aumentar. Começa a ocorrer o que os psicólogos sociais chamam de redemoinho (*milling*): notícias circulam, versões diversas do fato criminoso todas agravantes, que valem como instigações à ação; formam-se grupos nem sempre visíveis. Está pronto o estado de pré-multidão (*mob mind*) que é acionado por uma palavra, gesto, ou provocação. Da predisposição passa-se à ação. O estouro da multidão é a própria solução catártica dessa tensão que se torna insuportável. O desfecho é o vandalismo e o massacre da vítima. Depois do que a volta à calma, a consciência da culpa e até o arrependimento (17).

(17) Oportuna para nosso problema é a descrição de ANTHONY F. C. WALLACE: “The mob is an angry group which attacks and attempts to injure or destroy an object (usually a person or persons or some item of material culture identified with some human being or group). It differs from a military or police force insofar as the members of the mob are not performing socially sanctioned roles and insofar as the attack is not undertaken as an implementation of a rational policy concerted by the mobs’ members (although, to be sure, there may be a leader who, unknown to the rank and file, is exciting and directing the mob, carrying out a policy of his own or some of other group)”. E acrescenta, o que é pertinente aos linchamentos: “The interruption of routine behavior here is the abandonment of the socially sanctioned roles of peaceable, law-abiding private citizens and the assumption of primitive judgemental and punitive roles (continua)

O linchamento é um crime de massa. Seu autor não tem rosto. Impossível individuá-lo. Sua regra é o anonimato. A cada inquirido repete-se monotonamente, na boca das testemunhas, a mesma frase: "Não reconheci ninguém, não conheço ninguém, não me lembro de ninguém". Daí a dificuldade de apurar esse delito infame. O indivíduo desaparece na multidão ululante, monstro de cem cabeças, todas iguais no ódio e na vindita, todas indistintas.

Não é por acaso que os trucidamentos ocorrem em pequenas comunidades fechadas e homogêneas, seja em zona rural, seja em favelas, ou na periferia das metrópoles, onde todos se identificam; ou em corporações onde a agressão que vitima um dos membros vitima a todos.

Nas notícias são freqüentes as descrições das comunidades-cenário ou das populações-protagonistas numa clave bucólica quase contemplativa. "Araras, cidade de 80 mil habitantes na região de Campinas, a leste do Estado de São Paulo, é considerada uma cidade pacata, com raros casos de homicídio e violência. . . As principais ocorrências policiais limitam-se a furtos e roubos." Foi aí que ocorreu um dos mais trágicos justicamentos. Três homens e uma mulher foram arrancados do foro, na presença do Juiz quando respondiam à acusação de latrocínio e, durante meia hora, trucidados por uma multidão de mais de mil pessoas (*JB*, 22-12-1984). Duas Barras, a 196 km do Rio de Janeiro, tem população de quase 10 mil habitantes. Ficou vinte anos sem registro de um só crime de morte em sua delegacia policial. Aí foi linchado na cadeia um casal acusado de latrocínio contra um fazendeiro da região. Foram mortos a foice, enxada, porrete. Ninguém mais pacato, ordeiro e trabalhador que o povo de Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, cenário de vários linchamentos. É o juízo que dele faz seu Pastor, o Bispo D. Adriano Hipólito: "É um desabafo da população que perdeu a confiança nas autoridades", declarou (*O Globo*, 14-6-1984). Desse desabafo resultaram, em uma semana, quatro linchamentos. Nenhum povo mais pacato que o baiano. De dezembro a maio de 87 ocorreram na Bahia 28 linchamentos, em várias localidades do Estado.

Abordando de raspão o tema, o urbanista HARRY JAMES COLE manifestava sua perplexidade ante a dispersão geográfica e a quase simul-

(continuação)

which are carried out with minimal concern for justice (as locally defined) or for long-term consequences" (v. "Mass phenomena" in *IESS*, 1968, v. 10, p. 50). É farta a literatura sobre o comportamento coletivo. REIWALD, Paul, *De l'Esprit des Masses*, Paris, Delachau, 1949, resumiu o mais importante até a época. W. J. H. SPROTT — *Social Psychology*, London, Methuen, 1952, pp. 57 e segs., reformula o ensino dos precursores. HERMANN MANNHEIM, *Comparative Criminology*, London, Routledge and Kegan Paul, 1973, vol. II, pp. 643 e segs., discute a criminologia da multidão, atualizando a bibliografia. Sua ênfase maior, no entanto, é sobre a baderna, o motim (riot) e não sobre linchamento. Na baderna, as vítimas reagem; no linchamento, não. Para um tratamento moderno do tema, além da descrição de um caso concreto, ver NEAL E. MILLER e JOHN DOLLARD — *Social Learning and Imitation*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 235 e segs.

taneidade de alguns desses episódios. Ou toda a comunidade aparecia comprometida na fúria homicida (Cantagalo) ou era apenas uma subcomunidade (a dos motoristas de táxi, por exemplo, em Curitiba). Partindo do princípio de que havia sempre uma comunidade homogênea e identificável atrás de cada explosão de sadismo coletivo, sugeria, na sua perspectiva profissional, se procurasse evitar que as comunidades crescessem desmesuradamente, encontrando seu tamanho ótimo<sup>(18)</sup>.

Em todas elas o limiar de emocionalidade é muito baixo, o estopim curtíssimo. A formação do estado de multidão, nessas condições de controle social, cria a ânsia de vitimação. SENNETT falou em comunidade destrutiva usando a expressão de TÖNNIES, tradicional em sociologia, com diverso sentido. É a comunidade tão compacta que destrói a personalidade individual, o oposto da negociação, da administração dos relacionamentos sociais<sup>(19)</sup>.

A solução final, na perspectiva da comunidade fechada só pode ser o expurgo. Outro não é o sentido do linchamento, forma extrema e radical de eliminação. Quem não se identifica com os padrões gerais de comportamento tem de ser eliminado. O criminoso-desviante é marcado, como o herege, e não merece contemplação.

Na peça clássica de Lope de Vega o comendador frascário é eliminado pelo povo unânime. O Juiz pergunta: — “quem matou? E todos respondem apenas com o nome do “pueblo”: — *Fuenteovejuna*. E o Juiz põe o dilema ao Rei: — Ou a todos perdoas ou matas toda a vila. O soberano, acantoadado, decide pela clemência. Contra um poder levanta-se um poder maior, o do povo, raiz de todos, é a conclusão a que o dramaturgo, nisto precursor de ROUSSEAU, quer levar o espectador.

Esse poder se sobrepõe à Justiça no linchamento sumário, querendo fazer as vezes do tribunal regular. É uma forma primitiva de justiça. Por isso, ao arguto MAX WEBER ocorreu o símile: comparou o poder dos tribunos romanos à lei de Lynch, desde que podiam prender todo aquele que se opusesse ao exercício de suas funções, sem processo nem juízo e mandá-lo lançar da rocha Tarpéia. Não lhe escapou tampouco que superava-se uma etapa quando o poder político se arrogou a tarefa judicante, subme-

(18) HARRY JAMES COLE — “Urbanização, habitat e violência”, in *Relatório dos Cientistas Sociais: Criminalidade e Violência*, Brasília, Ministério da Justiça, 1980, v. I, pp. 297-298.

(19) BENNETT, Richard. *The Fall of Public Man*. London, Faber and Faber, 1977, pp. 220 e segs. “Numa sociedade dotada de um baixo nível de interação entre seus membros, dominada por idéias de personalidades individuais, instáveis, é alta a probabilidade de aparecimento, por intermédio da fantasia, de personalidades coletivas tremendamente destrutivas” (Ib., p. 238). BENNETT parece estar se referindo a sociedades avançadas, mas a frase se aplica muito mais àquelas divididas por clivagens extremas causadas pelo analfabetismo, a miséria, a distância cultural. Conforme a frase de um delegado de São Paulo que assim justificava a dificuldade de chegar aos linchadores: “Em uma comunidade pequena todos se protegem” (JB, 8-4-84).

tendo-a a procedimento regular, uma espécie de lei de Lynch da comunidade (20).

Entenda-se, todavia: essa massa que toma a justiça nas próprias mãos não é o povo estruturado por uma vontade e uma ordenação política, mas o povo em estado de multidão, desestruturado por um emocionalismo epidêmico, sem nenhuma condição de julgar o delito e o criminoso, carente, portanto, de qualquer legitimidade ético-jurídica.

A “justiça pelas próprias mãos” é processo expiatório de caráter primitivo em que a vítima desempenha o papel de *bouc émissaire*. Por isso todo linchamento obedece a um ritual cuja finalidade é catártica. A comunidade lavra a sentença de morte da vítima e a executa revivendo um cerimonial, cuja coroação é o sacrifício da vítima não mais animal, mas humana.

A análise do estado de multidão nesses episódios é indispensável para que se compreenda a rutura dos controles sociais racionais. Nenhuma comunidade, em que predominem os instrumentos da justiça e da arbitragem, entrega-se a esse comportamento orgiástico de desfecho sinistro. O máximo que acontece são rituais simbólicos, socialmente legitimados e incruentos — como a queima do judas no sábado de aleluia —, no qual se personificam “inimigos do povo” e que encontra analogias em outras sociedades e civilizações.

Para que haja tal reversão sangüinária é necessário que se instaure, em caráter permanente, uma condição de comunidade fechada, como nas sociedades secretas — a seita dos Assassinos na Pérsia, por exemplo, a Klu-Klux-Klan e seus equivalentes em nossa época —; ou o estado de multidão. A sociedade secreta tem natureza conspiratória; a multidão se forma de modo tão rápido que não se pode compará-la às delongas, recuos, demoradas avaliações dessa técnica política (21).

É impossível falar em multidão sem remontar aos estudos de GUSTAVE LE BON, desde que despidos de certos cacoetes peculiares ao discurso científico do século XIX, — entre outros a obsessão do problema da raça, como “causa” de comportamentos coletivos. SCIPIO SIGLELE já havia escrito sobre a “multidão delinqüente” (1892) e GABRIEL TARDE sobre os crimes das multidões. O livro de LE BON, muito lido no Brasil, é de 1898. Em 1901, NINA RODRIGUES publicava ensaio intitulado *A Loucura das Multidões*. Embora o foco de sua atenção se voltasse para o

(20) MAX WEBER. *Economia y Sociedad*. (Trad. espanhola). México, Fondo de Cultura, 1944, vol. II, p. 107 e III, p. 300. WEBER, *data maxima venia*, parece-nos confundir o linchamento, propriamente dito, com a lapidação ou apedrejamento, como forma de execução de pena, comum aos antigos judeus e a outras culturas mediterrâneas, sempre após julgamento. Os dois justicamentos podiam, naturalmente, coexistir.

(21) A sociedade descrita por DOSTOIEVSKY (*Os Possessos*), por exemplo, é o protótipo dessas associações conspiratórias que atravessam o século XIX e continuam no nosso tempo através dos grupos terroristas. Em entrevista recente, remanescentes de um grupo terrorista que atuou no Brasil nos anos 70, confessaram a eliminação de um companheiro suspeito de traição. Continuam impunes, como os agentes da tortura e de outros atentados.

momentoso episódio de Canudos e para a figura de Antonio Conselheiro, o cientista baiano, resumindo e discutindo as idéias dos estudiosos que o tinham antecedido no tema, escrevia o seguinte: “A multidão é sobretudo uma associação psicológica. É na aquisição de uma individualidade psíquica própria, diferente da constituição mental de cada uma das partes componentes, que reside a característica da multidão. Nela desaparecem as diferenças, as desigualdades, as individualidades para a formação de uma unidade psicológica onde domina o caráter inconstante e impulsivo dos primitivos” (22).

NINA RODRIGUES nas pegadas de LE BON, foi o primeiro a conceituar um estado de multidão como “estado mental de forma aguda das coletividades”. Adotando a classificação do francês que distinguia entre multidões homogêneas e heterogêneas, achava que era difícil encontrar, a não ser nos povos selvagens e nas sociedades primitivas, um caso de multidão heterogênea, fora das motivações de seita, classe ou corporação. Ora, o linchamento, caso existisse, de forma visível, em seu tempo, não poderia ter deixado de impressioná-lo precisamente como exemplo dessa categoria. O não tê-lo mencionado por desconhecimento comprova a raridade, senão inexistência do fenômeno, por então, entre nós.

O importante é que NINA RODRIGUES, numa vidência de precursor, definiu magistralmente a multidão como “um estado de exaltação passional coletiva onde desaparece o controle da vida cerebral e, com ele, a personalidade consciente e o discernimento”. Para ele o fator principal da constituição do estado de multidão seria “o contágio mental por sugestão coletiva”, em que o *meneur*, o instigador, não representava mais que a causa próxima.

LE BON, no entanto, tinha ido mais longe, ao afirmar que, nesse tipo de multidão, “as qualidades inconscientes predominam”; e, mais, viu que uma das suas características dominantes era “a diluição da personalidade consciente e o predomínio da personalidade inconsciente” (23). Ao afirmá-lo, antevia FREUD.

Todos esses estudiosos referem o que chamam de primitivismo das multidões. Diriam melhor — arcaísmo. A nosso entender, essa forma de trucidamento é, especificamente, a revivescência de uma forma arcaica de justiça, preservada na mente dos protagonistas, senão nas instituições sociais, e que reaparece, em momentos de crise e emocionalidade, quando a comunidade ou corporação se sentem ameaçadas na sua integridade ou nos seus valores de sobrevivência.

O linchamento difere do massacre ou do genocídio — que vitimizam indistintamente pessoas indefesas — porque lhes atribui ação ou intenção criminosa. No entanto, ambos têm traços comuns que convém explorar.

(22) NINA RODRIGUES. *As Coletividades Anormais*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1939, p. 87. O ensaio “A loucura das multidões” foi publicado nos *Annales Médico-Psychologiques*, Paris, 1901.

(23) LE BON, Gustave. *Psychologie des Foules*. 10ª ed., Paris, Felix Alcan, 1905, pp. 17 e 20.

O primeiro deles é um sentimento paranóico de onipotência que coloca os linchadores acima das injunções e restrições da lei moral e do processo judicial. Essa onipotência é alimentada pela consciência e esperança da impunidade, que atua sempre como liberadora de impulsos vandálicos e homicidas (24).

Outro é o contágio emocional que resulta, por sua vez, da proximidade física ou do sentimento de uma identidade comum. O justicamento sumário, como todas as formas de ação coletiva, é a busca de uma identidade, por outra forma negada aos participantes da multidão. Os linchadores, antes que psicopatas, são indivíduos normais que julgam servir uma causa justa e altamente moral. Não cremos, portanto, que seja necessário enveredar pelas explicações psiquiátricas — de loucura imposta ou comunicada — para esclarecer esse delito coletivo.

A impulsividade e a mobilidade que se nota na massa linchadora não é de raiz patológica, mas resulta da própria condição de multidão e do tipo de contágio próximo, direto, afetivo que estabelece. Neste ponto, não podemos acompanhar NINA RODRIGUES quando afirmava enfaticamente que “a loucura das multidões deve ser considerada como se fosse da mesma natureza que as loucuras gerais” (25). Nesse ponto, contraditoriamente, citava SIGHELE: “Numa multidão, um homem pode cometer um homicídio sem ser um criminoso nato. A embriaguez moral de que está possuído pode arrastá-lo a tais excessos, e só depois de tê-los cometido é que compreende, como se despertasse no meio de um sonho, a enormidade a que chegou; é tomado, então, de um arrependimento sincero e acabrunhado de remorsos, sentimentos desconhecidos aos criminosos por tendência congênita” (26).

A terceira característica apontada por LE BON era a sugestibilidade, o que coloca o problema do instigador. No trucidamento é extremamente difícil definir esse papel pela mesma razão que é impossível caracterizar os responsáveis. Resulta de uma decisão coletiva, imediata. É problemático falar, nesse caso, em premeditação; ainda mais separar *meneurs* e *menés*, líderes e liderados. Nos pogromes e mata-mata de minorias, há uma preparação psicológica, uma indução de reações violentas, a partir de um indutor até o público, primeiro, passivo, depois, encapelado no estouro da multidão. Nem sempre é esse o caso do linchamento. Se o fosse seria relativamente fácil cortar o circuito, deter o chefe, dispersar o comício. Não se trata aqui de um *viol des foules* por um líder dotado de poderes sugestivos, mas de uma ação subitânea e unânime. A motivação, como a preparação, é multicêntrica.

É mais fácil caracterizar o participante direto e o instigador do que o espectador simpatizante. Por que este mergulha no clima cinza e fugidío das cumplicidades coletivas, onde todos, de todas as classes e posições, gostosamente se nivelam. São as “colunas da sociedade”, os “cidadãos acima

(24) O que perceberam LE BON, *op. cit.*, p. 45 e NINA, *op. cit.*, p. 91.

(25) NINA, *ibid.*, p. 145.

(26) *Ibid.*, p. 151.

de qualquer suspeita”, os guardiães da lei. Costumam compor o grupo extremamente perigoso que goza de imunidades sociais e forma a opinião das comunidades. Sua ação se limita à conversinha de esquina ou de café, às vezes de porta de igreja, e sua orientação é sempre punitiva no sentido de destruição pura e simples do criminoso, seja como for, quase sempre ao arpejo da lei.

É válida, até, em muitos casos, a hipótese de um plano previamente urdido, principalmente nos casos em que o crime cometido atingiu vítima de uma corporação, classe profissional ou família, fortemente solidarizada na proteção mútua ou na resposta à agressão. A rapidez e a eficiência com que a vítima é arrebatada às mãos da autoridade leva a crer numa ação concertada, portanto, na presença de um grupo que articulou o linchamento e arrastou a multidão.

A medida em que essa influência — ou indução — interfere no linchamento está precisamente na distância entre a decisão tomada por um indivíduo ou grupo de indivíduos, seja qual for a motivação que os anima — vingança, fanatismo, horror ao crime cometido — e o ato em si, de destruição da vítima. Pode haver um momento de conspiração, de trama onde se prepara o trucidamento. Em Matão, o delegado ouviu diversas pessoas lhe manifestarem a revolta contra os assassinos do motorista. Quando o preso foi conduzido por dois soldados ao interior do foro, “uma multidão enfurecida de aproximadamente 100 ou 200 pessoas, misteriosamente (sic) apareceu nas imediações do foro e algumas delas invadiram o foro, arrebataram o preso das mãos dos soldados”... Sabe-se o que se seguiu.

Em trecho precioso, o então Delegado José Benedito Júlio, protagonista do linchamento de Matão, narra o seguinte: “Segundo informações, o que veio influenciar o referido linchamento foi um programa de televisão que foi ao ar ontem à noite pela TV Globo, apresentando o linchamento ocorrido na cidade de Cantagalo, Estado do Rio de Janeiro... E, segundo a opinião pública de Matão, o linchamento ocorrido nesta cidade foi nos mesmos moldes do que foi mostrado pela televisão”.

Esse importante esclarecimento revela uma possível influência na formação de um clima favorável ao trucidamento, perfeitamente compatível com um processo de indução a partir de determinado grupo, no caso dos motoristas de táxi, que nucleou a ação. Um inquérito policial conduzido com rigor e honestidade não teria dificuldade em indicar os mandantes. O mesmo em Curitiba, em 1979; em Camboriú, em 1986; em Ipiau, BA, no mesmo ano; em Feira de Santana, em 1987; em Cuiabá, em janeiro de 88, e cujos autores, segundo o Prefeito local, não puderam ser identificados “porque participaram (no linchamento) cerca de 200 pessoas, não só taxistas, mas também outros cidadãos”.

O direcionamento torna-se mais claro quando há um “juízo” prévio — no que o linchamento se aproxima dos “tribunais populares” e dos “juízos sumários”. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Jardim Ganhembu, na periferia sul da capital de São Paulo. A vítima, um estuprador contumaz,

foi trazida por 150 moradores, inclusive suas vítimas, a um bar, onde foi “julgado”. O “acusado” pediu perdão, disse que estava maconhado, que não sabia o que fazia. Uma das vítimas disse que não o perdoava. “Então, alguém gritou que era hora de votar. Vamos entregar à Polícia? Ninguém levantou a mão. Vamos linchar? Todos concordaram”. É a descrição de uma testemunha (JB, 8-4-1984).

FREUD que aterrissou no problema com magistral segurança, mas nas pegadas de LE BON e numa pista ainda atravancada dos resíduos intelectuais do século XIX, percebeu que a relação entre indivíduo e multidão estava na afetividade desinibida, o que levava a uma redução do nível intelectual de cada um e à perda de autocontrole. O nó da questão estaria numa palavra — sugestão. “As multidões se distinguem por uma sugestibilidade particular. Mas que é a sugestão?

Resulta de forte identificação entre pessoas. Esta identificação, basicamente afetiva, traz a polarização de sentimentos e afetos, partilhados entre amor e ódio. Como tal “a identificação é a forma mais primitiva da ligação afetiva”. Toda a interpretação freudiana se baseia no símile entre a multidão, de um lado, a criança e o neurótico, de outro. A multidão nada mais é que “a reunião de indivíduos que substituíram seu ego ideal (leia-se superego) pelo mesmo objeto, o que trouxe como consequência a identificação dos seus egos”. Para FREUD, portanto, a multidão é “uma forma libidínica desviada, uma regressão da atividade psíquica para fase anterior que não nos espantamos de encontrar na criança e no selvagem”. Em suma, uma patologia. É impossível, neste ponto, acompanhar o pensamento freudiano, sobretudo nas insuficiências de seus conceitos sociológicos, demasiado dados. Ou afirmar que a multidão, como neurose, baseia-se em tendências sexuais entravadas, em que o objeto se substitui ao superego (27).

FREUD tinha em vista a massa polarizada por um chefe. Não é o caso da multidão linchadora, da *lynch mob* dos autores anglo-saxônicos, que não parece habitualmente induzida ou conduzida, nem necessariamente formada de personalidades patológicas, embora possa levar algumas delas no arrasto e no primeiro grito da ação criminosas.

Quando não açulada por ódios raciais ou de classe, é uma massa desestruturada, que se forma ao sabor de estímulos imprevistos, mas com um objetivo único e definido — a penalização de um criminoso, suposto ou verdadeiro. Assume essa função pré-motivada pelo que lhe parece a gravidade do crime, e por não crer ou não confiar nos mecanismos normais da justiça. É uma multidão impaciente que só acredita na ação direta. Atua no vazio institucional criado pela morosidade, inércia ou inação das instituições judiciais. Uma vez feita justiça pelas próprias mãos, a multidão se desfaz e seus indivíduos componentes voltam às rotinas do cotidiano, muitas vezes arrependidos, nunca penitentes, porque a solidariedade continua

(27) As idéias de FREUD sobre o tema estão em *Psychologie Collective et Analyse du Mot* (trad. francesa), Paris, Payot, 1924, pp. 75-76. A frase de LE BON in *op. cit.*, p. 59.

na preservação do anonimato. A multidão violenta se arremete contra obstáculos que lhe parecem antepor-se à sua sede de justiça. Atingido o espasmo do linchamento, dissolve-se (28).

O comportamento coletivo, seja qual for, só se cristaliza num interstício institucional; ou quando a crise, de qualquer natureza, não é enfrentada por meio de ações socialmente estruturadas, mas mediante reações coletivas elementares que arrancam de um fundo arcaico de noções e valores. Muito objetivamente dois autores que estudaram o tema da multidão, afirmam: “Distúrbios que parecem irracionais — como caçadas a feiticeiras (*witch hunts*), fenômenos de exaltação nativista, ação de violência multitudinária, e até conversões religiosas em massa (*revivals*) — representam formas típicas assumidas pelas defesas coletivas quando falham os meios institucionais de resolver tensões intrapessoais ou interpessoais (29).

Não nos parece que a “caça às bruxas”, tal como ocorreu historicamente, na Europa entre 1580 e o fim da Guerra dos Trinta Anos, e desapareceu no alvorecer do século XVIII, possa ser assimilada rigorosamente aos linchamentos. O fenômeno do *witch hunting* representa um desvio fanático das mentes — entre as quais algumas das melhores da Europa, como JEAN BODIN —, mas que se manifesta através da aplicação da Justiça regular. As “bruxas” eram julgadas, submetidas ao processo judicial corrente na época, do qual a tortura era parte integrante como meio de obtenção de prova. O que há de comum, entretanto, é que ambos os movimentos representam uma reação contra o que a opinião dominante passa a considerar um flagelo social. Ocorria com as bruxas o que acontecia, na mesma época, aos judeus”. . . A pressão por trás de ambas (as perseguições) era de ordem social”. É a opinião arguta de TREVOR-ROPER. E o historiador inglês, após analisar vários exemplos de emoções coletivas que resultam em vítimas expiatórias, mostra lucidamente que essas perseguições, como as mitologias que criaram, tornam-se “o modelo de cristalização dos medos indefinidos da sociedade” (30).

Talvez estejamos hoje alimentando uma imagem feita de crime e criminoso que desperta profundas emoções coletivas. Quando um grande medo se apodera da sociedade, esta procura naturalmente no seu seio a imagem feita do inimigo . . . bruxa, herege, ou simples criminoso comum; desde que

(28) Numa das raras obras de ficção que descrevem entre nós um episódio de justicamento, o novelista SILVIO PEREIRA, talvez evocando fato real de que foi testemunha, resume numa frase esse retorno do atentado paroxístico: “(O ato selvagem) despertou-os do pesadelo que os transformara em feras.” Em outro passo: “Percebiam-se sentimentos generalizados de culpa e medo” . . . “A tragédia fará outras vítimas. Toda a comunidade viverá clima de medo e de remorso, embora tente disfarçar. Alguns adotarão atitude de desafio, de falsa bravura, mas intimamente sofrerão.” (*Multidão em Fúria*, Rio de Janeiro, Record, 1984, passim).

(29) KURT LANG e GLADYS ENGEL LANG, v. “Collective Behavior” in IESS, 1968, vol. 2, p. 560.

(30) ROPER, Trevor. *Religião, Reforma e Transformação Social*. (Trad. portuguesa), Lisboa, Editorial Presença, pp. 87 e 127.

se demonstrem resilientes a processos de contenção de ostracismo social e sejam considerados pela sociedade como ameaça ou perigo iminente. Por trás da caça às bruxas, do pogrom ou do linchamento há sempre um pânico reprimido.

Nessa crise surgem clichês ou pré-imagens de criminosos, reproduzidas, transmitidas e amplificadas pelos meios de comunicação que hoje, nisso, como em tudo mais, desempenham papel importante <sup>(31)</sup>.

A mística da patologia, da “multidão criminosa” ou “louca” custa a desaparecer e emerge, volta-e-meia, senão nos compêndios, pelo menos no jornalês. Não menos errônea é a convicção de que constitui contradição à sociedade organizada; na realidade origina-se dentro de um grupo ou corporação socialmente legitimada e exprime divisões da própria sociedade; ou vazios institucionais. O que não exclui a possibilidade de participação nesses eventos de psicopatas que coincidem com as pessoas normais nos atos violentos.

Resumindo: o ponto de partida é uma tensão coletiva causada por um boato ou notícia verdadeira que atinge a comunidade ou o grupo, criando uma atmosfera de medo, ameaça, insegurança. Fazer justiça é superar, num salto de violência, o vazio, real ou suposto, das instituições. Esta é a verdadeira dinâmica do linchamento.

Tudo isso nos obriga a distinguir entre linchamentos induzidos ou planejados, às vezes a mais de 48 horas de antecedência, e os linchamentos espontâneos que detonam ante um grito de “pega ladrão” ou “lincha, lincha” vozeado pela vítima ou um transeunte irresponsável. É às vezes o suficiente para deflagrar a caça ao homem e o massacre. Desse tipo é o que descreveu, por exemplo, o cronista, testemunha ocular de um trucidamento em Belo Horizonte.

Cabe destacar nessa descrição o estado de atonia da vítima que não reage à fúria da multidão, como que hipnotizada, o que se repete em outros episódios.

Findo o trucidamento, tudo volta à calma. Surgem racionalizações que fazem as vezes de penitência. Na ressaca emocional do “day after” arma-se entre participantes, espectadores e coniventes uma espécie de cumplicidade que se manifesta, primeiro, pelo silêncio — “ninguém viu, ninguém sabe” —, depois por justificativas variadas. No seu estudo sobre a periferia paulista, uma antropóloga colheu opiniões sobre o linchamento como medida extrema, respondendo a pressões intoleráveis. “As pessoas perderam a cabeça” ou “estourou a paciência das pessoas” ou ainda “Chegou a um ponto em que realmente nenhuma pessoa aguentaria”. Mas — comenta a antropóloga — “(o linchamento) não é uma coisa defendida. E jamais é elogiada. É sempre vista como uma coisa extrema, anormal, algo que não pode acontecer como regra”. A autora não encontrou nessas populações nenhum es-

(31) JULIO, José Benedito. *Op. cit.*

quema organizado de linchamento; enquanto ouviu opiniões favoráveis ao Esquadrão da Morte, ou seja, à liquidação do criminoso sem julgamento, “sem burocracia”. Nessa perspectiva o trucidamento é justificado <sup>(32)</sup>.

No entanto, o noticiário reflete atitudes mais afirmativas. As testemunhas não se limitam a dizer que nada viram. No episódio do Jardim Ganhembu (zona sul de São Paulo), um morador antigo do bairro declarou: “Eu assisti à votação, mas não participei do linchamento. Vi tudo, acho que as pessoas tinham razão em linchar. Aliás, foram as donas-de-casa que mais defenderam sua morte (sic)”.

Apesar do número e da visibilidade dos participantes, o Delegado que recebeu uma lista de 42 nomes declarou: “A gente poucas vezes consegue chegar aos linchadores”. No caso de São Sebastião do Passé (Bahia, junho de 1987) em que apenas três das quase oitenta pessoas que lincharam o ladrão... foram identificadas e interrogadas, “a polícia sempre alega a solidariedade entre os linchadores como fator de dificuldade para as investigações” (JB, 30-6-1987). Noutra cidade do interior da Bahia, o corpo do linchado, depois de queimado e esquartejado, foi passeado nas ruas pelo grupo ovante, em passeata comemorativa (JB, 19-4-1987). No entanto, as autoridades, geralmente, opinam que é muito difícil identificar os autores do trucidamento e indiciá-los — sejam 50 ou 2 mil.

O recurso à violência significa uma volta à mentalidade arcaica ou arcaizante que constitui o pano de fundo da vida brasileira nos cenários rurais e onde quer que a migração vinda do campo penetrou e “colonizou” as cidades. A “justiça pelas próprias mãos”, irmã da lei de talião, é conceito preservado nos refolhos da consciência arcaica, ainda predominante em comunidades do nosso interior. O estado de multidão, por uma série de características que analisamos, pela desestruturação institucional que reflete, propicia a emergência desse arcaísmo, única *alternativa* encontrada pela comunidade para solução do problema — medo, insegurança, pânico, instabilidade — que naquele momento a sufoca.

Tal solução é assumida, e o drama personificado pelos elementos mais voláteis da comunidade — os desempregados, os vadios, os sem eira-nem-beira, as personalidades psicopáticas, os recalçados de todo o gênero; mas

(32) Ver quadro anexo sobre “natureza do crime” que motivou os justicamentos. A antropóloga Teresa Pires do Rio Caldeira assim resumiu suas observações em bairros da periferia da cidade de São Paulo: “O estuprador é alguém que tem um parafuso a menos, alguém que tem uma deformação desde sempre. Roubar é uma coisa, estuprar é outra... O crime mais grave é o estupro, não tem nenhum que seja considerado mais grave. Se for de menina, de criança, de adolescente, é o pior que pode existir. E esse estuprador, geralmente, é uma pessoa fora da humanidade, tem características de natureza não-humana... Agora, por exemplo, para a onda de assalto e roubo você pode ter explicações sociais... Mas essas explicações sociais muito genéricas não grudam (sic) para explicar a criminalidade. Você tem de estar sempre explicando porque só uns fazem isso. E tem de buscar outro tipo de explicação que não é o custo de vida ou o desemprego.” Ou a impunidade, acrescentamos. (Entrevista a *Senhor*, 9-5-84).

também os elementos *soi-disant* ordeiros, honestos, disciplinados, de vida composta e rotineira. O estado de multidão é o catalítico poderoso que funde esses grupos aparentemente díspares e os arremessa na caçada ao homem, no mata-mata <sup>(33)</sup>.

A fúria massacrante é sempre acionada por preconceitos e valores na cultura da comunidade. Por isso certos delitos a deixam perfeitamente fria, enquanto outros provocam seu furor destrutivo. Segundo o noticiário, e sem nenhuma preocupação de ordem ascendente ou descendente, podemos enumerar os crimes sexuais, estupro contra menores, agravados de homicídios, os seqüestros de crianças com ou sem violência sexual, o latrocínio — não importando o valor da quantia roubada —, o assalto à mão armada. No entanto, há casos registrados de furto, homicídio culposo, tráfico de entorpecentes que podem igualmente provocar, e têm de fato provocado, a reação coletiva. Na recente epidemia de linchamentos na Bahia, as motivações do crime de multidão são as mais diversas — desde as mais fúteis, como a simples agressão, até o homicídio doloso de menor, ou o roubo a supermercado <sup>(34)</sup>.

Esses motivos contrastam com as razões conhecidas em outros países e áreas culturais. No sul dos Estados Unidos, por exemplo, o tema dominante é o conflito racial; mas, como MYRDAL finalmente percebeu, não lhes é alheio o motivo sexual, estimulado por uma religião protestante de tipo fundamentalista. O estupro de brancas por negros, mais mítico que real, é alegado como razão dos massagres, aliás já em declínio depois de 30. “O Sul, dizia MYRDAL, revela uma obsessão com o sexo que contribui para a irracionalidade na conduta em face dos negros em geral”. E citando outros autores acrescenta: “. . . O linchamento é uma maneira de punir os negros pelos próprios sentimentos de culpa dos sulistas brancos por violarem mulheres negras ou pela presumida superioridade sexual dos negros”. Indo mais fundo no problema, mostrou que a motivação racial apenas mascarava outras mais profundas no estouro humano do linchamento. “A monotonia e insegurança da vida rural sulista — MYRDAL escreve nos anos 40 — bem como a eminência de uma religião de tons fortemente emocionais e puritanos igualmente de grande ênfase no Sul, influenciam particularmente as mulheres adolescentes, celibatárias e climatéricas, inclinadas a atribuir importância a episódios inocentes”. Por isso, MYRDAL compara os episódios de mata-mata de negros do Sul às caçadas de feiticeiras que mancham a história do protestantismo nos séculos XVI e XVII em tantos países. “Os elementos sádicos na maioria dos linchamentos também indicam uma relação muito próxima entre essa fúria da multidão e desejos sexuais reprimidos” <sup>(35)</sup>.

(33) Daí recomendar-se, como forma preventiva, a proibição de reunião de grupos em locais onde possam estimular-se reciprocamente (ver MILLER e DOLLARD, *op. cit.*, p. 250).

(34) Ver quadro anexo.

(35) GUNNAR MYRDAL. *An American Dilemma*. New York, Harper, 1944, pp. 560 e segs.

No Brasil, nos casos recentes, as motivações raciais ou religiosas estão excluídas. A componente da repressão sexual tampouco logra sentido, dentro dos padrões culturais brasileiros — o que torna misteriosa essa reação contra supostos ou reais criminosos.

O linchamento assemelha-se à vendeta, a um *blood feud*, movida pela comodidade contra o criminoso — reação tipicamente arcaica contra o crime. Essa resposta é usual em comunidades ainda politicamente imaturas, onde as esferas do público e do privado não encontraram delimitação nítida e própria. Discutindo o cenário do suicídio, no mundo moderno, dois autores escrevem: “Pertencemos... a uma sociedade profundamente conflitiva, institucionalmente debilitada. Nela qualquer identidade cultural é difusa, suas reações defensivas tendem a se inscrever, cada vez em maior número, dentro dos comportamentos rígidos, próprios do dogmatismo e do totalitarismo. Somos, comunitariamente falando, os promotores de incontáveis cerimônias de destruição e todas elas falam de formas distintas, de uma crescente inclinação à morte” (36).

Os autores têm em mente os habitantes de uma metrópole moderna. No entanto, em comunidades menores e em situações de crise em cidades grandes, o retorno à conduta arcaica é, da mesma sorte, demonstração de uma rigidez de personalidade e forma canhestra de ocupação de um vazio institucional. Se é verdade que os indivíduos que formam o grosso da população, nas sociedades opulentas, vivem em um universo cujas constantes são a defesa e a agressão, nas sociedades modernas ou de transição, mas de forte resíduo arcaico, o estado de multidão representa, igualmente, uma dissolução da responsabilidade pessoal, uma forma de conseguir o anonimato, favorável à liberação, sem censura, de impulsos destrutivos. O justicamento é, sem dúvida, uma dessas cerimônias de destruição.

As formas de justiça popular representam sintoma de retração da esfera do público, particularmente um enfraquecimento ou omissão do Estado e de suas instituições. Mas é preciso ir mais longe e ver nessa reação vindicante o atropelo de uma consciência pública.

De fato, a presença na multidão linchadora de elementos social ou psicologicamente frustrados, até de mulheres e crianças — fato assinalado por MYRDAL no sul dos Estados Unidos —, não é o traço mais importante; o que se demonstra pela presença constante no cenário brasileiro de formas disfarçadas de justicamento, pouco estudadas. De início, cabe distinguir entre o massacre praticado pela multidão que age como se tivesse recebido um mandato social em aberto para o julgamento e a execução e a execução por um grupo de pessoas ou um indivíduo, investido ou não de múnus público, “esquadrão da morte”, justiceiros, mercenários que dão segurança, etc., ou “liquidações” sobre pretexto de resistência, ou sem pretexto — como há pouco ocorreu no Estado de São Paulo quando do rapto de uma

(36) KALINA, Eduardo e KOVLADOFF, Santiago. *As Cerimônias da Destruição*. (Trad. brasileira), Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1983, p. 100.

criança. Essas alternativas ao linchamento puro e simples são constantes, amiúdam em outros tempos e lugares (37). O que é preciso é caracterizar o linchador, disfarçado na multidão, ou encoberto por um uniforme ou mandato público — ou sem nenhum deles —, mas alegando contrato não escrito com a comunidade ou com alguns de seus grupos representativos — em qualquer caso, como uma aberração.

Nem sempre a ação popular, por ser comunitária, é justa. As comunidades podem ser totalitárias. No caso do linchamento tornam-se altamente destrutivas de valores morais e de uma consciência cívica, porque esta jamais poderá construir-se sobre a cumplicidade no homicídio, nem poderá arrogar-se o atributo da legítima defesa.

A aplicação da lei de LYNCH acarreta uma perda nos valores éticos da cidadania. As conseqüências do ato não se esgotam com a morte da vítima, mas prolongam-se na consciência coletiva. Estabelece-se entre os partícipes um tipo de solidariedade perversa que é a convivência no crime. A comunidade de homens honestos transforma-se em algo semelhante ao bando de criminosos. Cedo ou tarde, envenenada pela má consciência do delito, entrará em conflito consigo mesma. Nenhum suspeito ou acusado enfrentará o julgamento com serenidade, temeroso da vindita popular e de sua execução sumária. Talvez ele próprio, ex-partícipe da multidão assassina, por uma ironia do destino, venha a ser vítima da mesma violência (38).

O linchamento é um retrocesso judicial. Repõe a comunidade na fase da vingança privada na sua forma mais primitiva, não mais a vindita, mas a violência coletiva. O emprego contra ele de técnicas modernas de controle de multidões não esgota o problema. O aspecto mais grave que o perpetua é a impunidade dos partícipes. A identificação deles, ao contrário do que se diz e ouve, é fácil. Desde que não haja uma cumplicidade tácita entre as autoridades policiais e os linchadores e cresça nelas, para honra da profissão, a vontade de extirpar esse tipo de crime.

Trata-se de um problema de mentalidade e, como tal, só pode ser modificada pelas próprias forças da opinião, acionadas pelas lideranças articuladas da comunidade, seus responsáveis espirituais, seus pastores, seus educadores, seus empresários, seus juízes. Somente essas forças vivas e vigilantes, conjugadas numa renovação ética, poderão remover da consciência coletiva essa prática aviltante, cuja incidência e repetição entre nós, a essa altura dos tempos, só pode causar horror e repulsa.

(37) Compare-se MYRDAL, *op. cit.*, p. 566.

(38) Sobre a conspiração do silêncio, posterior ao trucidamento, ver MILLER e DOLLARD, *op. cit.*, p. 247, onde é considerado como uma espécie de tranquilizante em relação à angústia inevitável a sua consciência, que se apossa da comunidade. São as cumplicidades silenciosas, as convivências tácitas que podem aparecer em sociedades inteiras, como no caso da Rússia, em relação aos gulagues, e na Alemanha nazista, com respeito aos campos de concentração. Ninguém via, ninguém sabia. Para uma tentativa de explicação, no caso da Alemanha, ver DICKS, Henry V. *Les Meurtres Collectifs*. Paris, 1973, *passim*.

QUADRO-RESUMO DOS PRINCIPAIS EPISÓDIOS DE LINCHAMENTO NOTICIADOS NO PAÍS ENTRE 1970 E 1988

Local	Data aproximada	Natureza do crime	N.º e característica vítimas linchamento	N.º e característica pessoas envolvidas
1. Morro Agudo Nova Iguaçu — RJ	19-1-70	Ofensa ao pudor	Débil mental 64 anos masculino	Grupo de moradores
2. Vitória — ES	22-7-70	Desconhecida	Débil mental feminino	4 maconheiros
3. Morro do Sobrinho	3-10-70	Desconhecida	Débil mental feminino	Grupo de maconheiros
4. Parque Flórida Belfort Roxo — RJ	8-6-71	Motivo fútil	Comerciante masculino	20 homens embriagados
5. Favela do Sossego — RJ	6-3-71	Jogo de bola	3 menores feridos 1 morto	9 moradores
6. Belfort Roxo — RJ	15-1-76	Roubo de comida	2 homens	Moradores
7. Maria da Graça — RJ	22-1-73	Sem informação	4 menores	Sem informação

Local	Data aproximada	Natureza do crime	N.º e característica vítimas linchamento	N.º e característica pessoas envolvidas
8. Nova Iguaçu — RJ	20/25-8-75	Assalto a mercearia	2 homens	Sem informação
9. Nova Iguaçu — RJ	20/25-8-75	Assalto a açougue	Solteiro masculino 21 anos	200 pessoas
10. Nova Iguaçu — RJ	20/25-8-75	Sem informação	Débil mental, ébrio, casado, 45 anos	Marginais sem número
11. Loteamento Estrada do Cafundá — RJ	11-2-78	Roubo, pagamento de operários	Marginal	Operários sem número
12. Fazenda Bom Vale — Cantagalo — RJ	18-10-79	Suposto assassinato de menor — ritual afro-brasileiro	Fazendeiro e seu empregado	Mais de 2.000
13. Curitiba — PR	22-10-79	Suspeita assassinato de motorista	Jovem 18 anos inocente	Cerca de 100
14. Campo Largo — PR	21-10-79	Assalto supermercado e assassinato de motorista de táxi	Masculino	motoristas de táxi Cerca de 1.000
15. Matão — SP	22-11-79	Assassinato de motorista de táxi	Menor 17 anos	De 50 a 100

Local	Data aproximada	Natureza do crime	N.º e característica vítimas linchamento	N.º e característica pessoas envolvidas
16. Feira Nordestina São Cristóvão — RJ	7-4-80	Furto	Mulato 50 anos	Cerca de 100
17. Grajaú — SP	22-12-83	Assalto	2 menores 1 adulto	Cerca de 30
18. Duas Barras — RJ	14-8-84	Assassinato de fazendeiro, roubo	Casal biscateiros empregados	Dezenas de amigos parentes da vítima
19. Periferia Zona Sul, São Paulo — SP	8-4-84	Vários delitos tráfico de maconha estupro de menor	6 vítimas 4 em outras zonas da Capital, sendo 1 no Centro	500
20. Araras — SP	21-12-84	Assalto e homicídio a 2 motoristas de táxi	4 adultos	500
21. Centro São Paulo — SP	11-3-84	Ferimento à bala acidental	Motorista de caminhão	Sem número certo
22. Campinas	5-7-85	Assalto	2 adultos	Sem número certo
23. Camboriú	30-11-86	Assalto	3 adultos	Multidão de taxistas e camioneiros
24. Ipiau — BA	29-12-86	Assalto e ferimento de motorista de táxi	5 adultos	200, maioria taxistas

Local	Data aproximada	Natureza do crime	N.º e característica vítimas linchamento	N.º e característica pessoas envolvidas
25. Amambai — MS	29-12-86	Inocente	1 adulto	600 moradores da cidade
26. Umuarama — PR	20-12-86	Assalto com violência sexual	3 adultos	Sem informação
27. Ubiratã — PR	6-2-87	Assalto estupro	2 menores	Cerca de 1.000
28. Guanambi — BA	29-3-87	Assassinato de menor com sevícias	1 adulto	Cerca de 50
29. Porangatu — GO	27-3-87	Assalto a motorista de táxi	1 adulto	Cerca de 50
30. Goiânia — GO	1-87	Latrocínio contra taxista	2 adultos	Sem informação
31. Goianésia	87	Sem informação	2 adultos	Sem informação
32. Itamaraju — BA	4-4-87	Latrocínio contra motorista de táxi	2 adultos	Cerca de 300
33. Saramandaque Elísio Medrado — BA	15-4-87	Agressão a fazendeiro	Débil mental 27 anos	6 pessoas
34. Baixinha de S. Antônio, São Gonçalo do Retiro Salvador — BA	15-4-87	Assalto	1 adulto	Moradores sem número certo

Local	Data aproximada	Natureza do crime	N.º e característica vítimas linchamento	N.º e característica pessoas envolvidas
35. São Marcos Salvador — BA	17-4-87	Assalto	Marginal menor	10 homens
36. Gameleira Itaparica — BA	29-4-87	Latrocínio	2 adultos	Mais de 100 moradores e ambulantes
37. Feira de Santana — BA	18-5-87	Tentativa de latrocínio contra motorista	Marginal menor	Mais de 10 motoristas de táxi
38. Calabetão Salvador — BA	18-5-87	Violência sexual contra menor	Marginal menor	Sem informação
39. Palmeiras de Goiás — GO	4-5-87	Suspeito de violência sexual contra menor	1 adulto	Sem informação
40. Salvador — BA	1.º-1-87	Atropelamento de menor	1 adulto	Cerca de 30 amigos e parentes
41. Parelheiros Zona Sul, São Paulo — SP	21-6-87	Cumplicidade em homicídio	Marginal adulto	Mais de 100
42. Favela Vila Maria São Paulo — SP	18-8-87	Estupro e homicídio de 2 adolescentes	Carregador de caminhão 26 anos	Sem informação

Local	Data aproximada	Natureza do crime	N.º e característica vítimas linchamento	N.º e característica pessoas envolvidas
43. Nazarezinho João Pessoa — PB	21-10-87	Homicídio de lavrador em tumulto de fila de alistamento	Técnico da Emater 33 anos	300 lavradores
44. Areia Branca S. Sebastião do Passé — BA	30-6-87	Roubo	Marginal 30 anos	Cerca de 80
45. Juara — MT	17-1-88	Latrocínio contra motorista de táxi	Marginal 30 anos	200 liderados por motoristas de táxi

**Notas complementares:** Ao todo são 45 episódios, respigados no noticiário. No entanto, outras informações assinalam:

1. Entre 1970 e 1979, cerca de 50 casos (JB, 24-10-79).
2. Entre 1979 e 1983, 100 casos, 10 entre 30-1 e 6-2-87 (BENEVIDES, Folha de São Paulo, 8-2-87).
3. Em Goiás, de 1.º a 4-87, 7 casos (O Dia, 24-5-87).
4. Na Bahia, em 6 meses, 29 casos (JB, 30-6-87) e em um mês (4-87) 18 casos.

Até maio de 87 o noticiário registrava 52 linchamentos, com um total de 94 mortes. Neles se envolveram os grupos de multidões linchadoras. Excluídos os casos em que não aparece estimativa, chegam a incluir mais de 6 mil, número que pode ser tranqüilamente dobrado.

**Observação:** A coleta de dados sobre linchamento através do noticiário não foi regular nem sistemática. Está longe de representar uma coleta nacional. São evidentes as falhas nos dados. Não houve confronto entre periódicos, muito menos observação direta dos eventos que inspiraram a notícia. Valem, portanto, como amostra.

# Poder cautelar geral do juiz

Ministro SYDNEY SANCHES  
Supremo Tribunal Federal

O poder jurisdicional do Estado exerce-se, através do Juiz, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução, seja no processo cautelar.

No de conhecimento o que se busca é um juízo de certeza do direito.

No de execução o objetivo é a satisfação do direito.

E no cautelar, o simples acautelamento de eventual direito de uma das partes, enquanto não se obtém um juízo de certeza ou a satisfação do direito.

O poder do Juiz no processo cautelar se exerce através de provimentos cautelares genéricos ou específicos.

Os provimentos cautelares específicos, segundo o sistema do CPC, são: o arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão de pessoas ou de coisas, a exibição de coisas e documentos, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, as simples medidas cautelares específicas, como a justificação, os protestos, notificações e interpeleções, a homologação do penhor legal, as relativas à posse em nome do nascituro, ao atentado, ao protesto e apreensão de títulos.

Afora isso, o Código (art. 888), sob o título "*outras medidas provisionais*", aponta outras medidas cautelares específicas, como as obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida, a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a posse provisória dos filhos, nos casos de desquite (hoje separação judicial, divórcio) ou anulação de casamento, o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais, o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; o afastamento temporário de um

Exposição na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 7 de maio de 1988.

dos cônjuges da morada do casal; a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita; a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Algumas dessas medidas provisionais do art. 888 não são consideradas pela doutrina como realmente cautelares.

Mas aqui o que nos interessa é o seguinte: quando o Juiz atua em processos ou procedimentos cautelares específicos, que são os já mencionados, está exercendo seu *poder cautelar especial*.

Matéria de que aqui não cuidaremos.

Quando sua jurisdição acautela prováveis direitos das partes, mas não através daquelas ações e medidas cautelares específicas, diz-se que está exercendo seu *poder cautelar geral*.

Em que consiste, pois, o poder cautelar geral do Juiz?

Consiste na jurisdição que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas não previstas especificamente pelo Código.

Em outras palavras: consiste na jurisdição, que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas genérica e abstratamente admitidas pelo Código.

E onde está a sede, ou melhor, a *fonte do poder cautelar geral do Juiz*?

Nos artigos 798 e 799 do CPC.

Mas o exercício desse poder se faz com obediência às normas gerais do processo e do procedimento cautelar, que estão entre os artigos 796 e 812 do CPC.

Das normas relativas a procedimento, não iremos tratar.

Ficaremos, pois, no exame das normas que tratam do poder cautelar geral do Juiz.

O poder cautelar geral do Juiz se exerce, seja em procedimento cautelar antecedente, seja em procedimento cautelar *incidente*, vale dizer, antes ou durante o processo principal de conhecimento ou de execução.

É a norma do art. 796 que diz: o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

A expressão *dependente* tem sido criticada pela doutrina, pois o processo cautelar é sabidamente autônomo. O próprio Código lhe dedica um Livro.

A dependência significa apenas que do processo cautelar se destina a *servir ao processo principal*, de conhecimento ou de execução, já existente no futuro.

Cabe aqui uma primeira indagação: o *poder cautelar do Juiz*, inclusive o geral, pode ser exercido *de ofício*? Ou depende de provocação das partes?

Diz o art. 797 que só em *casos excepcionais, expressamente autorizados por lei*, determinará o Juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Esse dispositivo abrange tanto as medidas cautelares genéricas quanto as específicas.

Donde se extrai: o Juiz não pode de ofício determinar medidas cautelares genéricas ou específicas, senão quando expressamente autorizado por lei.

O próprio Código contém algumas normas permissivas de provimentos cautelares pelo Juiz, de ofício.

Exemplo: art. 793: *suspensa a execução*, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O Juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes.

Que providências serão essas? As que o caso concreto estiver a exigir ou a recomendar.

Não precisa o Juiz, nesse caso, de *provocação das partes*.

Também o art. 653: cuida de medida cautelar "ex officio": o oficial de Justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

Trata-se de *arresto no processo de execução*, anterior à penhora, realizado pelo oficial de justiça, por força de lei.

Pode-se dizer que, nesse caso, o mandado de citação contém implícita a ordem judicial de *arresto*, se ocorrer a *hipótese mencionada no dispositivo* (não encontro do devedor).

Para isso nem há necessidade de requerimento do credor-exequente.

O art. 1.001 do CPC estatui: aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o Juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando *reservar*, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

Essa reserva é feita "ex officio".

O art. 1.008 contém outra hipótese de medida cautelar de ofício: o Juiz mandará . . . *reservar* em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação, e a impugnação não se fundar em quitação.

Mas passemos ao art. 798: além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o Juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Portanto, *qualquer medida que parecer adequada ao Juiz*, para evitar essa espécie de lesão, pode ser determinada pelo Juiz, mas, agora, mediante provocação da parte interessada.

Aquí, nas hipóteses do art. 798, o juiz *não age de ofício*, pois a isso não está autorizado expressamente, como se exige no art. 797.

E embora o art. 798 diga que a medida provisória pode ser concedida “antes do *julgamento da lide*”, isso não significa que só antes ou durante o processo de *conhecimento* seja possível medida cautelar geral.

*Também antes do ou durante o processo de execução.*

A expressão “antes do julgamento da lide” deve ser entendida “antes do reconhecimento ou da satisfação do direito”, portanto, no processo de conhecimento e no de execução.

O art. 798 fala ainda em “fundado receio”.

Não basta o receio da parte, segundo sua subjetividade. É objetivamente que se lhe afere o justo receio.

O temor da lesão deve ser justificado por fatos objetivamente considerados.

O artigo quer evitar, com a medida cautelar geral, que a parte sofra uma “*lesão grave e de difícil reparação*”.

A doutrina tem divergido.

Alguns autores acham que a lesão deve ser grave e de difícil reparação. Outros acham que basta uma coisa ou outra.

Para estes, se a lesão for grave, embora de fácil reparação, nem por isso pode ser afastada a tutela cautelar. Também não fica afastada se a lesão for de difícil reparação, mas leve. (Esse, aliás, o pensamento do Des. HAMILTON DE MORAES E BARROS.)

É possível que a jurisprudência evolua para essa orientação mais liberal.

Mas o texto do art. 798, falando em “*lesão grave e de difícil reparação*”, não facilita esse entendimento (PONTES DE MIRANDA).

Ainda o art. 798 diz que a tutela cautelar geral é cabível quando houver fundado receio de que *uma parte cause ao direito da outra* aquela espécie de lesão.

BARBOSA MOREIRA lembra, porém, que o perigo pode resultar de fatos naturais, como o de destruição de uma coisa sujeita a intempéries. Não, necessariamente, de ato da outra parte.

*Art. 799:* no caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Vê-se que o art. 799 explicita as medidas provisórias a que o art. 798 se refere genericamente.

Mas explicita limitando?

Ou explicita apenas exemplificativamente?

A mim me parece que *explicita apenas exemplificando*.

O juiz, no exercício do poder cautelar geral, pode adotar todas as medidas previstas no art. 799 e qualquer outra que lhe parecer adequada (art. 798).

Os *limites* são apenas os que mais adiante pretendemos examinar. Não há outras restrições.

A expressão "*autorizar a prática de atos*" parece dizer menos do que pretendeu o legislador.

Mais do que autorizar o juiz pode *determinar* a prática de atos.

E o Código só não usou a palavra ordenar, nesse ponto, porque logo em seguida iria usá-la, ao dizer: "ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens".

Por isso falou apenas em autorizar a prática de atos, para não falar duas vezes "ordenar".

Mas deveria ter dito: "*determinar*". Que é mais do que simplesmente autorizar.

Assim, pode o juiz, por exemplo, *determinar o bloqueio de uma conta bancária*, enquanto num processo principal discutem as partes a partilha de seus bens.

Aí não se trata apenas de uma autorização de bloqueio, mas de uma ordem de bloqueio, que o banco não pode descumprir.

Aliás, se o juiz pode vedar a prática de determinados atos, como está no mesmo art. 799, pode também vedar o levantamento de dinheiro junto ao banco. E nisso reside o bloqueio de conta, visto sob outro ângulo.

Pode o juiz ordenar a *guarda judicial de pessoas*, diz o art. 799.

Aqui *não se trata de guarda de filhos*, matéria que está cuidada na medida provisional prevista no art. 888, inciso VII.

Pode, por exemplo, determinar a *guarda judicial de um alienado mental*, com base no seu poder cautelar geral.

Pode ainda o juiz, diz o art. 799, *determinar o depósito de bens*.

Aqui *não se trata* do “*depósito preparatório de ação*”, de que cogitava o CPC de 1939, como “*conditio sine qua non*” para propositura de uma ação. Por exemplo, no caso de depósito da coisa pelo vendedor, diante da recusa de recebimento pelo comprador. Ação principal com pretensão ao cumprimento do contrato.

Aqui, com base no art. 799 (poder cautelar geral), o juiz pode determinar o *depósito de qualquer bem* sobre o qual esteja havendo ou vá existir alguma disputa judicial.

Imagine-se que o possuidor de um bem não esteja em condições de conservá-lo devidamente. E prefira pedir ao juiz o respectivo depósito, enquanto se prepara ou se desenvolve a ação principal.

*Não se trata, aí, de seqüestro*, pois é o *próprio possuidor que pede o depósito do bem*.

E o juiz pode determiná-lo, com base no seu poder cautelar geral (art. 799).

Ainda com base no art. 799, o juiz pode “*impor a prestação de caução*”.

Não se trata da caução-medida cautelar específica prevista no art. 826. Ali, no art. 826, a caução é prevista em lei ou em contrato.

Na hipótese do art. 799, o juiz pode determinar a caução sem previsão legal ou contratual, apenas com base no seu poder cautelar geral.

Também não se trata da *caução condicional para a concessão de liminar*, de que trata o art. 804 (caução pelo requerente da medida cautelar).

*Nem da caução pelo requerido, a contra-cautela* constante do art. 805.

A caução, de que trata o art. 799, é medida permitida ao juiz, com base em seu poder cautelar geral, sempre que a parte se encontrar na situação prevista no art. 798 (fundado receio de lesão de difícil e/ou incerta reparação).

Quais são as *hipóteses*, então, em que o juiz exercita o seu *poder cautelar geral*?

As hipóteses são *infinitas*.

A vida prática pode oferecer situações tão variadas e variáveis, que, na mesma medida, variarão as providências cautelares deferidas ao juiz.

Vejam os alguns exemplos:

1 — Suspensão de deliberações sociais.

2 — Sustação de protesto de títulos.

3 — Divergência sobre cabimento de mandado de segurança contra ato de diretor de estabelecimento particular de ensino. Cabimento da medida cautelar inominada (atípica).

4 — Medidas cautelares atípicas relacionadas com ações tendentes à obtenção de declaração de vontade.

5 — O seqüestro do art. 507, parágrafo único do C. Civil, no caso de posses duvidosas (ambas as partes).

6 — Riscos de danificação e dilapidação de fortuna.

7 — O seqüestro de herança como medida inominada (?).

8 — Medidas atípicas em tema de posse; de construção, de frutos pendentes; de registros públicos (anotações preventivas); de ofícios reservados aos Bancos e Caixas.

9 — Ação "libero homine exhibendo". Alguém está em cárcere privado ou ilegalmente coagido. E precisa de liberdade para praticar determinado ato jurídico.

10 — Proibição de produzir determinado bem, enquanto pende o juízo de tutela do direito de invenção.

11 — Proibição de usar nome comercial que se confunda com outro.

12 — Admissão de exercício provisório de servidão de passagem sob litígio.

13 — Autorização para o locador prover, com meios próprios, à cultura de um fundo rústico abandonado pelo locatário, que não o cultivava convenientemente.

14 — Suspensão dos efeitos de uma eleição realizada por uma sociedade corporativa para composição dos órgãos de administração, sob fundamento de irregularidades na convocação da assembléia.

15 — O clássico exemplo de CALAMANDREI, em que a Justiça autorizou fosse coberto, provisoriamente, o retrato de uma ninfa exposto num salão público, em trajes sumários, e que se assemelhava à figura de uma artista muito conhecida, até que se resolvesse a causa em que a interessada pedia a retirada definitiva do quadro impudico e ultrajante.

16 — Da proibição de inovar.

17 — Remoção compulsória (cautelar) de administradores.

18 — Proibição de ligar a energia elétrica, enquanto não se adotam medidas de proteção às pessoas que habitam local próximo a um condutor de alta tensão.

19 — Para possibilitar uma execução específica (obrigação de entregar coisa certa), pode o credor pedir providências cautelares que a possibilitem no futuro.

20 — A proibição de dispor do bem, como medida cautelar. Não impede a disposição, mas a torna ineficaz.

21 — A aposição de selos ou lacres em objetos, cofres etc.

22 — Qualquer medida relativa à segurança da pessoa (prevenção contra a suposição, substituição ou a supressão do parto).

23 — A acefalia das sociedades e das fundações. A cefalização provisória (cautelar).

24 — A interdição (cautelar) do espetáculo ou representação ou execução.

25 — A tutela do direito de penhor, mediante ação cautelar de depósito.

26 — O depósito cautelar pedido pelo transportador, para não se expor a riscos maiores e inexigíveis.

27 — A retirada de obstáculos ao exercício de uma atividade lícita (civil ou comercial). Remoção de estacas colocadas na área de acesso às dependências da fábrica.

28 — Medidas adequadas para obstar o extravio de bens, dilação de patrimônio, ocultação de pessoas.

29 — No processo trabalhista: suspensão liminar de transferência de empregado.

30 — Poder cautelar geral do Juiz contra ato da administração pública. Dificuldades: presunção de legalidade dos atos administrativos e auto-executoriedade destes. Mesmo assim possibilidade em tese. Exemplo: Município pratica ato administrativo em território de outro Município. Juiz pode suspender.

31 — Ato aberrantemente inconstitucional do P. Legislativo. Eficácia imediata e concreta da lei. Direito de um cidadão imediatamente atingido. Possibilidade de suspensão cautelar? Sim. STF concedeu medida cautelar para suspender efeitos concretos, de uma Resolução do TJRJ, enquanto se processava a arguição de inconstitucionalidade mediante representação. RTJSTF, vol. 76, p. 342. Dispositivos do RI.

32 — (Nota: o art. 4.º da Lei n.º 4.348, de 26-6-1964 autorizou o Presidente do Tribunal a suspender o efeito de liminar ou sentença concessiva de mandado de segurança, em certas hipóteses. Mas aí não se trata de poder cautelar geral, mas especial, pois expressamente previsto).

Os exemplos aqui lembrados, além dos que já haviam sido mencionados, quando do estudo dos artigos 798 e 799, só guardam o propósito de se ressaltar a importância e a amplitude do poder cautelar geral do Juiz no processo civil, sobretudo no Código de 1973.

Mas, obviamente, não esgotam as possibilidades de outros, que só a vida prática pode engendrar.

Esta “tem mais exigências do que as que a imaginação de legislador poderia conceber”.

O PODER CAUTELAR GERAL DO JUIZ se exercita através de provimentos em AÇÕES CAUTELARES ou SIMPLES MEDIDAS CAUTELARES.

Quais são as condições da ação cautelar em que se pede ao Juiz o exercício de seu poder cautelar geral?

As condições gerais da ação:

- 1) possibilidade jurídica;
- 2) interesse de agir;
- 3) legitimidade para a causa (ativa e passiva).

Mas as condições especiais:

- 1) “fumus boni iuris”;
- 2) “periculum in mora” (que podem ser considerados requisitos de mérito da pretensão à segurança).

*Outras normas gerais do processo cautelar aplicáveis às hipóteses de ações e medidas cautelares fundadas no poder cautelar geral do Juiz*

*Artigo 800:* as medidas cautelares serão requeridas ao Juiz da causa; e, quando preparatórias, ao Juiz competente para conhecer da ação principal.

*Parágrafo único.* Nos casos urgentes, se a causa estiver no Tribunal, será competente o relator do recurso.

*Artigo 801:* requisitos da petição inicial da ação cautelar (ou simples medida).

Os artigos 802 e 803 tratam do procedimento.

O artigo 804 cuida da concessão de medida liminar, com eventual exigência de caução pelo requerente.

O 805, de caução substitutiva oferecida pelo requerido.

O 806 fixa o prazo de 30 dias para propositura da ação principal, a contar da efetivação da medida cautelar, sob pena de ineficácia desta.

O 807 diz que as medidas cautelares conservam sua eficácia nesse prazo e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

### Parágrafo único. . .

O 808 indica as hipóteses em que cessa a eficácia da medida cautelar.

O 809, o apensamento dos autos do processo principal e cautelar.

O 810: o indeferimento da medida não obsta que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o Juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

O 811 responsabiliza o autor da ação cautelar ou o requerente da medida cautelar pelo prejuízo que causar ao requerido a execução da medida.

E o 812 estende aos procedimentos cautelares específicos as disposições gerais do Capítulo.

Sobre eles não me deterei.

Apenas devo aduzir: que os princípios gerais do processo de conhecimento incidem também no cautelar, naquilo que com ele não se mostrar incompatível (sucumbência, etc.), recursos, etc.

### *Limites ao poder cautelar geral do Juiz*

O poder cautelar geral do Juiz é amplo. Muito amplo mesmo. Mas não absoluto. Também tem limites.

Não pode o Juiz, no processo cautelar, em caráter provisório, conceder tutela mais ampla do que aquela que a parte poderia obter, em termos definitivos, no processo de conhecimento ou de execução.

O mais há de ser sempre questão de prudência.

### *Considerações finais*

Colocamo-nos entre os que vêem no Livro III do CPC (Livro do Processo Cautelar) um de seus pontos altos, embora concordemos com algumas observações críticas a ele endereçadas, outras mais acrescentando.

A tutela cautelar, todavia, está suficientemente distribuída, seja no próprio livro a isso destinado, seja em dispositivos esparsos dos dedicados ao processo de conhecimento, de execução e aos procedimentos especiais.

Devidamente utilizados os instrumentos oferecidos, desapegando-se os Juizes do antigo preconceito contra medidas cautelares, sobretudo as ditadas por seu poder cautelar geral, e usando da prudência que sempre há de caracterizar o bom Magistrado, não há dúvida de que a distribuição da Justiça poderá ser consideravelmente melhorada, sem maiores riscos para as partes, enquanto aguardam a prestação jurisdicional definitiva.

Eventuais abusos não de ser coibidos através dos instrumentos e com uso dos poderes propiciados pelo próprio CPC.

É lícito esperar, então, uma jurisprudência rica e aberta aos novos reclamos do direito processual civil e principalmente da Justiça.

# A teoria das ações em Pontes de Miranda (\*)

CLÓVIS DO COUTO E SILVA

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

Ninguém ignora que a teoria da ação é um dos temas mais complexos do processo civil. Esta complexidade cresce extraordinariamente de ponto, quando se cuida de estudá-la em PONTES DE MIRANDA, em razão de seu método original de analisá-la. Acresce, ainda, a circunstância de não serem muitos os que compreendem a originalidade de sua teoria e o valor de sua contribuição para a teoria geral do processo. Para isso, seria necessário ter um conhecimento aprofundado da ciência processual da primeira metade deste século na Alemanha e na Itália. Não é necessário acrescentar que são raros os que possuem este conhecimento. Em sua maioria, os processualistas analisam apenas os aspectos dogmáticos atuais do direito processual, livres de toda e qualquer preocupação de aplicar elementos da teoria geral do direito ou de fazer uma história dos conceitos.

A presente exposição terá, assim, duas partes: na primeira, procurar-se-á descrever a ciência processual de seu tempo; numa segunda parte, a sua contribuição a esta mesma ciência processual, no pertinente à teoria da ação.

## I. *A Teoria das Ações antes da segunda metade do século XX*

Esta divisão se impõe porquanto são os *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, publicados a partir de 1949, a sua obra acabada a este respeito. Ainda quando se tome como marco fundamental para o início do tratamento científico do direito processual — isto é, do exame do processo à luz de doutrinas dos mestres do pensamento processual moderno — o *Tratado da Ação Rescisória*, parece certo que o desenvolvimento de sua *Teoria das Ações* somente surge com a publicação dos mencionados *Comentários ao Código de Processo Civil*.

(\*) Conferência proferida na Semana Pontes de Miranda (7 a 9 de setembro de 1987) em Belém do Pará, a convite do TRT — 8ª Região.

Vejamos, pois, qual seria o universo de conceitos dentro do qual PONTES DE MIRANDA desenvolveu a sua teoria das cinco cargas ou dos cinco efeitos das ações.

O direito processual é um direito recente. Ele se desenvolveu na mesma época em que o direito administrativo e manteve com ele relações profundas. Ambos esses direitos, o processual e o administrativo, devem muito ao direito civil. Começa a desenvolver-se o direito processual moderno, como ninguém ignora, através da concepção de o processo se constituir numa relação jurídica. Pode-se afirmar que esta concepção nasce no ano de 1868, com a obra de OSKAR BÜLOW a respeito dos pressupostos do processo em que ele combate a noção de serem as exceções processuais exceções impeditivas do processo (1). Foi ele quem criou a expressão "presupostos processuais". Ele passou a aplicar no processo civil a noção de "Tatbestand" que PONTES DE MIRANDA tanto enfatiza em suas obras e que ele traduziu por "suporte fático". Foi a necessidade de aplicar essa noção que levou OSKAR BÜLOW a formular a pergunta: quais seriam os pressupostos constitutivos, ou na linguagem de PONTES DE MIRANDA, quais os pressupostos da existência da relação processual? Com isso, invertia-se o modo de tratar o processo e adotava-se, pela primeira vez, o conceito de relação jurídica processual e a noção de pressupostos processuais.

"Tatbestand" é uma noção de teoria geral do direito ainda quando à época não se tivesse dessa disciplina uma idéia definida. Procuravam-se, no direito civil, princípios e modelos jurídicos mais abrangentes ainda quando não se tivesse uma noção clara da existência de uma Parte Geral do direito civil. Essa busca incessante de conceitos mais amplos vai dar origem, mais tarde, à teoria geral do direito, e a técnica legislativa vai introduzir, em alguns códigos civis, uma Parte Geral. É tudo isto uma decorrência da ciência do direito da primeira metade do século XIX, que resulta, sobretudo, das obras de SAVIGNY, especialmente do *Sistema do "Direito Romano Atual"*.

Os autores que então se dedicavam ao processo civil eram, em geral, grandes romanistas, e, em consequência, consumados civilistas. Não havia a noção estreita de especialização, como sucede na atualidade. OSKAR BÜLOW, por exemplo, era não só uma grande romanista, pois havia sido professor de direito romano, como também um grande civilista, com uma contribuição das mais importantes, talvez tão importante quanto a que realizaria no processo — para a teoria do negócio jurídico (2). Eram juris-

---

(1) *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, pp. 5 e segs. A respeito, ver nosso ensaio "Contribution à une Histoire des Concepts dans le Droit Civil et dans la Procédure Civile", in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 14 (1985), pp. 291 e segs.

(2) *Das Geständnisrecht, ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg, 1899.

tas, portanto, que, ao escreverem sobre o processo civil, tinham em vista os conceitos utilizados no direito civil.

Essa situação se modificou no início do século XX por força da especialização: são raros os autores que dominam, com igual rigor, o direito material e o processual. Uma grande exceção neste tipo de formação especializada é PONTES DE MIRANDA, porque foi, ao mesmo tempo, o maior de nossos civilistas e o maior de nossos processualistas. Com uma visão global do fenômeno jurídico, ele pôde observar o mesmo conceito repercutindo em vários setores do direito.

O que teria ocorrido no século passado no pertinente à *Teoria das Ações*? Cumpre referir-se, especialmente, ao direito alemão, porque o diálogo de PONTES DE MIRANDA se relacionava, sobretudo, com as ciências alemã e italiana do processo civil. Mas foi com o direito alemão que o diálogo se estabeleceu com maior intensidade.

Como ninguém ignora, foi ele, desde cedo, impregnado pelo espírito da Escola de Recife. Mais tarde, aprofundou-se nos estudos do direito alemão e esteve várias vezes na Alemanha, proferindo conferências no Kaiser Wilhelm Institut, atualmente Max Planck Institut, e mesmo na Universidade de Berlim. Ele foi professor visitante nessa fundação e lá conheceu, ao redor de 1920, aqueles que eram talvez os maiores juristas da época. Percebe-se o resultado desse contato frutuoso em muitas de suas obras.

No pertinente à *Teoria das Ações*, é comum a observação que ela se constitui no núcleo central da mudança do tratamento dado ao processo com a superação do método adotado pelos praxistas — que não se interessavam por esse aspecto —, pelos processualistas, que procuravam estabelecer os conceitos fundamentais da teoria do processo.

Em boa parte do século passado eram conhecidas apenas as ações declarativas e condenatórias<sup>(3)</sup>. Essas ações eram puras: não se pensava, ainda, na cumulação de efeitos. Depois vieram as constitutivas; não foi fácil adotar o termo constitutivo para essa nova classe de ações. KONRAD HELWIG, um dos grandes processualistas do início deste século, tinha a concepção de que essas duas classes de ações não esgotavam todas as espécies. Mas parece certo que se deve a SCHRUTKA VON RECHTENS-TAMM<sup>(4)</sup> a afirmação de as ações constitutivas formarem uma terceira categoria, ao lado das ações declaratórias e condenatórias.

(3) Ver Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozesrechts*, t. 1, Leipzig, 1885; a respeito das ações constitutivas, ver Paul Ramer, *Die prozessuale Gestaltungs-klage des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht*, Zürich, 1973, pp. 3 e segs.

(4) *Grünhut Zeitschrift*, t. 16, 1889, pp. 17 e segs.

Mais tarde, o tratamento das ações, e especialmente das constitutivas, foi objeto de um amplo estudo de PAUL LANGHEINEKEN, considerado, ainda hoje, como um clássico (5). E, por fim, a autonomia das ações constitutivas recebeu um vigoroso impulso de EMIL SECKEL, em sua conferência, no ano de 1903, "Os Direitos formativos do Direito Civil" (6). Nela, aborda as idéias de KONRAD HELLWIG e afirma, também, a existência das ações constitutivas e salienta que as sentenças proferidas nesta ação, as sentenças constitutivas, podem resultar do exercício de um direito peculiar, até então não perfeitamente definido, do "direito formativo".

Apesar disso, a questão não se resolveu com facilidade. Observe-se que o modo de raciocinar profundamente arraigado pela tradição é o da classificação segundo o gênero e a espécie e, por isso, durante todo o século passado, era comum distinguirem-se as ações em declaratórias e condenatórias; e elas esgotariam todas as espécies possíveis de ações. Em conseqüência, muitos juristas consideraram as ações constitutivas como simples modalidade das ações condenatórias. Com o tempo, um número sempre maior de processualistas começou a reconhecer a autonomia das ações constitutivas em face das condenatórias. A doutrina passou, a partir de então, a admitir apenas três espécies de ações: as declarativas, condenatórias e constitutivas.

Quando GEORG KUTTNER, em 1914, mencionou a existência das ações mandamentais, como categoria autônoma, reacendeu-se a discussão.

Como ação mandamental, ou sentença mandamental, entende GEORG KUTTNER (7) aquela em que "o juiz, sem proferir uma decisão suscetível de gerar coisa julgada a respeito da relação jurídica de direito privado, determina, imediatamente, que um outro órgão do Estado, uma autoridade pública ou um funcionário público, venha a tomar ou deixar de tomar uma medida especificada na sentença, dentro dos limites da competência da aludida autoridade, mediante novo pedido da parte vitoriosa no processo".

Pensava GEORG KUTTNER haver criado uma quarta espécie de ação ou sentença: as ações ou sentenças mandamentais. O método não era o da classificação pelo gênero e espécie, e, sim, pelo exame da eficácia das ações ou, mais especialmente, da eficácia das sentenças.

A grande dificuldade no reconhecimento das ações mandamentais resultou da *vis atractiva* das ações condenatórias. Como se verifica do estudo da história dos conceitos das ações e sentenças, a ação condenatória

---

(5) Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zum Löhre von Klagrecht, Leipzig, 1899, pp. 200 e segs.

(6) Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Darmstadt, 1954, p. 12.

(7) Die Urteilwirkungen ausserhalb des Zivilprozesses, München, 1914, p. 22 e segs.

foi, para a maioria dos autores, o gênero de todas as ações que não fossem simplesmente declaratórias (8).

Já vimos que a autonomia das ações constitutivas que se inicia com SCHRUTKA VON RECHTENSTAMM encontrou enormes obstáculos. O destino das ações mandamentais não foi muito diverso. Descobertas por GEORG KUTTNER, o conceito pareceu restrito. Primeiro, porque as sentenças mandamentais não geravam coisa julgada; depois, porque se dirigiam, apenas, a outros órgãos do Estado; e, finalmente, porque dependiam de um novo pedido das partes.

Observe-se que GEORG KUTTNER pretendia descrever a autonomia das ações e sentenças mandamentais com rigorosa precisão, de molde a evitar, com toda a certeza, a afirmação de que as ações ou sentenças mandamentais outra coisa não seriam senão mera espécie das ações condenatórias. A afirmação de as ações ou sentenças mandamentais não se constituírem em categoria autônoma veio a prevalecer entre os juristas europeus, com a exceção, designadamente, de JAMES GOLDSCHMIDT (9).

Contudo, JAMES GOLDSCHMIDT chegou à surpreendente conclusão de as ações mandamentais serem o gênero e as condenatórias simples espécie. Em conseqüência, manteve a divisão tradicional em três espécies, mas estas agora seriam formadas pelas declaratórias, constitutivas e mandamentais. E a razão, para isto, está em que ele não via "na essência das ações condenatórias uma ordem para prestar, mas um título executivo, isto é, uma ordem de execução endereçada aos órgãos que a devem realizar".

## II. *A hierarquia dos efeitos das ações e das sentenças*

Era essa a teoria das ações e das sentenças ao tempo em que PONTES DE MIRANDA escreveu o *Tratado da Ação Rescisória*, os *Comentários ao Código de Processo Civil* e o *Tratado das Ações*.

Um dos raros juristas a preocupar-se com o assunto foi PONTES DE MIRANDA, e o seu pensamento nessa matéria se estratifica nos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, e especialmente na mais importante monografia sobre processo que se publicou entre nós, o monumental *Tratado das Ações* (10). A particularidade da teoria de PONTES DE MIRANDA está em classificar segundo a sua eficácia as ações ou sentenças, tomando em consideração, sobretudo, o efeito principal. É este o

---

(8) A teoria da lide, como pretensão resistida, provém, de certo, da época em que as ações condenatórias eram o gênero por excelência de todas as ações que não fossem declaratórias. Admitindo-se que muitas ações constitutivas, não todas, resultam do exercício de direitos formativos, isto é, de direitos que não são dotados de pretensão, tornou-se difícil definir a lide como pretensão resistida.

(9) *Der Prozess als Rechtslage*, p. 496, nota 2.615, Berlim, 1925.

(10) *Tratado das Ações*, São Paulo, tomos 1 a 7 (o 1º tomo é de 1970).

efeito que define a ação como declaratória, condenatória, constitutiva, executiva ou mandamental. Se a simples “descoberta” da autonomia das ações constitutivas por SCHRUTKA VON RECHTENSTAMM já se constituiu num episódio marcante para a ciência processual, sucedendo o mesmo com as ações mandamentais por GEORG KUTTNER, o que se dirá da transformação de todas essas idéias ao contato de uma mente extremamente poderosa como a de PONTES DE MIRANDA? A transformação opera-se pela aplicação do conceito de quantificação à *Teoria das Ações*. Ainda hoje há enorme resistência à aplicação desse tipo de raciocínio ao direito, em virtude, especialmente, da distinção entre ciência do espírito (moral sciences) e ciências da natureza.

Como elemento explicativo, especialmente para aferir diferenças entre eficácias, pode ser da mais alta relevância. A percepção fica muito mais clara e as diferenças, que nem sempre aparecem na simples classificação por gênero e espécie, tornam-se mais evidentes. Poucos autores tiveram uma noção da existência de efeitos preponderantes em matéria de teoria das ações. No geral, essa visão se relaciona, apenas, com os efeitos das ações condenatórias. Nesse sentido, PAUL LANGHEINEKEN foi, talvez, o primeiro a ter essa intuição, ao afirmar que nas ações condenatórias “a ordem contida na sentença constitui a parte principal de seu conteúdo e a declaração do direito somente um seu elemento secundário”<sup>(11)</sup>. Verifica-se, contudo, que PAUL LANGHEINEKEN não distinguia ainda das ações condenatórias as ações executivas e mandamentais, pois o conteúdo das ações condenatórias era a ordem de prestar compreendida em seu sentido mais amplo.

Entretanto, o modo de classificar as ações em PAUL LANGHEINEKEN não era o comum em seu tempo, pelo gênero e espécie — ainda quando aluda ao conteúdo das sentenças —, mas pela eficácia; e daí se compreende o tratamento minucioso, e até hoje atual, por ele realizado, dos diversos tipos de ação, e, especialmente, das ações constitutivas.

A contribuição de PONTES DE MIRANDA consistiu em inter-relacionar as diversas eficácias das ações segundo um critério de preponderância ou de hierarquia de efeitos que não é comum nas ciências do espírito especialmente no direito. Para isso, impunha-se uma tarefa preliminar. A análise de todos os tipos possíveis de efeitos das ações ou das sentenças, segundo um critério de preponderância. Nesse ponto reside a sua grande contribuição à teoria das ações, desenvolvida no seu magistral *Tratado das Ações*.

Os autores alemães e italianos até a atualidade não foram muito além das afirmações de PAUL LANGHEINEKEN. Até mesmo alguns, que racio-

(11) “Dieser Urteilsbehl representiert den Hauptbestandteil der Urteilsinhalt, jene Rechtsfeststellung dagegen nur ein sekundäres Urteilstelement” in: *Der Urteilsanspruch* cit., p. 203.

cinam pelos critérios tradicionais de gênero e espécie, chegam mesmo a reduzir a duas as categorias de ações, como sucede, por exemplo, com PETER SCHLOSSER, ao afirmar que as ações seriam declaratórias ou constitutivas. As ações condenatórias e as mandamentais não se constituiriam em categoria autônoma, pois seriam apenas espécies das ações constitutivas. As ações condenatórias seriam constitutivas no plano processual em razão de seu efeito executivo, o que os diferencia das simplesmente declaratórias (12).

Para os que procuravam examinar os diferentes efeitos das ações e sentenças a dificuldade maior situava-se na autonomia das ações executivas e das mandamentais em face das ações condenatórias. Essa autonomia, como se sabe, é negada pelos autores que adotam a divisão tradicional das ações em declaratórias, condenatórias e constitutivas.

Não só isso. Outras questões importantes para a teoria da ação foram objeto de acirrada discussão, como, por exemplo, a de saber se as ações constitutivas e as mandamentais faziam coisa julgada. A respeito de ambas, pronunciou-se JAMES GODSCHMIDT, tendo as respectivas sentenças como suscetíveis de fazer coisa julgada (13). Mas essa opinião não foi prevalente durante largo espaço de tempo. E a respeito do *quantum* de declaratividade necessário para gerar coisa julgada a posição de PONTES DE MIRANDA foi pioneira, pois não basta dizer que há elemento declaratório na sentença para concluir que ela produz coisa julgada. É necessário que a declaração atinja uma certa intensidade.

Por fim, havia as ações executivas. Essas ações eram conhecidas desde o direito romano, mas delas não se tinha uma noção exata. A executividade era o efeito peculiar das ações divisórias, e se consubstanciava na *adjudicatio*. A particularidade das ações executivas é a de que elas não necessitam de propositura de uma nova ação, da *actio iudicati*, para que se realize a expropriação.

Pensava-se, por igual que as ações não possuíam, em geral, mais do que dois efeitos: o efeito preponderante, que poderia ser condenatório ou constitutivo; e o efeito secundário, declaratório. Se a ação fosse declaratória, não se cogitaria de nenhum outro efeito.

PONTES DE MIRANDA utiliza-se do que ele denomina de “análise espectral”, ou seja, da análise interna das ações e não da análise externa, que via apenas três espécies. A classificação das ações e sentenças em apenas três espécies não levava, como não levou, ao exame rigoroso dos efeitos executivos e mandamentais contidos nas ações e nas sentenças. E o que é pior; deu o mesmo tratamento a efeitos absolutamente diversos. Por esse motivo, classifica PONTES DE MIRANDA as ações ou sentenças por seu

---

(12) *Gestaltungsklage und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, pp. 102 e segs.

(13) *Der Prozess des Rechtslage*, cit., p. 496, nota 2.516.

efeito preponderante, sem excluir a existência simultânea dos demais efeitos. Os efeitos secundários se relacionariam uns em face dos outros segundo uma hierarquia, ou seja, na conformidade dos graus de eficácia próprios de cada ação ou sentença. Essa idéia de mútua inter-relação necessária de efeitos é peculiar a uma relação de preponderância ou de hierarquia, no sentido de que todas as ações devem possuir, em graus diversos, a totalidade dos efeitos. Ainda que seja possível discutir esse aspecto, é fora de dúvida que nenhum autor examinou, com rigor semelhante, os diferentes efeitos das ações e das sentenças. Um exemplo tirado ao acaso poderá ilustrar esse aspecto. Qual a distinção entre as ações de manutenção e de reintegração de posse?

Na ação de manutenção, afirma PONTES DE MIRANDA, “há forte elemento declarativo; mas o elemento executivo é ínfimo: “mantém-se” apenas; não se procede a qualquer expropriação, em *lato sensu* não se invade a esfera jurídica do terceiro. Na ação de reintegração, o elemento condenatório cresce, o de execução passa à frente do declaratório e do próprio elemento mandamental. A sentença que reintegra executa. O mandado é, aí, mero instrumento de execução. De modo que, classificadas as ações pela preponderância da eficácia, como devem ser, as ações de manutenção são mandamentais; e as ações de reintegração executivas (14)”.

Difícil, senão impossível, seria a tentativa de classificar as ações de manutenção ou reintegração de posse como declaratórias, condenatórias e constitutivas. É que muitos autores não percebem que é necessário analisar a hierarquia dos efeitos, sem o que a classificação perde em certeza e se reduz a uma simples opinião. Esse critério de hierarquia, de prevalência, foi adotado por PONTES DE MIRANDA no exame das ações declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, estabelecendo com clareza exemplar conceitos que permanecem confusos ainda entre os melhores autores. Uma das razões para esta confusão poderá estar numa inexacta compreensão da teoria da “jurisprudência de interesses”, formulada por PHILIP HECK, de que resultou no abandono lamentável dos estudos a respeito da história dos conceitos. Ainda quando seja condenável o excessivo conceitualismo, especialmente na aplicação do direito (15), é fora de dúvida que uma das tarefas mais importantes dos juristas é a de aperfeiçoar os instrumentos de compreensão do direito, tanto vale dizer, a de submeter a uma crítica permanente os seus conceitos. Como quer que seja, são poucas as obras realmente importantes sobre a teoria das ações. E é fora de dúvida que ninguém contribuiu tanto nesse campo como PONTES DE MIRANDA.

(14) Tratado das ações, cit., t. VI, § 13, pp. 112 e segs.

(15) PONTES DE MIRANDA condena, por igual, a “jurisprudência dos conceitos”, o que não significa dizer que o aprimoramento dos conceitos jurídicos não seja uma tarefa importante (in *Manual do Código Civil*, vol. XVI, 1, Rio, 1927, pp. 389 e segs.).

# La necesaria motivación de las resoluciones judiciales

ANTONIO M<sup>º</sup> LORCA NAVARRETE

Profesor Titular Numerario de Derecho  
Procesal Facultad de Derecho - San Sebastián España

## SUMARIO

1. Planteamiento. 2. La necesidad de motivar los fallos judiciales en el ordenamiento jurídico español. 3. ¿Cuándo una sentencia debe considerarse suficientemente motivada?. 4. El acceso al amparo constitucional de la resolución judicial no motivada.

### 1. Planteamiento

La motivación de las resoluciones judiciales no surge como un tema exento de importancia. Su planteamiento entronca con el "derecho a ser juzgado" que recoge el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, con el "derecho a ser juzgado públicamente" del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, o en fin, con "el derecho a ser oído por un Tribunal competente" del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969. En general el derecho a ser juzgado o a ser oído por un Tribunal competente implica el derecho a la tutela judicial efectiva que a su vez supone el derecho de todo ciudadano a ser convencido sobre su obtención. Por ello es común en los textos internacionales que se han examinado que el derecho a la motivación de una resolución judicial no aparezca individualizado como tal derecho, y sí que en cambio aquél pueda entenderse comprendido en el derecho de más amplio contenido como es el ya referido derecho a ser juzgado o a ser oído por un Tribunal competente. Pero pese a ello la necesaria motivación que debe ofertar toda resolución judicial

no se minusvaloriza, sino que muy al contrario adquiere una relevancia sin duda importante, si se tiene en cuenta que la *motivación de los fallos judiciales* es una lógica consecuencia del derecho a ser juzgado o a ser oído por un Tribunal competente.

## 2. *La necesidad de motivar los fallos judiciales en el ordenamiento jurídico español*

En el ordenamiento jurídico español contamos con la expresa sanción a nivel constitucional de la necesaria motivación de las resoluciones judiciales, aún cuando aquélla solo se encuentre referida a un tipo de resolución judicial como es la sentencia. En efecto, el art. 120.3 de la Constitución española establece expresamente que "*las sentencias serán siempre motivadas...*", lo que *no* debe de entenderse como una formulación meramente programática que deba precisar un desarrollo posterior legislativo para que sea aplicada. Además y conjuntamente con el principio contenido en el art. 120.3 C. (Constitución española), la Constitución española posee además resortes que harían de la inaplicación de dicho principio procesal motivo para el planteamiento de una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional español (T.C.). Por ello y aún cuando la motivación de la sentencia asuma rango constitucional y se inserte dentro de la configuración del proceso como un *sistema de garantías constitucionales* (1), no por ello su exigencia se hallaría huérfana para motivar la demanda de amparo constitucional si no fuera porque *además* nuestra Constitución consagra como derecho con valor fundamental el de que *todos* deben de acceder a la tutela judicial efectiva. Bastaría, por tanto, con que no se atendiera por parte de un Juez o Tribunal el derecho de *todos* a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.) para que la no motivación de un fallo judicial fuese atentatorio de ese derecho (constitucional), pues como señala la S.T.C. (Sentencia Tribunal Constitucional español) n.º 55/1987, de 13 de mayo, "los términos en que se encuentra concebido el art. 24 de la Constitución han de entenderse integrados en su sentido con lo que dispone el art. 120 de la propia Constitución que exige la motivación de las Sentencias".

Ahora bien, y según la actual legislación procesal española y de conformidad con el art. 120.3 C. *solo* las sentencias aparecerían necesitadas de la respectiva motivación pues, recuérdese que la C. española solo alude a "sentencias" que son las resoluciones que ponen término al proceso (art. 245 Ley española Orgánica del Poder Judicial y arts. 369 a 375 Ley española de Enjuiciamiento Civil). En cambio no aparecen para nada referidas el resto de resoluciones judiciales que es posible que un Juez o Tribunal español pronuncie en el curso del proceso, como son los llamados "autos" y "providencias", sobre todo si se tiene en cuenta que

(1) La configuración del proceso como un *sistema de garantías* aparece ya afirmada por mí. Vid. LORCA NAVARRETE, A. M<sup>º</sup>: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, p. 20 y también *Derecho Procesal Civil, Laboral y Contencioso Administrativo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p. 20.

las "providencias" no necesitan motivarse para ser pronunciadas por el Juez o Tribunal, aunque sí los "autos" (art. 370 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pues bien, no cabe duda que la obligación de motivar deberá ser extensible a todo tipo de resolución judicial que pronuncie un Juez o Tribunal, incluso a aquellas que siendo de *nueva tramitación* del proceso (como sucede en el ordenamiento jurídico español con las llamadas "providencias") no necesitan, en principio, ser motivadas; y ello será, además, de ese modo cuando con arreglo a la propia naturaleza jurídica de la resolución judicial que se pronuncie, la misma afecte a los derechos fundamentales o constitucionales propios de cada sujeto parte en el proceso, porque en tal caso la no motivación produciría indefensión, que a su vez le vedaría al sujeto el acceso a una tutela judicial efectiva (art. 24 C.).

### 3 *Cuándo una sentencia debe considerarse suficientemente motivada?*

El T.C. español ya ha reiterado en varias ocasiones su criterio sobre esta cuestión a través de una jurisprudencia que se inicia en las S.T.C. 20/1982, de 5 de mayo, 14/1985, de 1 de febrero, 138/1985, de 18 de octubre, 5/1986, de 21 de enero, 110/1986, de 29 de septiembre y en fin, la S.T.C. 55/1987, de 13 de mayo.

El T.C. antes de pronunciarse sobre la *necesaria* (art. 120 C.) motivación de las sentencias señala varios puntos esenciales a tener en cuenta en las hipótesis en las que se pide el amparo referido a tales cuestiones. Son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Que la exigencia constitucional de motivar las sentencias no significa, como es lógico, el triunfo de las pretensiones o razones de quien se encuentra afectado por la falta de motivación.

2.<sup>a</sup> Que a través del amparo no se trata de *corregir* la fundamentación de la sentencia como si se tratase de una instancia casacional; y

3.<sup>a</sup> Que aún cuando sea preciso atenerse a la *básica* motivación de la sentencia, ello no afecta a una *especial economía* en el desarrollo de la fundamentación, y no porque la motivación sea escueta y concisa no deja por ello de estar motivada la sentencia.

En cuanto a la *exigencia de la motivación*, la misma se fundamenta, según el T.C., en los siguientes argumentos:

1.<sup>o</sup> La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado democrático de derecho (art. 1 de la Constitución española) y con una concepción de la *legitimidad* de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 de la C.). Precisamente de ello se deduce

la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus sentencias, ante todo, para *permitir el control de la actividad jurisdiccional*.

2.º La motivación de la sentencia se debe dirigir también a lograr el *convencimiento* de las partes en el proceso, respecto de la *corrección y justicia* de la decisión judicial sobre los derechos del ciudadano, y en tal sentido debe mostrar el esfuerzo del Tribunal para lograr una aplicación del derecho *libre* de toda arbitrariedad.

3.º La falta de motivación, además, privaría a la parte afectada del ejercicio efectivo de los recursos jurisdiccionales, pues sólo en base a la motivación se puede controlar por el Tribunal *ad quem* la correcta aplicación por el *a quo* del Derecho, y por el T.C. a través del amparo por la vía del art. 24.1 C., si el Tribunal de la cause ejerció la potestad jurisdiccional "sometido únicamente al imperio de la Ley", de la forma en que lo establece el art. 117.1 de la Constitución. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica.

#### 4. *El acceso al amparo constitucional de la resolución judicial no motivada*

No cabe duda de que toda resolución judicial que pronuncie en Juez o Tribunal que *no* se halle motivada debería acceder al amparo constitucional a través de la sustanciación de la correspondiente demanda ante el respectivo Tribunal Constitucional (como es el caso de España) o de la Corte de Garantías Constitucionales (como es el caso de algunos países latinoamericanos) y ello porque de ese modo se consigue frente a la resolución judicial no motivada tres objetivos:

1.º Se *controla* la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales.

2.º Se hace cumplir la legalidad *alejándola* de todo tipo de *arbitrariedad* que pudiera conllevar una resolución judicial no motivada; y

3.º Porque como ya se ha indicado, la resolución judicial *motivada* ha de *convencer* a la parte en el proceso acerca de su corrección y justicia y porque, en fin, una resolución judicial motivada supone implícitamente reconocer el derecho de la parte en el proceso a utilizar la vía de los *recursos* jurisdiccionales ante segundas o ulteriores instancias.

# A proibição de analogia no direito tributário

RICARDO LOBO TORRES

Professor de Direito Financeiro nas Faculdades  
de Direito das Universidades do Estado do Rio  
de Janeiro e Gama Filho

## SUMÁRIO

*1. A polêmica sobre os limites da integração. 2. O conceito de analogia. 3. A proibição de analogia desfavorável ao contribuinte. 4. A permissão de analogia. 5. Conclusão.*

### 1. A polêmica sobre os limites da integração

Reuniu-se em 1981 a Associação Alemã de Direito Tributário para discutir o tema dos limites da integração em direito tributário.

O Prof. Ruy Barbosa Nogueira fez publicar, no vol. 3 da coletânea *Direito Tributário Atual*, o relatório de K. TIPKE <sup>(1)</sup> sobre aquele encontro, acompanhado do painel de conteúdo de H. W. KRUSE <sup>(2)</sup> e precedido de seus comentários sobre o fato gerador e a integração por analogia <sup>(3)</sup>.

---

(1) 1983.

(2) 1983.

(3) 1983.

A publicação do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, pioneira entre nós e contemporânea à divulgação promovida por prestigiosas revistas estrangeiras (4), teve o mérito de chamar a atenção para a importante polêmica que se iniciava na Alemanha.

O objetivo do presente trabalho, dentro do curso sobre o Direito Tributário Atual, organizado pelo Instituto de Direito Tributário, sob os auspícios da Universidade de São Paulo, é atualizar as informações sobre a polêmica que continuou a lavrar no meio universitário alemão a respeito da permissão de analogia desfavorável ao contribuinte, que dê nascimento a um débito tributário.

## 2. O conceito de analogia

Antes, porém, é necessário que se fixe o conceito de analogia utilizado nos debates.

Prevaleceu a tese de LARENZ(5), tão importante para a doutrina e para a jurisprudência alemãs (6), segundo a qual a analogia é forma de *preenchimento de lacuna*, entendida esta como incompletude contrária ao plano do legislador (*planwidrige Unvollständigkeit*). A analogia opera além da possibilidade expressiva da letra da lei, estremando-se dos métodos de interpretação (7).

A analogia, como forma de integração ou complementação do direito, corresponde ao *argumentum a simili*, consistindo na aplicação ao caso omissis na lei de dispositivo previsto para hipótese semelhante — *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

## 3. A proibição de analogia desfavorável ao contribuinte

No Brasil predominou sempre a idéia da proibição de analogia desfavorável ao contribuinte. O princípio da legalidade (art. 153, § 29. da CF), o princípio da reserva da lei na definição do fato gerador (art. 97

(4) Cf. TIPKE, 1982-a.

(5) 1960, p. 286.

(6) Para a influência da obra de LARENZ sobre a metodologia, a interpretação e a integração do direito tributário v. TIPKE, 1983, p. 517; WOERNER, 1982, p. 27; BEISSE, 1984, p. 19.

(7) No direito suíço, por exemplo, em que se não adotou a teoria de LARENZ, o conceito de analogia tem outro significado, confundindo-se com a interpretação — cf. HOHN, 1984, p. 257. Concepção diferente da de que se cuida aqui é a da analogia por compreensão ou interpretação analógica, defendida entre nós por RUBENS GOMES DE SOUZA (I, p. 55), mas que refoge ao tema da integração.

do CTN) e a regra expressa de que o “emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei” (art. 108, § 1.º, do CTN) são claros na vedação da integração analógica. A doutrina em sua esmagadora maioria também se manifestou nesse sentido (8).

Os juristas estrangeiros igualmente condenaram a analogia para a exigência de tributos.

Na Alemanha essa era a opinião majoritária, que continuou a ser defendida, no âmbito da polêmica a que nos referimos antes, entre outros, por KRUSE (9), FRIAUF (10) e FRIEDRICH (11).

#### 4. A permissão de analogia

A partir do início desta década de 1980 é que surgiram, na Alemanha, as opiniões favoráveis à analogia gravosa, inaugurando a instigante discussão sobre o assunto.

Defendem o emprego da analogia, ainda que para o lançamento de tributos, entre outros, K. TIPKE (12), M. TANZER (13), W. RAINER WALZ (14), L. WOERNER (15) e G. CREZELIUS (16). Cada autor dá ao problema ênfase e enfoque diferentes, mas comungam todos no reconhecimento da fragilidade metodológica da proibição de analogia. Passamos a fazer a resenha dos diversos argumentos utilizados, ligando-os aos juristas que os defendem.

Imprecisão fundamental é a de que a tese da proibição da analogia é fruto de um *positivismo*, já superado hodiernamente, que se projetou para o direito tributário em função do liberalismo individualista (17). Além disso, não existe nenhum critério seguro que permita separar a *interpretação extensiva* da *analogia*, de modo a tornar aquela admissível e esta proibida,

---

(8) Cf., por todos, RUY BARBOSA NOGUEIRA, 1983.

(9) 1982.

(10) 1982.

(11) 1985.

(12) 1981, 1982, 1983, 1985, p. 48 e 1985-a. Nas edições anteriores do seu livro *Steuerrecht*, TIPKE condenava a analogia (1978, p. 34).

(13) 1981.

(14) 1980, p. 142.

(15) 1982.

(16) 1981 e 1983, p. 162.

(17) Cf. TIPKE, 1981, p. 191 e 1983, p. 514; TANZER, 1981, p. 202.

posto que reina a insegurança quanto ao limite da expressividade das palavras da lei (18).

Da mesma forma a interpretação econômica, admitida em direito tributário, muita vez se confunde com a analogia (19); ainda mais que a interpretação teleológica, que leva à consideração econômica do fato gerador, não constitui um método específico, senão que informa todos os métodos de interpretação (literal, lógico, sistemático e histórico) (20).

Argumento importante é o de que o princípio da *tipicidade* não implica no total fechamento da norma, capaz de excluir a analogia. No direito tributário aparecem com frequência os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e os tipos, que, sendo lacunosos por definição, abrem-se para a colmatação pela analogia (21).

Quanto ao princípio da *legalidade*, deve ser contrabalançado com o da capacidade contributiva e com a idéia de justiça e igualdade. A só legalidade, preocupação de sabor positivista, exclui a legitimidade e conduz à exacerbação da segurança jurídica e à vedação de analogia (22). Aliás, a segurança jurídica passa a ter o seu papel equilibrado com o da justiça. Em lugar da segurança jurídica, afirma TIPKE (23), é necessário que haja a *segurança da norma*, a segurança contra a arbitrariedade da falta de regra.

A segurança da norma não é prejudicada pela eventual dificuldade oferecida pela analogia, tendo em vista que também a interpretação é atividade extremamente delicada. Por isso mesmo, o contribuinte se distancia do processo de aplicação do direito tributário, cada vez mais delegado a advogados, contadores e profissionais especializados (24).

O *princípio da democracia*, entendido como emanção do Estado de direito material, não o prejudica a analogia gravosa (25). O mesmo aconte-

---

(18) Cf. TIPKE, 1981, p. 193; TANZER, 1981, p. 217; CREZELIUS, 1983, p. 160.

(19) Cf. TANZER, 1981, p. 215; CREZELIUS, 1983, p. 161.

(20) Cf. TIPKE, 1985-a, p. 135; WOERNER, 1982, p. 39.

(21) Cf. WALZ, 1980, p. 142; CREZELIUS, 1981, p. 121; TIPKE, 1981, p. 193; TANZER, 1981, p. 208.

(22) Cf. TIPKE, 1981, p. 191 e 1983, p. 521; TANZER, 1981, p. 208.

(23) 1981, p. 194: "*Rechtssicherheit ist m. E. aber zuerst Regelsicherheit, Sicherheit vor regelloser Willkür*".

(24) Cf. TIPKE, 1981, p. 194 e 1985-a, p. 147.

(25) Cf. TIPKE, 1983, p. 521 e 1985, p. 49; TANZER, 1981, p. 209.

tece com o *princípio da separação de poderes*, considerando-se que já não prevalece a exclusividade do discurso do legislador (*Dictum des Gesetzgebers*) nem o monopólio do Legislativo, que justificavam a proibição de analogia no direito tributário <sup>(26)</sup>.

Impossível a separação de *analogia legis* e *analogia juris* (*Rechtsanalogia*). Pela *Rechtsanalogia* penetram no preenchimento das lacunas os princípios gerais do direito e da equidade, camuflando o argumento analógico <sup>(27)</sup>.

Imprecisa, também, a distinção entre a lacuna *intra legem* e a *praeter legem*, o que leva freqüentemente à analogia sob a aparência de interpretação extensiva dos conceitos constantes de uma enumeração jurídica <sup>(28)</sup>.

A regra da proibição de analogia no direito penal não pode ser extrapolada para o direito tributário, porquanto neste o legislador visa à realização do fato gerador, ao passo que no direito penal a finalidade é negativa, de intimidação <sup>(29)</sup>.

Os defensores da analogia vêm indicando diversos casos em que os tribunais alemães decidiram explicitamente com base na integração analógica <sup>(30)</sup>. Em outros julgamentos, entretanto, embora tenha preponderado o *argumentum a simili*, os juízes apelidaram-no de interpretação <sup>(31)</sup>, o que levou CREZELIUS a denunciar a analogia disfarçada (*verkappte Analogie*) <sup>(32)</sup>.

A aproximação com o direito americano também a fizeram os autores favoráveis à analogia gravosa <sup>(33)</sup>.

---

(26) Cf. WALZ, 1980, p. 141; WOERNER, 1982, p. 43.

(27) Cf. CREZELIUS, 1983, p. 165; WALZ, 1980, p. 138; WOERNER, 1982, p. 38.

(28) Cf. TIPKE, 1985, p. 48; TANZER, 1981, p. 218; CREZELIUS, 1983, p. 151; WOERNER, 1982, p. 27. Embora sem admitir a analogia, AMILCAR DE ARAUJO FALCAO (1959, p. 107) assinalava a dificuldade em separá-la da interpretação das situações enumeradas exemplificativamente.

(29) Cf. WALZ, 1980, p. 144; TIPKE, 1981, p. 192.

(30) Cf. TIPKE, 1985, p. 51.

(31) Cf. WOERNER, 1982, p. 38. O argumento não é novo: BOBBIO, 1957, p. 606, já havia apontado idêntico procedimento por parte da jurisprudência italiana.

(32) 1981, p. 119 e 1983, p. 162.

(33) Cf. WALZ, 1982, p. 12; TIPKE, 1985-a, p. 147.

## 5. Conclusão

Por evidente que há exagero e imprecisão nas teses contrárias à proibição de analogia para a criação do débito tributário, que não raro resvalam para a ilegalidade. Os seus próprios adeptos reconhecem que a analogia só deve ser aplicada quando possa ser reconhecida com segurança<sup>(34)</sup>, sendo a solução mais correta a procura da clareza e da segurança metodológicas<sup>(35)</sup>.

De qualquer forma, embora deva ser vista com desconfiança, especialmente no que pertine ao núcleo de clareza existente nas normas fiscais, a verdade é que a tese de permissão da analogia desfavorável ao contribuinte arejou a teoria do direito tributário, compatibilizando-a com o restante da ciência jurídica.

Assim é que a aproximou do *direito civil*, ramo em qual surgiram inúmeros trabalhos importantes sobre a analogia<sup>(36)</sup>.

Reconciliou-a, também, com a teoria do *direito penal*, onde o dogma da proibição de analogia começa a sofrer sérias contestações<sup>(37)</sup>.

Implicou, por outro lado, no reequilíbrio com o *direito constitucional*, que admite analogia, até porque esta “não é uma questão de método, mas de Constituição”<sup>(38)</sup>, bem como com o *direito administrativo*, especialmente no que concerne aos prêmios e incentivos governamentais, objeto de integração analógica<sup>(39)</sup>.

Finalmente, as novas teses consoam com os progressos da teoria jurídica, que, com A. KAUFMANN<sup>(40)</sup>, considera estar o fundamento da analogia na própria *natureza das coisas*.

---

(34) TIPKE, 1983, p. 522: “Além disso, a segurança jurídica exige que a analogia somente seja admissível quando a lacuna e o princípio suscetíveis de aplicação analógica possam ser reconhecíveis com segurança; caso contrário, se deve decidir *in dubio contra fiscum*.”

(35) Cf. WOERNER, 1982, p. 50.

(36) Cf. WALZ, 1980, p. 136; TIPKE, 1985-a, p. 148.

(37) Para uma ampla notícia, com farta bibliografia, sobre a permissão de analogia no direito penal contemporâneo v. A. KAUFMANN, 1982, pp. 63 e seguintes.

(38) TIPKE, 1985-a, p. 142: “*Das ist keine Methodenfrage, sondern eine Verfassungsfrage.*”

(39) Cf. TIPKE, 1985, p. 50; WALZ, 1980, p. 145.

(40) 1982, p. 44.

A importância da divulgação dessas idéias no Brasil sobe de ponto quando se observa que a nossa teoria jurídico-tributária ainda está excessivamente impregnada do ranço positivista e autoritário, com a crença ingênua na “tipicidade fechada”<sup>(41)</sup> ou na rigidez do sistema constitucional tributário, com suas normas “hirtas e inflexíveis”<sup>(42)</sup>.

#### BIBLIOGRAFIA

- ATALIBA, Geraldo. “Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário”. In: MORAES, Bernardo Ribeiro e outros. *Interpretação no Direito Tributário*. São Paulo, Educ./Saraiva, 1975, pp. 13-34.
- BEISSE, Heinrich. “O critério econômico na interpretação das leis tributárias segundo a mais recente jurisprudência alemã”. In: BRANDÃO MACHADO (Coord.). *Direito Tributário: Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 1-39.
- BOBBIO, Norberto. “Analogia”. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Turim, UTET, 1957.
- CREZELIUS, Georg. “Verkappte Analogien in der Finanzrechtsprechung”. *Steuer und Wirtschaft* 58(2): 117-125, 1981.
- . *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*. Berlim, Verlag Neue Wirtschaftsbrieft, 1983.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Ed. Financelras, 1959.
- FRIAUF, K. H. “Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsfortbildung im Steuerrecht”. In: TIPKE, Klaus (Ed.). *Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht*. Colônia, O. Schmidt, 1982, pp. 53-69.
- FRIEDRICH, Werner. “Gedanken zur verschärfenden Analogie im Steuerrecht.” In: *Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung. Festschrift für Hugo von Wallis*. Bonn, Stollfuss, 1985, pp. 151-165.
- HÖHN, Ernst. “Gedanken zum Analogie-Problem im Steuerrecht aus schweizerischer Sicher”. *Steuer und Wirtschaft* 61(3): 255-259, 1984.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache*. Heidelberg, v. Decker & C.F. Müller, 1982.
- KRUSE, H. W. “Steuerspezifische Gründe und Grenzen der Gesetzesbindung”. In: TIPKE, Klaus (Ed.) *Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht*. Colônia, O. Schmidt, 1982, p. 71-83.

(41) ALBERTO XAVIER, 1978, p. 92.

(42) GERALDO ATALIBA, 1975, p. 21.

- "Causas e Limites da Vinculação à Lei, específicos do Direito Tributário." In: *Direito Tributário Atual*. São Paulo, IBDT/Resenha Tributária, vol. 3, pp. 524-525, 1983.
- LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin, Springer, 1960.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. "Fato Gerador e Integração por Analogia." In: *Direito Tributário Atual*. São Paulo, IBDT/Resenha Tributária, vol. 3, 1983, pp. 505-511.
- SOUZA, Rubens Gomes. (I) *Compêndio de Legislação Tributária*. Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, s/d.
- TANZER, Michael. "Das Analogieverbot im Steuerrecht." *Steuer und Wirtschaft* 58(3): 201-219, 1981.
- TIPKE, Klaus. *Steuerrecht*. Colônia, O. Schmidt, 6ª ed., 1978.
- "Rechtsetzung durch Steuergerichte und Steuerverwaltungsbehörden?" *Steuer und Wirtschaft* 58(3): 189-200, 1981.
- "Rechtfertigung des Themas; Ziel der Tagung." In: ——— (Ed.). *Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht*. Colônia, O. Schmidt, 1982, pp. 1-21.
- "Límites de la Integración en el Derecho Tributario." *CIVITAS — Revista Española de Derecho Financiero* 34: 181-184, 1982-a.
- "Limites da Integração em Direito Tributário." In: *Direito Tributário Atual*. São Paulo, IBDT/Resenha Tributária, vol. 3, 1983, pp. 513-522.
- TIPKE, Klaus. *Steuerrecht*. Colônia, O. Schmidt, 10ª ed. 1985.
- "Über teleologische Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenausfüllung." In: *Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung. Festschrift für Hugo von Wallis*. Bonn, Stollfuss, 1985-a, pp. 133-150.
- WALZ, W. Rainer. *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung*. Heidelberg, v. Decker, 1980.
- "Richterliche Rechtsfindung im Steuerrecht der USA." *Steuer und Wirtschaft* 59(1): 1-13, 1982.
- WOERNER, Lothar. "Die Steuerrechtsprechung zwischen Gesetzeskonkretisierung, Gesetzesfortbildung und Gesetzeskorrektur." In: TIPKE, Klaus (Ed.). *Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht*. Colônia, O. Schmidt, 1982, pp. 23-51.
- XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

# A prescrição da ação penal-econômica perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

## SUMÁRIO

*I. Antecedentes: Direito penal-econômico vs. direito administrativo. II. Novos entendimentos: Direito penal-econômico vs. direito econômico. III. Análise das recentes decisões do CADE. Posições em favor da imprescritibilidade. IV. A posição do autor: Localização da matéria no direito penal-econômico e aplicabilidade do art. 114 do Código Penal.*

### I. Antecedentes

1. Antes amorfa e basicamente indiferente, a questão da prescritibilidade da ação penal-econômica perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, vem ganhando foros de “vexata quaestio”, com implicações que podem transbordar os restritos lindes do próprio tema.

Diante do até então praticamente pacífico reconhecimento da natureza penal da legislação antitruste nacional, consagrado na jurisprudência do próprio CADE (cf., e.g., FRANCESCHINI, “Poder Econômico: Exercício e Abuso”, ementas n.<sup>os</sup> 1-A, 7, 9, 11, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 339 e 368), nos reiterados pronunciamentos de sua douda Procuradoria-Geral (cf. ELBRUZ MOREIRA DE CARVALHO, ex-Procurador-Geral do CADE, “Abuso do Poder Econômico”), *entendimento este que, como se verá, prevalece até os dias de hoje*, como referido no Processo Administrativo n.º 47 abaixo examinado, nas decisões judiciais, seja de primeira instância (cf. sentença do MM. Juiz FLEURY ANTONIO PIRES, da 13.ª Vara Federal em São Paulo, no Processo n.º 5276403), seja do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (cf. Acórdão da 4.ª Turma do TFR na Apelação Cível n.º 56.282-SP, de que foi Relator o Ministro ILMAR GALVÃO) e na ainda

hoje amplamente majoritária posição da doutrina (cf. Pareceres em FRANCESCINI, *op. cit.*) em que se sobressaem, entre outros, os nomes de OSCAR BARRETO FILHO (comercialista), JOSÉ FREDERICO MARQUES (processualista), PONTES DE MIRANDA (constitucionalista), OROSIMBO NONATO (civilista), MIGUEL REALE (jurisfilósofo) e CELSO NEVES (processualista), a questão da prescritibilidade era apenas marginal, tendo sido objeto de poucas decisões do CADE das quais se destacam as emendas encontradas em FRANCESCINI, *op. cit.*, a saber:

*Ementa n.º 341 (p. 304)*

“A prescrição é causa extintiva da punibilidade de abuso do poder econômico.”

*Ementa n.º 369 (p. 322)*

“A punibilidade dos delitos de abuso do poder econômico se extingue pelo decurso do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 114 do CP.”

2. A esta época já se encontrava virtualmente afastado o enquadramento da lei antitruste no direito administrativo, com o que, aliás, concordou o Plenário do Conselho no Processo Administrativo n.º 58, também analisado abaixo, acompanhando voto da Conselheira-Relatora, ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO. De fato, apenas para relembrar FRANCESCINI, “A Lei Antitruste Brasileira e o CADE: Alguns Aspectos” (in *Revista do Direito Público*, vol. 75, p. 297), “a Lei Antitruste nacional não é ... tema aderente ao poder de polícia, ou seja, vinculado ao direito administrativo, mas sim, um diploma penal, enquadrado no novíssimo ramo do direito penal econômico. Impõe-se o entendimento... não só pelas já referidas origens históricas do diploma, tanto indígena como estrangeira, como, também, por lhe serem estranhos e inaplicáveis os atributos específicos e peculiares ao exercício do questionado poder de polícia: (a) a discricionariedade; (b) a auto-executoriedade e (c) a coercibilidade”.

Desnecessário, entretanto, prosseguir no debate, na medida em que esta questão já se encontra ultrapassada.

Cumprido, agora, enfrentar os novos desafios ao enquadramento da lei antitruste nacional no direito penal econômico.

## II. *Novos entendimentos*

3. A partir das decisões tomadas pelo Conselho nos Processos Administrativos n.ºs 47, de que foi Conselheiro-Relator GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA (*DO*, de 15 de setembro de 1987, Seção I, p. 14908), e 58, sendo Conselheira-Relatora ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO (*idem supra*, p. 14909), o tema da prescrição passou a constituir matéria polêmica, chegando ambos os arestos, por vias diversas, à conclu-

são comum da inaplicabilidade do art. 114 do Código Penal aos delitos de abuso do poder econômico.

Cumprido, portanto, examinar o conteúdo dessas decisões.

4. No primeiro caso (Processo Administrativo n.º 47), assim se manifestou o CADE em decisão de lavra do ilustre Conselheiro, GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA:

“Não parecendo ser este momento adequado a maior digressão sobre a árdua matéria da prescrição e da decadência e *considerando que sobre ela é silente a Lei n.º 4.137/62*, oportuna é a lição de um clássico de nosso direito para distinguir: ‘Prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso’ (...)

.....

Uma nova consideração faz-se necessária. No art. 47, *caput*, a Lei dá ao CADE ação judicial para fazer cumprir a decisão que proferiu, acrescentando, no parágrafo único do mesmo artigo, que, ‘na execução da multa, será adotado o rito processual das ações executivas fiscais’. Inclina-se o Colegiado a admitir, por isso, que a prescrição *dessa ação de cobrança* tenha o prazo de prescrição das ações de cobrança das dívidas fiscais.

A hipótese é de multa já aplicada, não podendo, portanto, ser invocada no caso dos autos.

Volta-se, então, à possível *aplicação analógica* da regra do Código Penal a respeito da prescrição da pena pecuniária (art. 114), aplicação rejeitada no Processo Administrativo n.º 58 com argumentos que são irrespondíveis.

Resta enfrentar o problema na área do direito econômico e, no caso, do *direito econômico administrativo, uma vez que a apuração e a repressão dos abusos do poder econômico foram confiadas a órgão administrativo*, integrante da Administração Pública Federal.

Ora, como ensina HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13.<sup>a</sup> ed., Ed. RT, 1987, p. 622), ‘a prescrição das *ações da Fazenda Pública* contra o particular é a comum da lei civil ou comercial, *conforme a natureza do ato ou contrato a ser ajuizado*’, o que afasta a ocorrência de prescrição na espécie dos autos.

Para arrematar, é de notar que *o douto Procurador-Geral manifestou a opinião de que lhe parecia estar atingida pela prescrição à aplicação de penalidade*, afastou depois a hipótese tendo em consideração a continuidade da prática abusiva” (*grifamos*).

No segundo caso (Processo Administrativo n.º 58), aliás mencionado no primeiro, decidiu o Conselho, pelas mãos da insigne Conselheira ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO:

*“Pretendeu a indiciada, em alegações finais, o reconhecimento da prescrição de multa, segundo a legislação penal vigente. Esta pretensão exige a identificação das sanções aplicáveis, segundo a legislação específica da repressão ao abuso do poder econômico, em confronto com o regime de prescrição das sanções típicas do direito penal invocado.*

Não explicitados os motivos da pretendida declaração de prescrição, cogitar-se-ia de aplicação, *por analogia*, do art. 114 do Código Penal.

A legislação penal admite a prescrição da pena pecuniária, após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, em três hipóteses:

- 1.ª — quando a multa tenha sido a única pena aplicada;
- 2.ª — quando a multa seja a única pena não cumprida; e
- 3.ª — quando a multa seja a única pena cominada.

Tratando-se de processo em julgamento, supõe-se que a indiciada pretenda o reconhecimento da prescrição da sanção pecuniária na condição de única pena cominada pela lei de repressão ao abuso do poder econômico.

*A aplicação da regra prescricional de direito penal implicaria em negar ao direito econômico matéria que engloba a política econômica relativa ao uso e ao abuso do poder econômico, a legalidade e legitimidade da aplicação de sanções adequadas ao restabelecimento da ordem jurídico-econômica.*

Observa-se que, *na maioria dos casos* de repressão aos abusos do poder econômico, a multa é, e deve ser, aplicada juntamente com *sanções administrativas posteriores.*

No regime jurídico-econômico brasileiro, *a pena pecuniária é imposta juntamente com a sanção administrativa, representada pela determinação de providências adequadas à cessação do abuso do poder econômico*, a critério do CADE, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 17, alínea c, da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.

Não cessando o abuso do poder econômico, seguidamente à aplicação da sanção pecuniária e da sanção administrativa, o CADE aplicará *sanções econômicas*, por via do processo judicial de intervenção na empresa ou pelos mecanismos jurídicos próprios à desapropriação do acervo da empresa.

Nestas hipóteses, a aplicação de sanções econômicas se concretiza como instrumento de execução da política de proteção da concorrência, *importando em medidas que atingem o 'status libertatis' do agente econômico*, particularmente quanto ao exercício da própria atividade econômica.

Assim, as sanções cominadas pela lei de repressão ao abuso do poder econômico constituem uma *seqüência punitiva*, somente não aplicável aos casos de abusos do poder econômico originários de relação jurídico-econômica contratual, em que a cessação do ilícito ocorre com o vencimento do prazo contratual não prorrogado ou não renovado.

À alegação de prescrição punitiva, nos termos da legislação penal, o atual advogado da representada, em sustentação oral, acrescenta a da decadência administrativa.

*A lição dos administrativistas não se aplica* ao caso em julgamento porque:

.....;

*b — a decadência administrativa é um instituto de direito administrativo*, regido por princípios próprios, que se caracteriza pela determinação legal do prazo para exercício de ação. Este requisito fundamental elimina a pretensão de seu reconhecimento por analogia. Considerando, tanto a prescrição punitiva, regida pelo art. 114 do Código Penal, quanto a decadência administrativa como institutos próprios do direito penal e do direito administrativo, respectivamente, decide o Conselho pela rejeição desta preliminar, pelos seguintes fundamentos:

1 — não se aplica a analogia a institutos jurídicos de natureza diversa;

2 — a decadência e a prescrição não podem ser admitidas, por analogia, também por força da característica destes institutos, *cujos efeitos dependem da existência de lei*;

3 — ainda que se admitisse a prescrição por analogia, não se cogita, no caso em julgamento, de prescrição de pena pecuniária, visto que o processo de repressão ao abuso do poder econômico não se exaure com a aplicação de multa;

4 — *a Lei n.º 4.137/62 não admite a prescrição da ação punitiva*, por consequência, não se concebe o reconhecimento da *prescrição de uma das sanções cominadas*, anteriormente ao julgamento do processo administrativo” (*grifamos*).

### III. *Análise das decisões*

5. A digna decisão proferida no Processo Administrativo n.º 47 tem por fundamentos os seguintes pontos:

(a) a Lei n.º 4.137/62 é silente quanto à prescrição da ação penal-econômica;

(b) a prescrição da ação de cobrança de dívidas fiscais é inaplicável por versar apenas sobre multas já aplicadas;

(c) a aplicação do art. 114 do Código Penal seria analógica;

(d) a matéria se rege pelo direito econômico administrativo, tendo em vista que a apuração e a repressão dos abusos foram confiadas a órgão administrativo; e

(e) a prescrição das ações da Fazenda Pública deve ser determinada conforme a natureza do ato a ser ajuizado.

Não há o que discordar do item (b), posto que não há confundir prescrição da ação penal-econômica com prescrição da pena, ou com a parcela final do item (e), na medida que observa que a prescrição é matéria que deve ser determinada conforme a natureza da lei a que se aplica.

Os itens (a) e (c) não de ser examinados conjuntamente.

Com efeito, reconhecida a natureza penal-econômica da Lei n.º 4.137/62, inaceitável, com o devido respeito, é a conclusão de que a legislação especial é omissa a respeito da prescrição, exigindo o concurso da analogia. Isto porque resultaria na *negação de vigência de lei expressa*, qual seja, o art. 12 do Código Penal, que reza:

“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

Portanto, a *implícita imprescritibilidade* da ação penal-econômica é que exigiria preceito específico na Lei n.º 4.137/62 E NÃO O REVERSO, como aliás é cediço, de acordo com o princípio da especialidade.

Caso contrário, todos os delitos previstos na legislação penal-econômica, na qual se incluem a Lei n.º 1.521, de 1951 (Lei de Economia Popular, que, antes da Lei n.º 4.137/62, se constituiu em verdadeira lei antitruste nacional) e o Decreto-Lei n.º 7.903, de 1945 (na parte que versa sobre os crimes em matéria de propriedade industrial), seriam imprescritíveis, por ausência de dispositivo especial expresso.

Portanto, “*legem habemus*” — o art. 114 do Código Penal, combinado com o art. 12 do mesmo diploma.

A interpretação, como já adiantado, implicaria em injustificável reconhecimento da imprescritibilidade das infrações de abuso do poder Econô-

mico, sob todos os primas. Assim é que, como informa o inesquecível BASILEU GARCIA (*Instituições*, vol. I, tomo 2, p. 699), a prescrição é instituto admitido em todas as legislações modernas. Embora tenha no passado enfrentado a oposição de alguns filósofos e penalistas, na medida em que seria desmoralizante e concorreria para o afrouxamento da repressão, preponderaram, no consenso geral, as razões justificativas de sua adoção.

Com efeito, com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do infrator que logrou subtrair-se à ação da Justiça, deixando a pena, possivelmente, de ser-lhe útil. De outro lado, o alarma social que o abuso do poder econômico causou já se esvaneceu com o lento perpassar dos anos, não tendo a pena a exata correspondência no reclamo público, sem contar que os longos intervalos importam em incertezas perigosas na apreciação do fato.

Como salienta o ilustre Professor, “nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irredutível” (*op. cit.*, p. 700). Assim, a imprescritibilidade dos delitos de abuso do poder econômico os tornariam *mais graves* do que os crimes contra a vida, a honra ou a liberdade, todos prescritíveis. E, mais perigoso ainda, teria um conteúdo intrínseco de inadmissível arbitrariedade, na medida em que admite a sujeição do acusado à vontade e inércia do Estado *por tempo indefinido*, ainda que seja inocente. Certamente um resultado inconcebível!

E como referido acima, a prescrição não constitui preocupação tão-somente da doutrina nacional. Veja-se, por exemplo, o que ocorre na legislação antitruste da Comunidade Econômica Européia (art. 1.º do Regulamento n.º 2.988/74/EEC do Conselho):

“(1) The power of the Commission to impose fines or penalties for infringement of the rules of the European Economic Community relating to transport or competition shall be subject to the following limitation periods: a) three years in the case of infringements of provisions concerning applications or notifications of enterprises or associations of enterprises, requests for information, or the carrying out of investigations; b) five years in the case of all other infringements.”

Quanto ao item (d), a argumentação oferece uma dificuldade inicial de determinação de seu exato conteúdo pela utilização da expressão “Direito Econômico Administrativo”. Pelo que se depreende, pretende-se que a Lei n.º 4.137/62 seja matéria afeta ao direito econômico (o que será objeto de análise adiante), cujos princípios, contudo, devem merecer influências do direito administrativo (provavelmente no tocante à interpretação mais flexível e menos formalística de seus dispositivos), tendo em vista que a apuração e a repressão dos abusos foram confiadas a órgão administrativo.

Não se trata, portanto, propriamente, de resqúcio de tentativa de enquadramento da lei antitruste no direito administrativo. De qualquer modo, pretende a exclusão do instituto da prescrição (possivelmente considerado "formalista") em face da natureza do órgão repressor. Em outras palavras, conclui-se que a natureza da lei antitruste deve ser estabelecida pela natureza do CADE ou pela pretensa natureza menos formal (administrativa) dos procedimentos.

Ora, é evidente que a natureza de uma lei não se determina pela natureza do agente executor, mesmo porque quem executa a Lei n.º 4.137/62 não é o CADE, mas, sim, o Poder Judiciário, em observância ao princípio da separação de Poderes, sob pena de invasão de área proibida ao Executivo. Também não é essa natureza reconhecida pela do correspondente procedimento, mesmo porque o tema "prescrição" não constitui matéria *processual*, mas antes *direito substantivo*.

A natureza jurídica da lei antitruste nacional é de ser determinada em face de sua *substância intrínseca*.

Aliás, como dito, o não reconhecimento da prescrição em tema de abuso do poder econômico traz ínsitos enormes riscos de ofensas futuras aos direitos e garantias individuais pelo Estado onipotente. Por isso mesmo é que ENRIQUE R. AFTALION, em sua clássica obra *Derecho Penal Económico*, pondera que o surgimento do direito penal econômico, com todas as suas conseqüências, foi fruto de longa elaboração, em demorado processo histórico, como afirmação dos direitos e garantias individuais. Decorre disto a verdade de que não é possível, sem grave risco para esses direitos e garantias, deixar de lado tão valioso repositório de normas tutelares, sob pena de se deixarem indefesos os acusados frente às possíveis arbitrariedades dos órgãos do Estado (cf. *op cit.*, *apud* MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Direito Penal Económico*, p. 13).

Como leciona JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, p. 77):

"Ora, a moldagem do processo penal, como contenda entre partes, implica no integral repúdio da forma inquisitiva de procedimento, e no reconhecer, outrossim, que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar a procedência ou não da pretensão punitiva do Estado."

No que se refere ao item (e), pretende-se equiparar o CADE à Fazenda Pública, o que, *prima facie*, é inaceitável, posto não proteger a Lei Antitruste nacional interesse do erário. Ademais, não se trata de processo movido pelo CADE contra o representado, eis que o CADE não é *parte*, como aliás já decidiu o próprio Conselho ("o CADE é juiz e não parte nos processos de averiguações preliminares e administrativos regidos pela Lei n.º 4.137, de 1962", *apud* FRANCESCHINI, "Poder Económico: Exercício e Abuso",

Ementa n.º 173, p. 175). O Conselho tem o direito de persecução penal-econômica, em expressão subtraída a BERNER, procurando tornar efetivo o *jus puniendi*, resultante do abuso do poder econômico para impor ao infrator a sanção pertinente (FRANCESCHINI, "O Processo de Apuração do Abuso do Poder Econômico na Atual Legislação do CADE". in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 96, pp. 158/159). O CADE é mandatário da coletividade na tarefa de restaurar a paz e a ordem econômico-jurídica atingidas pelo abuso do poder econômico, mas o *dominus litis* da ação é a Procuradoria-Geral, ou seja, a *Justiça Pública*. O CADE não poderia ser, ao mesmo tempo, parte e Juiz, sob pena de ofensa ao princípio *ne procedat judex ex officio* e à imprescindível separação que deve haver entre a "acusação" e a "quase-jurisdição" do Conselho.

De qualquer modo, nada há a opor ao reconhecimento de que a matéria prescricional segue, quanto à sua natureza jurídica, a da legislação em que se insere (que, como se verá, é penal-econômica).

6. Passando à respeitável decisão proferida no Processo Administrativo n.º 58, verifica-se estar ela embasada nas seguintes teses:

a) o reconhecimento ou não da prescrição exige a identificação das sanções aplicáveis segundo a legislação específica da repressão ao abuso do poder econômico;

b) a aplicação do art. 114 do Código Penal somente seria viável por via de analogia;

c) a aplicação da regra prescricional de direito penal implicaria negar ao direito econômico a legalidade e legitimidade da aplicação das sanções previstas na lei antitruste;

d) na maioria dos casos, a pena pecuniária é imposta juntamente com a sanção administrativa (ordem de cessação do abuso) que, se não observada, será seguida de uma sanção econômica (intervenção e desapropriação), importando em medidas que atingem o *status libertatis* do agente econômico em verdadeira seqüência punitiva (o que impediria a incidência do art. 114 do Código Penal que exige, no caso, ser a multa a única pena cominada);

e) o direito administrativo é estranho ao tema; e

f) a Lei n.º 4.137/62 é omissa quanto à prescrição.

Vejamus:

Não há objeções ao item e), tendo sido os itens b) e f) objeto de anterior análise excludente.

O item c) é, em verdade, o argumento nodal, que pretende inserir a legislação antitruste no direito econômico em substituição ao direito penal-econômico. Implicitamente, a tese resulta na negativa da própria existência

do ramo de direito mundialmente conhecido como direito penal-econômico, que seria absorvido pelo não menos novo direito econômico.

Inicialmente, há que se reconhecer que pretender desconhecer a existência do direito penal-econômico tem o mesmo resultado de desconhecer a existência do direito econômico — ou seja, é impossível!!! A evolução da ciência do direito, com o surgimento do direito econômico e do direito penal-econômico, é inarredável, cumprindo aos estudiosos a delimitação de cada campo, mesmo porque não são eles excludentes um do outro, mas, antes, complementares.

Desde Edwin H. Sutherland, que, já em 1938, empregava a expressão que o tornou famoso, “crime do colarinho branco”, o direito penal-econômico tem tido reconhecimento universal, chegando mesmo as Nações Unidas a incorporarem a seus estudos a noção de “abuso do poder”. Desarrazoada, portanto, *data venia*, qualquer tentativa localizada de seu desconhecimento.

Como salienta RICARDO ANTUNES ANDREUCCI (“O Direito Penal Econômico e o Ilícito Fiscal”, in *RT*, vol. 426, p. 299):

“Um problema jurídico da atualidade é o direito econômico, juntamente com o qual evolui o direito penal-econômico ou direito penal sócio-econômico, ambos com origem no intervencionismo estatal, fenômeno este que se sente com intensidade e que apresenta entroncamento com as funções que o Estado moderno desenvolve.”

A tese adotada implicitamente pela decisão é resultado de ser o direito econômico um composto híbrido de vários ramos da enciclopédia jurídica, com conteúdo ainda não definitivamente circunscrito, embora tendente a inarredável autonomia como ramo do direito. Todavia, seu conteúdo necessário, econômico, não pode fazer supor que os demais ramos do direito sejam não econômicos.

O próprio direito penal-econômico é também vago quanto ao seu conteúdo, sabendo-se, porém, que, ao contrário do direito econômico, o penal-econômico não aspira à autonomia. Como preleciona MANOEL PEDRO PIMENTEL (*op. cit.*, pp. 15 e 21), não se trata de um direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do direito penal comum e alerta:

“... o direito penal-econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do direito penal comum e, como tal, *sujeito aos mesmos princípios fundamentais destes*”.

“Nem mesmo a alegação de que este direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, po-

deria justificar a quebra dos princípios gerais do direito penal, aqueles mesmos já mencionados, como os da 'reserva legal' e da 'responsabilidade subjetiva' ” (grifamos).

KLAUS TIEDMAN, citado por MARIA G. MORAIS DE GUERERO (*Introducción a la Criminalidad Económica*, Universidade Católica Andrés Bello, Caracas, p. 48), define o delito econômico como:

“la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal, en la economía de un país”

e, de modo mais amplo,

“aquella infracción que, a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

Por seu turno, o direito econômico é a parte do ordenamento que reflete a política econômica ou, em outras palavras, que assimila ou traduz, no âmbito normativo, a direção emprestada pelo Estado ao processo econômico (RICOSSA, *A proposito del Diritto dell'Economia*, citado por MODESTO CARVALHOSA, *Direito Econômico*, p. 355). E complementa CARVALHOSA (*op. cit.*, p. 354):

“Seria, portanto, o direito da matéria econômica vinculada, ou seja, da estrutura econômica racionalmente eleita pelo Estado.”

No dizer de FÁBIO KONDER COMPARATO (“O Indispensável Direito Econômico”, in *RT*, vol. 353, p. 22):

“O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado.”

Percebe-se, portanto, que as conceituações do direito econômico enfatizam o cunho da participação ativa do Estado, com a constituição de um sistema de normas jurídicas destinadas a regulamentar a realização da política econômica.

Em outras palavras, a inclusão da Lei n.º 4.137/62 no âmbito do direito econômico implicaria na *transferência da titularidade do bem jurídico “livre concorrência” da sociedade para o Estado*, o que, evidentemente, é inaceitável e até inconstitucional (art. 170), na medida em que transforma

o Estado em agente preferencial da organização das atividades econômicas. A respeito desse risco já alertava CARVALHOSA (*op. cit.*, p. 355):

“Ainda que o direito econômico seja o resultado histórico da extensão do papel do Estado na economia, exprime ele — como direito positivo — o fenômeno específico do poder público de intervir sistemática e racionalmente no processo. *Escapam, por conseguinte, de seu âmbito, as matérias repressivas de caráter administrativo-penal, que são tratadas pelo Direito Penal Econômico, que, por sua vez, é informado por outros princípios e categorias*” (*grifamos*).

Exemplo desses princípios é a prescrição.

Aliás, como dizia AFTALIÓN, citado por JOSÉ NABANTINO RAMOS (*Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, p. 94):

“Se bastasse a presença do elemento econômico para incluir uma atividade no campo do direito econômico, também o furto, o roubo, a herança e as obrigações deveriam pertencer-lhe...”

Não só. Seria, por exemplo, parte integrante do direito econômico toda a matéria fiscal atualmente objeto do direito tributário, posto evidente seu conteúdo econômico?

Não se pode, em resumo, olvidar, que a remissão da Lei n.º 4.137/62 ao direito econômico traz consigo o risco de que o Estado, no exercício de seus poderes intervencionistas, atinja a própria liberdade econômica, não sendo aceitável conceder-lhe a tutela da “livre concorrência” sob a reivindicação de maior elasticidade no magistério punitivo, sob pena de, a qualquer tempo, se ferirem os direitos e garantias individuais protegidos pelo direito penal. Como salientado por RICARDO ANTUNES ANDREUCCI (*op. cit.*, p. 310):

“Não é este o desiderato do autêntico direito penal, que foi justamente chamado por ANIBAL BRUNO de um sistema jurídico de dupla face, pois se, por um lado, protege a sociedade, de outro, preserva o indivíduo do excesso de poder que contra ele possa se desenvolver.”

Poder-se-ia argumentar, outrossim, que inconcebível seria a criação de um direito penal especial para cada novo ramo do direito.

Quanto a este ponto bastaria lembrar que, a par do fato de o direito penal econômico ter reconhecimento universal, não é ele, como visto, ramo autônomo, constituindo, antes, mera especialização do direito penal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais que o norteiam. Não se trata, portanto, de criação de um novo direito sancionatório de cada novo ramo jurídico que surja.

Em resumo, a aplicação da regra prescritiva de direito penal aos abusos do poder econômico não nega ao direito econômico sua aspiração à autono-

mia na ciência do direito como um sistema normativo voltado à orientação do processo econômico, mediante a regulação, sob ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal (EROS ROBERTO GRAU, *Elementos de Direito Econômico*, p. 31). Todavia, suas regras são desprovidas de *pena* (no sentido retributivo ou aflitivo), tal como o direito civil, o direito comercial, o direito administrativo e o direito constitucional, dos quais o direito econômico hauriu suas origens. Não pode o direito econômico portar-se como verdadeiro “buraco negro” absorvendo todos os institutos jurídicos que porventura com ele tenham relacionamento. Por isso mesmo o Estado lança mão da sanção penal cominando penas a determinados comportamentos que, no âmbito dessas relações econômicas, vêm reclamar repressão mais drástica (MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Direito Penal-Econômico*, p. 10).

Ao direito econômico nada se pretende retirar, mas, antes, apenas reconhecer que o aspecto penal não lhe pertence, mas sim ao direito penal-econômico, cuja existência a tese esposada no Processo Administrativo n.º 58 se esforça em vão por negar.

Os itens (a) e (d) acima referidos são, em realidade, corolários da posição adotada no item (c) e procuram justificar a inaplicabilidade da prescrição aos delitos de abuso do poder econômico na medida da pretensa (com todo o respeito) existência de uma punibilidade plúrima.

Ocorre que a única sanção por violação à lei antitruste é a pecuniária de que trata o art. 43 da Lei n.º 4.137/62.

Não constitui sanção a ordem de cessação do abuso do poder econômico. A ordem representada por uma obrigação de fazer ou não fazer é o resultado natural do reconhecimento da antijuridicidade do ato praticado pelo infrator e não uma pena. Caso contrário, a ordem implícita na sentença condenatória por lesões corporais de que não deve mais o criminoso lesar a integridade física alheia seria igualmente uma sanção! A pena é retributiva e acarreta uma privação de bens jurídicos, imposta ao infrator, em face do ato, ou omissão, praticado, não sendo este o caso da ordem de cessação.

E mais. Como bem observado na decisão do Egrégio Conselho, a chamada “sanção administrativa” é imposta “na maioria dos casos”, ou seja, nem sempre. Ora, o preceito secundário da norma punitiva pode ser cominado de forma exclusiva e/ou alternativa (multa e/ou prisão), mas nunca eventual.

A ordem de cessação do abuso do poder econômico, portanto, não é pena. Quando muito, configurava medida de segurança que, como se sabe, tem natureza administrativa, e em que predomina o cunho preventivo sobre o aflitivo. De qualquer modo, mesmo para os doutrinadores que consideram as medidas de segurança uma sanção (mas nunca uma pena), é pacífico que, em tema de prescrição, não se acumulam penas e medidas de segurança

para se evitar a aplicação do art. 114 do Código Penal, posto que esse entendimento, no mínimo, implicaria na revogação indireta do comando legal.

Por outro lado, a "sanção econômica" que se seguiria às "sanções pecuniárias e administrativas" de que trata a decisão do Conselho *não repreen- de o abuso do poder econômico* objeto do Processo Administrativo finalizado, mas, *sim o não cumprimento das determinações do CADE* (portanto, outra infração) (art. 47 da Lei n.º 4.137/62).

Da mesma forma, no direito penal, o não pagamento da pena da multa (ato ilícito) resulta na sua conversão em detenção (art. 38 do Código Penal). Nem por isso, a possibilidade impede a aplicação do art. 114 do Código Penal.

O mesmo raciocínio, se válido, seria aplicável, portanto, ao direito pe- nal (apenas para argumentar, é claro). A sanção pecuniária poderia se seguir uma medida de segurança (sanção administrativa) e mais, caso não cumpri- da aquela, uma sanção ulterior (conversão da pena em restritiva da liber- dade) — seqüência punitiva, na linguagem da decisão.

É importante anotar, contudo, que reconhece a referida decisão que as medidas impostas pelo CADE "atingem o *status libertatis* do agente econô- mico, particularmente quanto ao exercício da própria atividade econômica". Não se poderia concordar mais, posto que, implica, *quantum satis, no enqua- dramento da lei antitruste no âmbito do direito penal-econômico*.

#### IV. A posição do autor

7. Que a lei antitruste nacional é de natureza penal-econômica é in- dubitável, como alhures salientado (FRANCESCHINI, "A Lei Antitruste Brasileira e o CADE: Alguns Aspectos", *Revista de Direito Público*, vol. 75, p. 298), não só por seu já apontado fundamento histórico, oriundo do ordenamento jurídico congênere norte-americano, mas também por força de sua própria natureza intrínseca (haja vista encontrar-se, desde seu surgi- mento, mesclada à legislação protetora da economia popular).

Quanto à primeira remissão (origem histórica), basta lembrar com SULLIVAN (*Antitrust*, p. 148) que "toda violação das leis antitruste (nor- te-americanas) é um crime punível com prisão de até um ano e multa no va- lor máximo de US\$ 1 milhão, caso o réu seja uma pessoa física, ou US\$ 100.000,00, caso seja uma pessoa jurídica".

Da mesma forma, relembrem-se, em reforço do entendimento, as anti- gas disposições criminais cominadas às restrições ao livre comércio dos arts. 419 e 420 do Código Penal francês (1810) e do art. 498 do Código Crimi- nal canadense (1889), este introduzido, provavelmente e de certa maneira, como resultado da agitação nos Estados Unidos que levou, um ano mais tarde, à promulgação da Lei Antitruste Sherman. Mais recentemente, vejam- se os preceitos penais dos arts. 89 e 97 da Lei japonesa antimonopólio, de 1947.

Em relação à natureza intrínseca, cumpre iniciar o exame pela definição de direito penal, o qual, como muito bem assinala o emérito Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Legislação Penal Especial*, p. 3), deve ser conceituado sempre com referência expressa ao seu conteúdo substancial, fugindo, assim, de uma definição meramente formal. Assim temos a definição de STAMPA BRAUN (*Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, p. 19), a saber: “Direito penal é o ordenamento jurídico autônomo, pertencente ao direito público, que tutela, mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, as condutas que contra aqueles interesses atentem (delitos)”. Ora, como se sabe, dentro do ordenamento neo-capitalista adotado pelo sistema jurídico brasileiro, a “livre concorrência” configura esse interesse fundamental do indivíduo e da sociedade de que fala o mestre, cuja violação acarreta a aplicação de uma pena (pecuniária) e, eventualmente, de uma medida de segurança.

Esse entendimento é, em verdade, virtualmente pacífico na doutrina de várias tendências e formações e de várias épocas, não se limitando, portanto, aos estudiosos do direito penal e/ou aos juristas que antecederam o surgimento do direito econômico.

Vejam, por exemplo, a lição:

a) do comercialista OSCAR BARRETO FILHO (“Parecer”, *apud* FRANCESCHINI, *Poder Econômico*, p. 463):

“A objeção que deve ser formulada, todavia, é a de que, *antes de ser uma lei de caráter econômico, a Lei Antitruste é uma Lei de caráter Penal*, de tal sorte que aos julgadores é essencial o conhecimento do direito e do processo penais, além do direito privado inerentes à formação jurídica” (*grifamos*);

b) do processualista JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Direito Penal Econômico — Princípios sobre a Interpretação de suas Normas”, *apud* FRANCESCHINI, *op. cit.*, pp. 476 e 477):

“A intervenção do Estado, na vida econômica das empresas particulares, ditada pelos modernos princípios da ‘economia dirigida’, acabou criando ‘une branche nouvelle du Droit Pénal’, designada pelo ‘nomen juris’ de Direito Penal Econômico.  
.....

Verifica-se, do exposto, que os fatos descritos na consulta estão no âmbito do direito penal econômico brasileiro e submetidos a suas normas e princípios, regras legais e postulados, uma vez que tanto a Lei n.º 1.521, como a Lei n.º 4.137, de 1962, constituem o sucedâneo e base desse ramo da ciência jurídica, em nossos sistemas legislativos” (*grifamos*);

c) do constitucionalista PONTES DE MIRANDA:

“A lei, a que se refere o art. 148, é Penal e pode ser parte da lei especial de que cogita o art. 146, ou de alguma lei geral, inclu-

sive o Código Penal” (grifamos) (Comentários à Constituição de 1946, vol. IV, 2.<sup>a</sup> edição, p. 504).

“Corresponde isso à *intervenção penalística* dos governos na economia (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, 2.<sup>a</sup> edição p. 50) (grifamos).

“Pergunta-se: — Tratando-se de caracterização de delitos, punidos com penas severas, *como os que se definem na Lei n.º 4.137*, é de exigir-se rigoroso enquadramento da falta imputada na definição legal, para que se possa cogitar de delito?

Respondo: — Fora de qualquer dúvida, se interpreta *regra jurídica penal*, ou mesmo civil ou comercial, se contém pena ou multa, ou elemento desconstitutivo” (grifamos) (“Acusação Injustificada de Abuso do Poder Econômico”, *apud* FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 485);

d) do civilista OROSIMBO NONATO (“Cláusula de Exclusividade em Contrato de Fornecimento”, *apud* FRANCESCHINI *op. cit.*, p. 490):

“O caso da consulta é de caracterização de ‘delitos’, punidos severamente, como os definidos na Lei n.º 4.137.

Daí, a indagação: para sua ocorrência não se torna exigível enquadramento rigoroso da falta imputada na definição legal?

A resposta afirmativa se impõe irresistivelmente e se contém no art. 1.º do CP: ‘*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*’ ” (grifamos);

e) do jurista MIGUEL REALE (“Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais”, *apud* FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 521):

“As mencionadas disposições constitucionais não possuem, como poderia parecer, mera ‘*destinação penal*’, mas cobrem todos os domínios da experiência jurídica, *como se dá, por exemplo, com a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962*, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, discriminando as suas formas e criando um Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com uma Procuradoria, à qual foram reconhecidas funções equiparadas às do Ministério Público” (grifamos); e

f) do processualista CELSO NEVES (“Disciplina da Lei Antitruste no Sistema Jurídico Brasileiro”, *apud* FRANCESCHINI *op. cit.*, p. 588):

“No que se refere às atribuições administrativas do CADE, é evidente que, *envolvendo matéria de caráter penal*, a observância rigorosa dos preceitos de forma, a subordinação ao princípio da ampla defesa, a vinculação à prova provada, com a conseqüente repulsa às imputações calcadas em meros indícios ou circunstân-

cias e, especialmente, às simples suposições ou conjecturas, sem contrapartida objetiva em elementos de convicção dotados de efetiva atendibilidade, constituem pressupostos inelimináveis de validade e eficácia de suas decisões” (*grifamos*).

Despiciendo é falar o óbvio, ou seja, que os penalistas reconhecem a existência do direito penal-econômico, tais como MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Direito Penal Econômico*) e RICARDO ANTUNES ANDREUCCI (*O Direito Penal Econômico e o Ilícito Fiscal*), nele inserida a Lei n.º 4.137, de 1962.

E mais:

No recente I Seminário Nacional sobre Abuso do Poder Econômico, realizado em Brasília, também se verificaram intervenções favoráveis ao enquadramento da Lei n.º 4.137/62 no plano do direito penal econômico, tal como a palestra proferida por GERSON PEREIRA DOS SANTOS (autor de *Direito Penal Econômico* e que sugeriu, até mesmo, a inclusão do tema no próprio Código Penal, na linha do Anteprojeto do Código Penal (arts. 372 a 383), publicado no *DO*, de 28 de outubro de 1987, Seção I, pp. 17.777 e segs., cuja elaboração contou com a contribuição de juristas de escol, a saber, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, LUIZ VICENTE CERNICHIARO, MIGUEL REALE JUNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, MANOEL PEDRO PIMENTEL, EVERARDO DA CUNHA LUNA, JAIR LEONARDO LOPES, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO e JOSÉ BONIFÁCIO DINIZ DE ANDRADA), além do autor deste (“O Processo de Apuração do Abuso do Poder Econômico”, in *Rev. de Informação Legislativa*, n.º 96, pp. 155 e seguintes), tudo conforme os Anais do proveitoso Seminário (*Revista Direito Econômico*, Nova Fase, vol. 3, pp. 54/57 e 91/103).

Isto para não mencionar, por ocioso, a doutrina estrangeira, na qual se destaca, evidentemente, AFTALIÓN com sua monumental obra *Derecho Penal Econômico*.

Não difere a tendência jurisprudencial:

a) sentença do MM. Juiz FLEURY ANTONIO PIRES, da 13.ª Vara Federal em São Paulo, no Processo n.º 5276403:

“E isto porque, regulamentando dispositivo constitucional, a Lei n.º 4.137/62 tem efetivamente natureza penal, situando-se dentro do campo do direito penal econômico, não só por sua origem histórica como também por força de sua natureza intrínseca, vez que o diploma legal em tela não se destina a dirimir interesses particulares, sendo seu objeto jurídico não propriamente a política econômica do Estado, mas, sim, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, constitucionalmente garantidas” (*grifamos*); e

b) acórdão da 4.ª Turma do TFR, de 29 de outubro de 1986, da lavra do Ministro ILMAR GALVÃO, na Apelação Cível n.º 56.282-SP:

“Neste passo, convém observar que o *delito de abuso do poder econômico* não se consuma pela simples existência de um dos fatos descritos nas letras dos incisos do art. 2.º da Lei n.º 4.137/62.

É preciso que aqueles fatos provoquem o resultado previsto na redução dos incisos. O fato, sem o resultado, é *penalmente indiferente*” (*grifamos*).

Quanto à Procuradoria-Geral do CADE, seria aborrecido e desnecessário citar todas as passagens em que aquele órgão se manifestou nesse sentido, como se pode verificar da coletânea de ELBRUZ MOREIRA DE CARVALHO, *Abuso do Poder Econômico*.

Apenas a título exemplificativo, além da já apontada manifestação do douto Procurador-Geral no Processo Administrativo n.º 47, apontada pelo ilustre Conselheiro GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA, observa-se o pronunciamento exarado pelo representante do “parquet” no Processo Administrativo n.º 71 (fls. 728 do Processo):

“Em princípio, quer-nos parecer que os fatos estariam a indicar práticas restritivas da concorrência, através da eventual ofensa aos ditames da letra ‘g’, do inciso I, ambas do art. 2.º da lei. E *sendo inegável o caráter penal da lei antitruste em vigor*, tudo estaria a aconselhar o cuidadoso prosseguimento do exame da hipótese até a obtenção de um juízo de admissibilidade tendente à inauguração da fase contenciosa” (*grifamos*).

Aliás, em inequívoca demonstração de que não são pacíficos os novos entendimentos sobre a matéria, no mesmo Processo Administrativo n.º 71 (fls. 1.194 dos autos), assim se pronunciou o honrado Conselheiro MAURO GRINBERG, esposando, *concessa venia*, a melhor doutrina, em recente despacho de 4 de maio de 1987:

*O Processo Administrativo que corre no CADE, sendo de natureza penal econômica, é de interesse geral da sociedade, de tal sorte que a Representante nem sequer é parte no processo”* (*grifamos*).

Tendo em vista o acima, o não reconhecimento da localização da lei antitruste nacional no âmbito do direito penal-econômico seria, em verdade, violador da preciosa máxima “*minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*”, que impõe o respeito à exegese pacífica, fazendo observar as normas de acordo com o sentido e o alcance definidos durante anos pela doutrina e pela jurisprudência.

Resta indubitável, portanto, a aplicabilidade do art. 114 do Código Penal em tema de abusos do poder econômico.

# O futuro do mercado de capitais

ARNOLDO WALD

Há um momento em que o mercado de capitais deve se expandir, ter nova dimensão, que deve ser simultaneamente, quantitativa e qualitativa.

Quantitativa no sentido de termos um mercado maior, mais amplo, com maior número de acionistas institucionais e particulares, maior número de papéis negociados e maior número de intermediários eficientes, abrangendo bolsas, corretoras, distribuidoras, fundos etc. Ao mesmo tempo, devemos fazer uma espécie de revolução qualitativa, que implica na criação de mecanismos adequados de funcionamento de mercados; na existência real do "full disclosure", da transparência completa; na adequada e eficiente proteção dos direitos dos acionistas minoritários; na segurança dos negó-

cios realizados em bolsa e, finalmente, nas técnicas adequadas de solução de crises, de modo a preveni-las, evitá-las e, eventualmente, reduzir os seus efeitos, de modo que não provoquem maiores prejuízos ao sistema, ao mercado e ao País.

Nesses últimos anos, o que ocorreu no mundo foi a internacionalização do mercado. Assim, passamos a conhecer um mercado global, onde as ações negociadas em Nova Iorque também o são de Londres, onde as reações de um mercado se comunicam com os demais, num sistema de interpenetração entre os países idêntico ao atualmente existente entre as principais bolsas brasileiras. A segunda tendência do mundo moderno, especialmente a partir de 1982, é a substituição gradativa do endividamento pela participação acionária. Já se disse que acabou a era da dívida e que estamos voltando à época da realização de investimentos, onde o simples endividamento não mais é possível. Finalmente, uma terceira tendência da maior importância é a modificação observada no comércio internacional. O chamado comércio de mercadorias que se desenvolveu, durante tantos anos, está sendo complementado e substituído, gradativamente, pelo comércio de serviços, de um lado, e, de outro, pela existência de novas empresas nos países para os quais, no passado, eram feitas as exportações. Há assim uma substituição, em grande parte, do comércio internacional pelo investimento. Antigamente, as grandes fábricas de automóveis, por exemplo, faziam suas exportações para o Brasil. Hoje, há um investimento estrangeiro, em virtude do qual nós fabricamos, no País, esses automóveis. E o mesmo se pode dizer de outros setores.

Chegamos a um momento em que as dimensões do mercado internacional se tornaram, realmente, impressionantes e deixam perplexos todos aqueles que conhecem o tamanho do nosso mercado. Entendemos, hoje, que o mercado de capitais brasileiro deve representar cerca de 25 bilhões de dólares. Acontece que o Japão, em 1986, investiu no exterior, em ações estrangeiras, 29 bilhões de dólares. Assim sendo, o Japão investiu mais do que o valor do mercado brasileiro, em ações externas. Por outro lado, o mercado de Londres negocia, diariamente, 2 bilhões de dólares em ações

estrangeiras, ou seja, em 15 dias a negociação do mercado de Londres abrange a dimensão total do mercado brasileiro. Acresce que os fundos de pensão americanos estão aplicando, no exterior, um valor anual da ordem de 50 bilhões de dólares, ou seja, duas vezes o valor do nosso mercado. Finalmente, nas privatizações que ocorreram recentemente na França, na Inglaterra e em outros países, cerca de 20% das ações foram colocadas no exterior, em mercados como a Alemanha, o Japão e os EUA, de modo que há evidentemente, uma verdadeira internacionalização do mercado.

Há, também, alguns outros dados importantes que devem ser lembrados. Assim, quanto às dimensões de mercado, devemos salientar que a proporção entre o valor total das ações em bolsa e o Produto Nacional Bruto é, no Brasil, muito inferior ao existente nos países industrializados. O Banco Mundial fez um estudo a respeito dessa matéria e concluiu que o nosso nível atual de proporção entre a capitalização e o Produto Nacional Bruto é equivalente ao da Transjordânia e ao da Malásia, o que dá uma idéia do nosso atraso, tratando-se da 8.<sup>a</sup> economia do mundo ocidental. A capitalização do mercado brasileiro é hoje inferior, em números absolutos, aos mercados de Hong-Kong, Coréia do Sul, Bélgica, Taiwan e Dinamarca, cabendo lembrar que o mercado americano representa, hoje, 2,5 trilhões de dólares, ou seja, cerca de cem vezes o mercado brasileiro.

Por outro lado, as nossas ações estão extremamente baratas em relação às demais. Elas representam uma relação preço/lucro de 4 e 5, algumas vezes até menos do que isso, enquanto a Bolsa de Nova Iorque apresenta um P/L entre 15 e 20 e a de Tóquio um P/L da ordem de 40 e 50. Isso tem significado em relação ao que podemos oferecer aos investidores estrangeiros e à influência do capital externo nas bolsas, no sentido de valorizar nossas ações e permitir que um número maior de empresas tenha interesse em entrar em bolsa, porque poderão alcançar o seu valor patrimonial e substituir suas dívidas por participações acionárias. Vislumbramos, pois, uma possibilidade de transformação no mercado de capitais, que pode sair dos seus 25 bilhões de dólares, segundo afirmações do Banco Mundial, para alcançar cerca de 400 ou 500 bilhões, ou seja, pode ser multiplicado por

10 ou 15. Também o número de acionistas brasileiros, que é atualmente de 4 milhões, ou seja, menos de 3% da nossa população, deve atingir dez ou até vinte milhões de acionistas. E se admitirmos um mercado desse vulto, o fato de grupos estrangeiros poderem ter em ações preferenciais, sem direito de voto, um valor entre 80 a 100 bilhões de dólares, digamos de 20% do total, fará com que a nossa chamada dívida externa seja reduzida de tal modo que se torne irrelevante. Um número recente da revista *Economist* salientou, que se os países do 3.º Mundo, nos anos 70, tivessem decidido receber em investimento para o mercado acionário os valores que lhes foram emprestados, hoje, não mais existiria dívida externa.

Por outro lado, devemos salientar que, se a legislação de 64/65 transformou as corretoras individuais em empresas e deu novas dimensões às bolsas, a atual revolução vinculada à conversão, à internacionalização do mercado e à privatização importa em fazer das bolsas brasileiras os grandes centros operacionais de toda a América Latina. Cabe-nos, pois, atingir essa nova fase da economia brasileira, fazendo da propriedade de ações um instrumento da mesma importância que a caderneta de poupança que, em 15 anos, transformou a nossa economia. Assim, a modernização do Brasil pressupõe a do mercado de capitais, cujo efeito multiplicador ensejará a democracia econômica, o progresso do País e uma mobilização de empregadores, empregados e acionistas em torno de empresa, que terá incontestável alcance social.

Finalmente, para que possamos aproveitar o capital estrangeiro, temos que lhe dar um mínimo de garantias, o que exige, realmente, uma transformação na nossa economia, um reacertamento e uma modernização do nosso sistema. A palavra que está em moda, hoje, usada pelo Presidente da República e pelos seus Ministros, é modernização. Estamos diante do Estado moderno que é o Estado humilde, que não pretende impor suas normas, mas que, moderado, pretende ser o parceiro consensual da sociedade, o catalizador das grandes decisões, o fomentador de um mercado de capitais forte, estável e eficiente, que encaminhe recursos para as nossas empresas e garanta o desenvolvimento de nossa economia.

# Arbitragem internacional

## Percalços & entraves

MARCOS A. RAPOSO

Advogado e Chefe da Área de Contratos  
da Petrobrás Comércio Internacional S. A. —  
Interbrás

Uma empresa com sede em um paraíso fiscal, mas administrada a partir do Rio de Janeiro, compra uma partida de baunilha de uma outra estabelecida no Reino de Tonga, na Polinésia. O produto é entregue FOB e o preço, de 500 mil paangas, pago através de uma carta de crédito, mas ao chegar ao porto de destino, verifica-se sua inadequação às especificações contratadas. O contrato elegia o foro de Chicago como competente, mas o advogado norte-americano do comprador informa que a Corte de Chicago provavelmente dar-se-ia por incompetente porque nenhuma das partes tem domicílio ali. Com efeito, não se pode esperar que uma cláusula de eleição de foro, inserta em um contrato qualquer, adquira, só por isso, o condão de fazer funcionar a justiça de um país que nenhuma relação tem com o negócio jurídico ali engendrado. Abram-se aqui parênteses para esclarecer que esse princípio comporta exceções: uma inteligente lei do Estado de Nova Iorque manda que seu Judiciário aceite processar causas independentemente de outras considerações desde que as partes assim o desejem e o valor em jogo ultrapasse determinado limite, que é avultado. O objetivo dessa lei é, evidentemente, incrementar o volume de negócios dos advogados nova-iorquinos, que cobram honorários elevados a seus clientes e pagam pesados impostos ao Estado.

Litigar em Nukualofa, maior cidade do Reino de Tonga, é coisa a que o comprador, por motivos compreensíveis, não se dispõe. A essa altura o advogado que redigiu a infeliz cláusula de eleição do foro percebe que esse tipo de avença, às vezes tão difícil de negociar, revela-se muitas vezes totalmente inócuo.

A alternativa é a cláusula de arbitragem, ou cláusula compromissória. Através dela, as partes determinam que resolverão por arbitragem todas

as divergências que venham a derivar de determinado contrato. Solução perfeita, panacéia infalível, remédio processual moderníssimo, ou nada disso? É o que iremos ver, em continuação.

A arbitragem é velha como o tempo. Se remontarmos em imaginação à pré-história, poderemos considerar como igualmente possível que duas pessoas em desavença procurassem resolvê-la quer recorrendo à autoridade do chefe do grupo, quer ao senso de justiça de um amigo comum, ou de um líder religioso respeitado. Entretanto, parece mais compatível com a natureza humana que aquele que toma a iniciativa, o autor da demanda, procure os meios que produzam desde logo o efeito mais constrangedor possível no espírito do demandado, ou réu. Essa é, provavelmente, a razão da maior utilização da justiça estatal, que é pública, tem ritos constrangedores (basta lembrar o trabalho dos oficiais de justiça) e cujas decisões são executáveis no próprio processo. Já a arbitragem, de ordinário sigilosa, corre sem grande incômodo para o demandado e, quando o laudo é emitido, precisa ainda ser apresentado a um juiz para execução.

Se é assim, qual a vantagem da via arbitral sobre a justiça do Estado? Na verdade, o sigilo, se por um lado torna a arbitragem menos terrível para o demandado, apresenta grandes vantagens, especialmente entre comerciantes. Isso advém da conhecida resistência dos homens de negócio a permitir que se tornem públicos os detalhes das operações que empreendem. Não raro, a discussão de uma causa comercial no foro judiciário deixa expostos segredos comerciais, composições de preços, política de vendas, abusos do poder econômico, e, por vezes até mesmo fraudes fiscais ou cambiais que o juiz tem obrigação de comunicar às autoridades fazendárias. Não hão de ser poucas as ações que deixaram de ser propostas, mesmo por empresários escrupulosos, apenas para evitar a divulgação de seus segredos.

Já na arbitragem, os segredos continuam reservados, e ainda que se tornem conhecidos dos árbitros e da outra parte, não chegam a atingir o público ou as autoridades. Além disso, o árbitro tenderá a ver com mais compreensão certas "manobras" usuais aos comerciantes, e se for, como geralmente é, do *métier*, perceberá, com maior facilidade que o juiz togado, qual das partes terá agido maliciosamente. A favor da arbitragem diz-se também que um juiz togado, ocupadíssimo com o deslinde de centenas de causas, e com um modo de pensar formalista, tenderá a protelar o julgamento das causas mais complicadas, e, mesmo quando se propõe a julgá-las, julga-as mal porque precisa livrar-se delas. E que o árbitro, ao contrário, pode ter apenas um caso a decidir, e tem interesse em decidí-lo bem para ser indicado para outras arbitragens.

Esses argumentos são de validade discutível. Sob o prisma de imparcialidade, o juiz togado leva geralmente a melhor, por deter as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade etc., além de não ter qualquer relação com as partes. O quanto esse ponto é sensível na arbitragem transparece com nitidez no momento em que as partes desavindas consi-

deram a escolha de um árbitro único. Salvo se o árbitro único for um grande nome da ciência jurídica, essa proposta ocasionará a elevação generalizada dos supercúlios dos advogados, que só voltarão à posição normal quando a idéia for abandonada em prol da nomeação de três árbitros: cada parte indica um, e os dois assim escolhidos apontam um terceiro.

Nesse caso, porém, não estará cada uma das partes, quiçá inconscientemente, considerando que o "seu" árbitro deve dedicar-se com maior afinco à análise dos argumentos que interessem à sua tese, com preferência sobre os do adversário? Não é assim que se sentem quando indicam assistentes técnicos em uma perícia judicial? A questão da confiança e da imparcialidade, que aflora, aqui, tem ainda outros desdobramentos no caso específico de uma arbitragem internacional que deva ter lugar em uma praça comercial onde uma das partes é influente, tem prestígio, e a outra não. Nessas circunstâncias, a atmosfera impessoal dos tribunais pode parecer a esta última mais confortável.

Por outro lado, a arbitragem, dizem os seus defensores, é rápida e barata. Para outros, a arbitragem pode sair muito mais dispendiosa que uma ação em juízo, dependendo do valor em jogo, e pode tomar mais tempo. Uma causa de US\$ 100.000.00, se julgada pela Câmara Internacional de Comércio, por exemplo, custará, entre custas administrativas e honorários dos árbitros, US\$ 5.000.00, valor bem mais elevado que as taxas judiciárias e custas cartoriais normalmente cobradas na justiça. E, se for necessário executar o laudo através do Judiciário, essas taxas e custas se acrescem às despesas de arbitragem.

Quanto à celeridade, é incontestado que as arbitragens costumam demorar menos que as ações em juízo, mas é comum que a parte vencida ataque o laudo no momento de sua homologação ou execução através de Judiciário. Alguns advogados em países adiantados consideram a arbitragem como um mero "ensaio geral" da verdadeira discussão da causa, que tem lugar, afinal, perante as cortes de justiça. Isso sem falar nas demoras normais dos processos complicados, que levam algumas arbitragens a durar vários anos. Ainda quanto a esse ponto, é preciso notar que os árbitros não contam com o poder que a lei confere ao juiz togado (que pode, como se sabe, mandar conduzir testemunhas "debaixo de vara" e ordenar medidas cautelares, entre outras coisas), e dependem dos advogados para futuras nomeações em outros processos arbitrais. Assim, muito humanamente, tornam-se menos severos que os juizes quando precisam "podar" os excessos dos advogados, e estes, muitas vezes, aproveitam-se disso para alongar desnecessariamente o processo, "recheá-lo" de provas e manifestações inúteis etc. Não nos esqueçamos de que o modo de peticionar, as fórmulas e modos de conduzir o processo arbitral em cada país assemelham-se naturalmente àqueles empregados no processo judicial, por mais que se procure simplificar. Desse modo, um advogado norte-americano, por exemplo, fará questão, mesmo em uma arbitragem internacional, de usar as *discovery pro-*

*ceedings* que a lei e a prática de seu país permitem e que consomem bastante tempo.

Outras vezes, o atraso se dá porque o Judiciário é chamado a intervir no curso da própria arbitragem, ou porque alguma das partes dá por suspeito o árbitro, ou porque alguma medida coativa ou acautelatória se torna necessária, e o árbitro não pode decretá-la. Por fim, o entrave ao andamento do processo arbitral pode partir do próprio árbitro, que não atua, e já houve pelo menos um caso em que a parte interessada precisou ingressar em juízo contra o árbitro para compeli-lo a prolatar a decisão. Faça-se a justiça de acrescentar que essa hipótese é raríssima...

Afora isso, sobrenada em países do terceiro mundo uma certa desconfiança relativamente à arbitragem. É que, através de decisões prolatadas por árbitros do primeiro mundo, vai-se criando a chamada *lex mercatoria*, baseada em precedentes, vale dizer, uma forma de direito supranacional, mais adaptada às necessidades dos países desenvolvidos que às dos outros. Isso é especialmente observado com relação aos organismos institucionais organizados nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, e que prestam serviços de arbitragem.

Até recentemente, por exemplo, as organizações da República Popular da China recusavam-se a aceitar cláusulas compromissórias em seus contratos internacionais, que indicassem como competente para processar a arbitragem alguma dessas instituições. Ultimamente, verificou-se que essa relutância podia ser contornada convencendo-se que a arbitragem seria *ad hoc* ao invés de institucional.

A esse passo, a diferença entre arbitragem institucional e *ad hoc* já deve ter sido percebida: na arbitragem institucional as partes submetem suas divergências a uma instituição, que conta com normas procedimentais, um corpo de árbitros e um órgão permanente, que mantém atualizadas as normas e o corpo de árbitros, e que atua também para resolver dificuldades de interpretação, ou para preencher eventuais lacunas nos ordenamentos já citados. São exemplos dessas instituições a Câmara de Comércio Internacional (CCI ou ICC), a American Arbitration Association (AAA) e a London Court of International Arbitration (LCI), para citar apenas algumas das mais conhecidas. Já nas arbitragens *ad hoc*, as partes precisam convenicionar a forma de escolher o árbitro ou árbitros e determinar as normas que pautarão o processo arbitral. Ainda que mal comparando, é como se a arbitragem institucional fosse uma roupa comprada *prêt-à-porter*, enquanto que a *ad hoc* fosse feita sob medida no alfaiate.

A metáfora só não é muito feliz porque vêm surgindo críticas à arbitragem institucional no sentido de que é, em verdade, mais cara e mais demorada que a *ad hoc*. Mais cara porque as partes devem pagar as taxas administrativas destinadas a custear a estrutura do órgão, que não existe nas arbitragens *ad hoc*, e mais demorada porque esses órgãos costumam tomar algum tempo para indicar os árbitros e rever o seu laudo antes de ser ele considerado final. Diz-se também que essa fase de revisão

do laudo exige mais trabalho dos advogados, cujos honorários, em consequência, elevam-se correspondentemente (nos Estados Unidos, na Inglaterra e em muitos outros países, os advogados costumam cobrar por hora nas causas comerciais).

Se é verdade que a revisão do laudo toma tempo, não é menos certo que tem sua utilidade: pelo menos as partes contarão com a experiência do órgão coletivo permanente da instituição, que poderá detectar imperfeições técnicas no laudo que o tornariam imprestável. Além disso, esse órgão permanente controla o árbitro no que tange aos prazos para completar seu trabalho e, mais importante, serve como instância consultiva para o próprio árbitro, quando se vê em dúvida quanto à condução do processo.

A falta de um órgão dessa natureza, a arbitragem *ad hoc* deve ser precedida da determinação pelas partes de normas procedimentais tão precisas quanto possível. No entanto, é de todo conveniente que essas normas sejam determinadas já no contrato, na própria cláusula de arbitragem, pois uma vez instalada a divergência entre as partes, será evidentemente muito mais difícil negociar o que quer que seja. Entre os pontos a serem cobertos, vale citar os seguintes:

- a) pagamento (adiantado ou não) dos custos da arbitragem e dos honorários dos árbitros;
- b) local e prazo para a realização da arbitragem; forma de notificação às partes;
- c) apresentação de inicial, contestação e fixação da lide pelo árbitro, com a determinação dos pontos a decidir;
- d) produção de prova e contraprova escrita e pericial; audiências de instrução para colher prova oral;
- e) razões finais e decisão, em audiência ou por escrito; forma e fundamentação da sentença;
- f) autorização (ou não) para que o árbitro julgue por equidade;
- g) modo de se registrar e comunicar às partes os atos processuais; indicação de escrivão ou secretário, quando for o caso;
- h) indicação da lei processual aplicável subsidiariamente na ausência de norma regulamentar;
- i) língua a ser usada nos atos processuais e tradução de documentos.

A relação acima, evidentemente exemplificativa, deixa entrever as complexidades a serem enfrentadas numa arbitragem *ad hoc*. Se todos esses pontos não estiverem cobertos no acordo, e se, ao tempo da desavença,

uma das partes decidir que a arbitragem não é de seu interesse, pode-se imaginar os entraves que criará ao estabelecimento das normas procedimentais, senão ao próprio andamento do processo. É claro que, na ausência de normas convencionais, aplica-se a lei nacional que certamente cobrirá os pontos mais importantes envolvidos no processamento da arbitragem. Diga-se, aliás, que a lei nacional deve necessariamente ser compulsada para evitar algum conflito entre o regulamento preparado pelas partes e alguma norma legal imperativa, ou que interesse à ordem pública. A questão que surge nesse particular é a de saber-se qual a lei nacional aplicável, quando se trata de arbitragem internacional. Imagine-se o caso de haverem as partes escolhido a lei de um país diferente daquele onde a arbitragem se realiza, e de onde a sentença arbitral deve ser homologada e executada. Pode haver ocasião para conflitos de difícilíssima solução.

Desses conflitos, por sinal, não está isenta a arbitragem institucional. Em que pese ao zelo com que são redigidos os regulamentos das instituições de arbitragem, refletem eles preferencialmente o pensamento dominante em certos sistemas jurídicos, e podem não harmonizar-se com as leis nacionais de determinado país. O Código de Processo Civil Brasileiro, por exemplo, determina que não pode ser árbitro quem não tenha a confiança das partes, os incapazes, os analfabetos, os legalmente impedidos para servir como juiz ou os suspeitos de parcialidade (art. 1.079). Por aí se vê que o árbitro deve ser uma pessoa física indicada pelas partes, o que também decorre do art. 1.074 do Código de Processo Civil. Há aí amplo campo para o conflito nas arbitragens em que a instituição indicada na cláusula arbitral é quem nomeia o árbitro, e não as partes diretamente, como é freqüentemente o caso. A confiança, pela lei brasileira vigente, deve estar depositada no árbitro, e não na instituição, sob pena de não poder o laudo arbitral ser homologado.

Essa é uma das prováveis razões para o pequeno número de arbitragens institucionais em nosso País. É claro que as partes podem confirmar o árbitro escolhido pela instituição mediante a assinatura de um compromisso arbitral em linha com o disposto no art. 1.074 do CPC, mas não é isso que acontecerá se, a esse tempo, uma delas já não estiver interessada em uma decisão rápida e inatacável.

Responde-se que esse inconveniente desaparece se a arbitragem não estiver sujeita à lei brasileira, por haverem as partes convencionado sua realização em um outro país, cuja lei, por hipótese, não contenha os requisitos em questão e onde, portanto, o laudo arbitral seja inatacável. E, de fato, essa tem sido a solução usual nos contratos entre empresas brasileiras e estrangeiras. No entanto, a dificuldade, que parecia aniquilada, ressurgiu no caso de haver sido vencida a parte brasileira. É que, nesse caso, a decisão arbitral precisará, com toda probabilidade, ser executada no Brasil, onde o vencido possui bens. E, pelo art. 1.097 do CPC, só a homologação do laudo no Brasil lhe confere eficácia de título executivo.

Um excelente artigo, ainda inédito, de CLÓVIS DO COUTO E SILVA <sup>(1)</sup>, indica-nos que as condições para a execução de uma sentença estrangeira no Brasil (sem distinção, portanto, entre sentença judicial e sentença arbitral) são as que constam do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, a saber:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que for proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda na lição abalizada de COUTO E SILVA, a relação de requisitos da Lei de Introdução não estará completa sem o acréscimo de três outros: o primeiro, constante do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 215 e segs.) é no sentido de que a sentença arbitral esteja fundamentada <sup>(2)</sup>. O segundo, de que o laudo já venha homologado por órgão judiciário do país de origem <sup>(3)</sup>, e o terceiro e último de que no processo arbitral se haja regularmente assegurado às partes plena oportunidade de se defenderem.

Quanto ao segundo requisito, cabe anotar que a lei processual de diversos países não contempla a hipótese de homologação judicial de laudos arbitrais, o que tem tornado impossível a respectiva homologação pelo STF. Todavia, segundo o magistério de J. C. BARBOSA MOREIRA <sup>(4)</sup>, um laudo arbitral proveniente de um desses países tem lá a mesma força de uma sentença judicial, devendo portanto, ser homologado pela nossa Corte Suprema para efeito de adquirir eficácia no Brasil. O argumento parece correto e seu acolhimento evitará situações esdrúxulas que equivalham a uma verdadeira denegação de justiça. Com efeito, pode dar-se que no país de origem a cláusula compromissória barre o acesso das partes ao Judiciário local, que este não tenha competência legal para homologar o laudo, e, ainda, que o vencido só possua bens no Brasil. Numa tal hipótese extrema, pode-se talvez pensar em ajuizar a execução no país de origem e cumpri-la através de carta rogatória à justiça brasileira, mas é pelo menos duvidoso que as cortes do país de origem aceitem processar

(1) *L'Arbitrage en Droit Brésilien*, 1986.

(2) BRASIL. STF. SE 2.766/6. Anderson Clayton S. A. *DJ*, Brasília, 23-9-1983, p. 14.496.

(3) RTJ. Rio de Janeiro, *DIN*, 54: 714, dez. 1974.

(4) In ——— *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. V. 5, p. 82.

a execução se o executado não tiver domicílio, ou bens, em tal país, e se inexistir outra relação jurídica que de algum modo estabeleça a competência territorial para a sua execução lá.

De todo modo, resulta difícil, quando não impossível, executar no Brasil uma decisão arbitral proferida em país cujas leis não contemplem a sua homologação local. Ainda, entretanto, que se haja obtido essa homologação local, é preciso às vezes enfrentar um novo óbice: é que o processo homologatório no exterior requer, naturalmente, a citação do vencido, por hipótese brasileiro, e a citação, em grande número de países, perfaz-se pelo correio. Assim, o réu brasileiro é freqüentemente citado no Brasil através de um expediente postado no país de origem e assinado pelo juiz estrangeiro. Ora, é conhecida a orientação do STF no sentido de que um tal modo de citar sem a participação do judiciário brasileiro é imprescritível em nosso país, e que resulta contrário à ordem pública brasileira conceder o "exequatur" nesses casos. É claro que, se o réu houver atendido à citação, mesmo que não efetivada através de carta rogatória, essa defesa não lhe aproveitará.

De observar que as dificuldades atinentes à homologação pelo STF não são peculiares às arbitragens institucionais, mas alcançam também as *ad hoc* que se realizem no exterior. Como vimos, entretanto, a arbitragem *ad hoc* encontra em nossa lei menos obstáculos para sua realização no Brasil que a institucional e é, aliás, a única que o Código de Processo Civil contempla expressamente. Nem por isso, no entanto, fica isenta de percalços, o principal dos quais consiste na exigência, constante do artigo 1.074-III do CPC, de que as partes assinem um termo de compromisso que deve conter, além do nome do árbitro, "*o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor*".

É fácil compreender que o termo de compromisso não se confunde com a cláusula compromissória, nem pode substituir-se por ela, pois não há como descrever o objeto do litígio à época do contrato, quando as partes não estão em desavença. Assim, alguém que tenha firmado um contrato contendo uma cláusula compromissória, mas que prefira a via judicial no momento em que a controvérsia estala, simplesmente deixa de firmar o termo de compromisso e, com isso, frustra a arbitragem. Isso, é claro, se a arbitragem houver de realizar-se no Brasil.

Diz-se que a recusa à assinatura do compromisso constitui descumprimento de uma obrigação de fazer, engendrando o dever de indenizar. Entretanto, não há como mensurar adequadamente o valor da indenização, pois dirigindo-se ao Judiciário, a parte diligente pode fazer valer seu direito contra a outra tão bem, pelo menos em tese, quanto através da arbitragem. Há quem considere possível, ao invés de exigir indenização, que a parte diligente obtenha, nos termos do art. 639 do CPC, uma decisão judicial que supra a assinatura da parte inerte no termo de compromisso. Toda-

via, o resultado prático seria desastroso em termos de tempo: se se vai propor uma demorada ação judicial para conseguir iniciar um processo arbitral, porque não submeter o mérito da pendência desde logo aos tribunais judiciais? Além disso, o art. 693 do CPC é de duvidosa aplicação ao caso, pois dirige-se ao cumprimento da obrigação de concluir um contrato, e um termo de compromisso é muito mais que um contrato.

Considera-se possível, por outro lado, que a parte diligente pleiteie, através da ação de preceito cominatório (CPC, art. 644), a imposição da multa periódica à parte inerte, com o objetivo de forçá-la a assinar o compromisso. Não conhecemos precedente judiciário a tal respeito, mas a uma ação dessa natureza o réu provavelmente objetará que, como a lei processual vigente restringe o exercício do poder de arbitrar a "*quem quer que tenha a confiança das partes*" (CPC, art. 1.079), ninguém pode ser compelido, contra sua vontade, a confiar a árbitro algum o encargo de dirimir controvérsia envolvendo direito seu. Assim, a promessa de confiar, a que se resume a cláusula compromissória, terminaria tendo o mesmo destino da promessa pura de doar, que se considera inválida por razão semelhante, vale dizer, porque não se pode obrigar alguém a exercer liberalidade (e o mesmo vale para a confiança) que já não encontra lugar em seu espírito.

Tema muito debatido em matéria de arbitragem é a questão da *autonomia* da cláusula arbitral. Observa-se por vezes que, logo ao iniciar-se a arbitragem, o demandado argúi a ineficácia da cláusula arbitral, quando não a própria inexistência ou nulidade do contrato do qual ela consta, donde a conclusão de que o árbitro não pode julgar por não ser, na verdade, árbitro. Surge a dúvida: deve o árbitro decidir se é árbitro ou, uma vez que sua competência haja sido posta em xeque, deve abster-se?

Como a jurisprudência brasileira é inexistente a respeito, vale citar um precedente britânico a título de ilustração: a Sra. Willcox, de mudança para a Nova Zelândia, contratou uma empresa especializada, Pickford Removals Ltd., para transportar sua mobília. Tendo inspecionado a mobília, a Pickford enviou-lhe uma estimativa do valor, na qual se achava impressa uma cláusula de arbitragem, e a Sra. Willcox telefonou ao representante da Pickford aceitando o preço. Em seguida, os móveis foram retirados pela Pickford, mas vieram a perder-se em um incêndio, e a Sra. Willcox moveu contra a Pickford uma ação judicial objetivando a recomposição de seus prejuízos. A Pickford requereu e obteve o trancamento dessa ação judicial fundamentando-se na existência da cláusula de arbitragem, e a Sra. Willcox pediu a anulação dessa medida afirmando que o contrato que fizera com a Pickford fora fechado verbalmente e que jamais havia concordado com a cláusula arbitral constante da estimativa escrita da Pickford. Em primeira instância, logrou êxito a tese da Sra. Willcox, mas essa sentença foi revertida em grau de recurso. Finalmente a "Court of Appeals", pelo voto de Lord Roskill, restabeleceu a sentença de primeira instância, por considerar que só o Judiciário pode decidir nos casos em que a competência do árbitro

esteja em jogo<sup>(5)</sup>. Aliás, desde *Heyman v. Darwin*<sup>(6)</sup> ficara já assente que o árbitro não pode decidir sobre sua própria jurisdição.

Esses precedentes da jurisprudência britânica empessam bem o princípio de que o árbitro não é soberano, como o é o Poder Judiciário: o árbitro não tem competência para decidir sobre sua própria competência. No entanto, a idéia da autonomia da cláusula arbitral leva precisamente a que o árbitro tenha essa competência, e em diversos países isso é lei. Com efeito, alguns precedentes têm sido reportados nos Estados Unidos em favor da noção de que o árbitro pode decidir a respeito de sua competência, mas o direito austríaco, o alemão ocidental, o britânico e, com reservas, o suíço e o italiano não o admitem.

A tese da autonomia da cláusula arbitral foi imaginada para dar suporte teórico à solução prática do problema que se cria com a arguição de nulidade ou inexistência do acordo para arbitrar. Segundo essa tese, a cláusula arbitral é autônoma em relação ao contrato do qual consta, da mesma forma que o aval é autônomo em relação à emissão de uma nota promissória. Não parece válida essa assimilação do aval à cláusula de arbitragem, exatamente porque o aval exsurge de um ato realmente autônomo em relação à emissão do título, enquanto que a cláusula de arbitragem é mera parte do ato jurídico representado pelo contrato.

A cláusula pode ser autônoma, sim, quando ajustada em separado do contrato ao qual se dirige (como é o caso do termo de compromisso), pois aí há dois atos jurídicos distintos. Mas, se a cláusula integra o contrato, só não será atingida se a nulidade deste for parcial e não se estender a ela. É o princípio do art. 153 do Código Civil brasileiro, *verbis*:

“A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável” (*omissis*).

Esse princípio nada tem de novo, e torna desnecessário o recurso à noção, destituída de suporte lógico, de que a cláusula arbitral é sempre autônoma. Mesmo em termos práticos, não faz sentido, e pode ocasionar prejuízos irreparáveis, autorizar o árbitro a proferir decisão quando a própria validade do acordo para arbitrar é contestada. Trata-se, à evidência, de uma questão que ao árbitro não cabe dirimir, e sim ao Judiciário. A questão da competência do árbitro engendra, aliás, um dilema curioso: se o árbitro tivesse o poder-dever de decidir se é ou não válido, ou existente, o acordo para arbitrar, deveria, em termos de pura lógica, abster-se de julgar caso se convencesse pela negativa. Nesse caso, não deveria abster-se de decidir até mesmo que deveria abster-se? E essa abstenção já não

(5) *Willcox v. Pickford Removals Ltd.* (1979) 1 Lloyds Rep. 244, CA.

(6) *Heyman v. Darwin* (1942) 72 LI LR 65: “An arbitrator cannot decide his own jurisdiction”.

constituiria *per se* uma decisão, que o árbitro não pode adotar porque lhe falta competência para decidir o que quer que seja a respeito?

De tudo o que ficou exposto, verifica-se que a solução de conflitos pela via arbitral é amplamente desfavorecida pelo direito pátrio. Não apenas os textos legais, mas a doutrina, o trabalho dos advogados e a jurisprudência têm conduzido, quase em uníssono, ao desprestígio da arbitragem em nosso País. A nosso ver, esse repúdio de *mens* jurídica brasileira à arbitragem, e a conseqüente preferência pela justiça do Estado revelam uma enraizada desconfiança (consciente, ou não, confessada, ou não) na imparcialidade dos árbitros, que na verdade não parte apenas das profissões legais, mas constitui um traço característico de nossa psicologia coletiva. Basta ver como são tratados pelo público os árbitros dos certames esportivos.

E nem é apenas brasileira essa tendência, mas universal, em maior ou menor grau. De notar que mesmo nos países onde estão sediadas as mais conhecidas instituições de arbitragem do mundo, e de onde provém o estímulo em favor da arbitragem, é ela incomparavelmente menos utilizada que a via judicial para a solução de divergências.

A nosso ver, é preciso avançar com cautela nesse campo, pois acham-se em jogo interesses da maior relevância. O anteprojeto de lei proposto ao exame público pela Portaria n.º 76 do Ministério da Justiça (*DOU*, de 27-2-87) está a merecer ampla crítica no particular. Se transformado em lei, o laudo arbitral, independentemente de homologação, passará à categoria de título executivo extrajudicial, em cuja execução os embargos de devedor não terão efeito suspensivo. Pior ainda, a nulidade do laudo só poderá ser declarada em ação ordinária com fulcro em uma restrita enumeração de casos, entre os quais não está, por exemplo, o cerceamento de defesa do vencido. E mesmo a prova da corrupção do árbitro só em processo penal será admitida, com sentença transitada em julgado.

Por manifesta que seja a nulidade do decisório arbitral, portanto, o vencido não poderá defender-se alegando-a no processo de execução, se vingar esse anteprojeto. Sofrerá o constrangimento da execução forçada e, se for comerciante, poderá ver requerida sua falência, ao passo que sua defesa correrá pelas vias ordinárias, não importando sequer se foi regularmente cientificado da realização da arbitragem ou não, se sua defesa foi cerceada ou não. Iniludivelmente, o anteprojeto em exame trata com inadmissível severidade o vencido brasileiro, e só ele, pois, se o vencido for estrangeiro, a execução por certo que será processada em seu país, e segundo outras leis.

A dispensa de homologação, pelo STF, de sentença arbitral estrangeira para que possa ser executada no Brasil merece análise à parte. Intenta-se conferir ao laudo proferido no exterior um grau de eficácia no território brasileiro de que nem as sentenças prolatadas por juiz estrangeiro gozam, pois estas prosseguiriam dependendo de *exequatur*. A par de imprópria,

a dispensa de homologação pelo STF afronta irremediavelmente o art. 118, § 3.º, letra *d*, da vigente Constituição, que estabeleceu a competência da Corte Suprema para “*homologar sentenças estrangeiras*”. O laudo é indubitavelmente uma sentença, pois decide matéria controversa entre partes litigantes através de “juízes de fato e de direito” (C. Civ. 1.041), e nem o dispositivo constitucional citado, nem o Regimento Interno do STF a que ele se refere distinguem entre sentença judicial, arbitral ou de outra natureza. Aliás, J. C. BARBOSA MOREIRA anota mais de um caso em que o Supremo homologou decisão de órgão executivo estrangeiro, não relacionado com o Judiciário do país de origem, e acrescenta que um laudo provindo de país cuja lei não preveja a homologação local tem eficácia sentencial, e não pode deixar de ser tratado como sentença (7).

Em resumo: se a própria lei brasileira vier a dispensar a homologação, o laudo, se a sentença já não fosse, passaria a sê-lo, com toda condição de eficácia em nosso País. Isso, entretanto, não poderia ocorrer enquanto vigente a norma constitucional que exige a homologação da sentença estrangeira pelo Presidente do STF. Aliás, o STF tem exercido sem discrepância sua competência para homologar laudos arbitrais estrangeiros, com fulcro na ditada norma constitucional, não se admitindo que a lei ordinária pudesse despojá-lo de tal atribuição.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARKIN, Henry L. *International Ad Hoc Arbitration: a practical alternative*. *International Business Lawyer*. London, 15 (01): 5-12, jan. 1987.
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE. *Le Droit de l'Arbitrage en Europe*. Paris, CCI, 1981, 376 p. (Publication n° 35).
- COUTO E SILVA, Clóvis. *L'arbitrage au Brésil*. (Artigo inédito).
- HUCK, Hermes Marcelo. *Deficiências da Arbitragem Comercial Internacional*. (Artigo inédito).
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Guide to arbitration*. Paris, ICC, 1983, 139 p. (Publication n° 382).
- HOW to control legal costs. *Business Law Brief*. New York, Financial Times, p. 10, Oct. 1985.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, vol. 5.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *A arbitragem no comércio internacional*. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, 37 (156): 233-268, out./dez., 1980.

(7) In: ——— *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. V. 5, pp. 82-83.

# Reforma agrária no Brasil

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES  
Professor do Curso de Formação de Oficiais  
de Minas Gerais. Mestrando em Direito  
Constitucional da UFMG. Advogado em  
Belo Horizonte

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Função social da propriedade.* 3. *Fundamentos constitucionais da Reforma Agrária.* 4. *Breve relato dos antecedentes históricos da Reforma Agrária no Brasil.* 5. *Reforma agrária (conceito).* 6. *Reforma agrária no Brasil.* 6.1 *Colonização e reforma agrária.* 6.2 *A questão agrária (violência no campo e a proposta do governo para uma reforma agrária).* 7. *Conclusão.*

### 1 — *Introdução*

Vamos tratar, no presente trabalho, da reforma agrária no Brasil, sua previsão constitucional, sua legislação, sua realização, suas implicações, dificuldades, e a necessidade urgente de sua efetivação de forma completa, pois com ela poderemos pôr fim a problemas sociais profundos como o êxodo rural e a conseqüente superpopulação nos grandes centros, que trazem o desemprego, a marginalidade e a violência urbana. Vamos perceber, após a leitura deste trabalho, que a reforma agrária será a solução para muitos problemas brasileiros que estão interligados.

Começando pelo aumento da produção de alimentos que esta reforma possibilitará, vamos passar, como já dissemos, pelo problema do êxodo rural, da criminalidade, do desemprego, da fome, problemas estes que podem ser atenuados por uma profunda reforma agrária, que trará ainda o aumento das exportações de alimentos, e o mais fácil e menos inflacionado abastecimento interno de nossa população. Mas, a reforma agrária não é só redistribuir terras, ela vai implicar numa assistência efetiva do Estado na construção de estradas vicinais, na compra e distribuição da produção, no financiamento de máquinas e tratores modernizando a produção, na distribuição de grãos e no incentivo à formação de cooperativas rurais.

Estas e outras questões, pretendemos abordar no presente trabalho; entretanto, não podemos penetrar neste estudo sem antes analisarmos importantes aspectos de sua história.

Quando falamos em reforma agrária, estamos falando da intervenção do Estado na propriedade privada, e do conceito de função social da propriedade.

## 2 — *Função social da propriedade*

A propriedade privada foi tema de debate e preocupação de muitos, durante séculos. PLATÃO, em seu livro *A República*, previa a propriedade comum entre os membros escolhidos de sua República Ideal <sup>(1)</sup>.

O cristianismo, durante a Idade Média, vai oferecer uma rigorosa “denúncia a propósito da preocupação obcecante do homem com os bens materiais” <sup>(2)</sup>.

Os pensadores iluministas que deram o sustentáculo ideológico à Revolução Francesa (1789) como também à Revolução Norte-Americana (1776), colocaram a propriedade privada como um direito individual fundamental. Entretanto, ROUSSEAU, preocupado com o problema da igualdade social, escreverá o seu “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, onde, tratando da propriedade privada, vai afirmar: “O primeiro que, cercando um terreno, se lembrou de dizer: *Isto me pertence*, e encontrou criaturas suficientemente simples para acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Que de crimes, de guerras, de assassinatos, que de misérias e de horrores teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou atulhando o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: Guardai-vos de escutar este impos-

---

(1) ACCIOLI, Wilson. *Constituição de Direito Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 538.

(2) ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, op. cit., p. 538.

tor! Estais perdidos se vos esqueceis de que os frutos a todos pertencem e de que a terra não é de ninguém!" (3)

O liberal CHARLES TOCQUEVILLE (1805-1859) vai dividir em duas as concepções progressistas de Estado: uma será a concepção liberal que defende a correlação entre a propriedade e a liberdade; a outra será a concepção democrática, pela qual a liberdade vai se basear na igualdade jurídica. Esta corrente democrática, que se afirmou com ROBESPIERRE na Revolução Francesa, foi a corrente derrotada na história da Europa (4).

Portanto, a propriedade privada vai se afirmar no Estado liberal como a base da liberdade. A propriedade privada será um direito individual fundamental absoluto, intocável. Este Estado liberal terá como regra de comportamento a omissão. É a afirmação do "laissez-faire", "laissez-passer". "Sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social" (5).

Desta forma, o "liberalismo clássico correspondente ao Estado liberal, que traduzia o pensamento econômico de "laissez-faire", "laissez-passer", deixava aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria do todo" (6).

Entretanto, este liberalismo utópico do séc. XVIII, que afirmava a neutralidade do poder público diante dos problemas sociais, conduzirá os povos livres a um capitalismo absorvente, desumano e escravizador. A sociedade será reduzida a uma comunidade de "cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados", conforme a expressão de THIERRY MAULNIER. Os desajustamentos e as misérias sociais que a revolução industrial suscitou e o liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontrolláveis, são retratados com fidelidade pela Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII em 1891 (7).

Será, portanto, no início do século XX, que surgirá o constitucionalismo social e o Estado social, marcados pela Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. O professor JOSÉ ALFREDO BARACHO nos ensina que as Constituições que vieram após a Primeira

---

(3) ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. São Paulo, Ed. Cultrix, 1987, p. 175.

(4) GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel*. Porto Alegre, L e PM editores Ltda., 3ª edição, pp. 22 e 23.

(5) BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, 4ª edição, p. 4.

(6) NICZ, Alvacir Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 1.

(7) MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 15ª edição, São Paulo, Sugestões Literárias, 1983, p. 495.

Guerra Mundial não se preocupam apenas com a estrutura política do Estado, mas reconhecem o direito e o dever do Estado em garantir a todos uma existência digna. "Aos direitos absolutos da Declaração de 1789 contrapõem-se limitações, decorrentes das superiores exigências da coletividade" (8). O Estado deixa de ser abstencionista.

Entre as limitações aos direitos individuais, antes absolutos, surgem a limitação da propriedade privada pelos interesses da coletividade. Surgem a nível de norma constitucional a função social da propriedade e a desapropriação por interesse social.

No direito constitucional brasileiro, o interesse social como fundamento da desapropriação só foi reconhecido recentemente pela Constituição de 1946 (9). A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, prevê a função social da propriedade no item III do artigo 160. Esta função social da propriedade inspira a expropriação por interesse social já prevista no artigo 153, § 22 (10). Desta forma, a Constituição condena o uso egoísta da propriedade privada, conceito liberal segundo o qual tem-se o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, sem levar em conta o interesse da sociedade. "Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral" (11).

### 3 — Fundamentos constitucionais da reforma agrária

"O bem-estar social é o escopo da *justiça social* a que se refere nossa Constituição (art. 160) e só pode ser alcançado através do desenvolvimento nacional" (12).

Será justamente para proporcionar o bem-estar social e a justiça social, que o Estado moderno vai intervir na propriedade privada. A desapropriação por interesse social será aquela decretada para promover a justa distribuição da propriedade, ou para condicionar o uso desta ao bem-estar social. A primeira hipótese é a que nos interessa, pois se refere à reforma agrária, sendo privativa da União (13).

---

(8) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Constitucionalismo. Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23 n. 91, jul./set., 1986, p. 46.

(9) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. Editora Saraiva, 6ª edição, 1986, p. 608.

(10) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 659.

(11) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 658.

(12) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 497.

(13) MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 505.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, vai tratar do assunto nos artigos 153, § 22 e 161, § 1.º ao 5.º

O § 2.º do artigo 161 estabelece que a desapropriação da propriedade territorial rural é de competência exclusiva da União, sendo que ela estará limitada às áreas prioritárias fixadas em decreto do Poder Executivo, para a realização da reforma agrária.

A segunda condição presente neste parágrafo, “para que a expropriação possa dar-se mediante pagamento em títulos da dívida pública, é a de que a forma de exploração da propriedade expropriada” não seja adequada ao interesse social <sup>(14)</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO demonstra a deficiência da redação deste parágrafo quando faz menção às formas de exploração que “contrariem o acima disposto”. Esta afirmação não tem um significado claro e preciso <sup>(15)</sup>.

O § 3.º estabelecerá que a indenização em títulos só será feita quando se tratar de latifúndios, como definidos em lei, excetuando-se as benfeitorias necessárias e úteis, que serão pagas em dinheiro. O § 4.º, artigo 161, estabelece que é privativa do Presidente da República a competência para a declaração de zonas prioritárias, enquanto o § 5.º do mesmo artigo isenta os proprietários de pagamento dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

Para PINTO FERREIRA, foram as reivindicações dos camponeses brasileiros muito intensas na década de 60, que forçaram os legisladores a uma preocupação com a reforma agrária. “A excessiva população rural do País e a necessidade de elevar o poder aquisitivo da grande plebe rural, que permitisse a formação de um mercado de consumo favorável à industrialização, trouxeram como consequência a inadiável reformulação do tema” <sup>(16)</sup>.

#### 4 — Breve relato dos antecedentes históricos da reforma agrária no Brasil

O Brasil, antes de sua descoberta, já existia sob o signo do latifúndio. O Tratado de Tordesilhas dividiu o mundo em dois imensos territórios, concedendo a Portugal a porção situada a 300 léguas a oeste do arquipélago do Cabo Verde. A etapa seguinte foi a divisão do território brasileiro em 13 capitanias hereditárias, para treze amigos do Rei de Portugal. Estes

---

(14) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.* p. 665.

(15) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.* p. 665.

(16) PINTO Ferreira. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, 2º volume, Editora Saraiva, 6ª edição, 1983, p. 826.

13 latifúndios foram depois subdivididos em sesmarias, que vão gerar os atuais latifúndios (17).

A Coroa Portuguesa vai incentivar a reforma da técnica agrícola, mas jamais se fará qualquer referência a uma reforma agrária, muito pelo contrário, a Coroa Portuguesa manterá por três séculos o regime das sesmarias, o principal responsável pela consolidação do latifúndio improdutivo no Brasil (18).

O interessante será notar que vários projetos de reforma agrária foram escritos durante os anos de 1770 a 1817 por homens dos mais diversos grupos sociais em diversos lugares do Brasil, caracterizando uma insatisfação generalizada com a realidade colonial (19).

O padre jesuíta JOÃO DANIEL (1722-1776) escreveu uma obra sobre a Amazônia, para onde ele imagina uma sociedade mais igualitária, onde o acesso à terra seria garantido a todos, e não haveria escravidão (20).

JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON é o autor, em 1788, das "Reflexões sobre o estado em que se acha a agricultura da Capitania de São Paulo", onde ele escreve que o "poder público pode confiscar as terras não aproveitadas para incentivar a criação do gado e a agricultura" (21).

As *Ordenações* de D. Manoel e D. Felipe regulamentando a concessão da sesmaria dispunham:

"a) que não se dessem maiores terras a uma pessoa que razoavelmente parecer que possa aproveitar;

b) se as pessoas a quem foram dadas as sesmarias não as aproveitarem no tempo determinado, as terras seriam dadas a outros para que estes as aproveitassem" (22).

Entretanto, esta lei não será aplicada no Brasil com rigor. Luís dos Santos Vilhena, português nascido em 1774, nomeado professor régio em Salvador, propõe uma lei agrária onde ele prevê o confisco de terras improdutivas e a redistribuição dessas áreas em lotes menores (23).

---

(17) SILVA, José Gomes da. A Reforma Agrária no Brasil 1976. *Reforma Agrária*. Brasília, nºs 7-8, Ano VI, jul./ago., 1976, pp. 3-18.

(18) JOBIM, Leopoldo. *Reforma Agrária no Brasil Colônia*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1983, p. 80.

(19) JOBIM, Leopoldo. *Ob. cit.*, p. 80.

(20) JOBIM, Leopoldo. *Ob. cit.*, p. 38-46.

(21) JOBIM, Leopoldo. *Ob. cit.*, p. 52.

(22) JOBIM, Leopoldo. *Ob. cit.*, p. 158.

(23) JOBIM, Leopoldo. *Ob. cit.*, pp. 52-63.

Após este pequeno esboço histórico, para o qual nos utilizamos da obra de LEOPOLDO JOBIM, "Reforma Agrária no Brasil Colônia", vamos estudar o projeto e a realidade da reforma agrária brasileira.

## 5 — Reforma agrária (conceito)

A Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, conceitua a reforma agrária no artigo 1.º, § 1.º:

"1.º — Considera-se reforma agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento da produtividade."

São inúmeros os conceitos de reforma agrária. Esta reforma, conforme o conceito legal, constitui uma tentativa de alteração profunda na estrutura social e nas relações tradicionais de propriedade. O que se pode deduzir, a partir do texto da Exposição de Motivos que encaminhou ao Congresso Nacional o projeto do Estatuto da Terra, será que o conceito de reforma agrária adotado no Brasil seria o de reforma integral<sup>(24)</sup>.

Esta reforma agrária integral, preconizada nos estatutos dos países latino-americanos, significa que deve haver uma substituição total do sistema de latifúndio, que, conforme OCTÁVIO MELLO ALVARENGA, também é um sistema integral. Desta forma, deve acontecer uma substituição "integral" em todos os setores da agricultura: fundiário, associativista, de crédito, assistência técnica, comercialização e serviços<sup>(25)</sup>.

Este conceito brasileiro vai se basear nas diretrizes acertadas entre os países latino-americanos, reunidos em Punta del Este em 1960. Entre as metas a serem alcançadas a partir dessa reunião, podemos destacar que a finalidade principal da reforma agrária será o aumento do nível social e econômico do pequeno e médio produtor, através da formação de empresas agrárias com base no sistema cooperativo e, alternativamente, a formação de empresas comunitárias conjuntamente com o combate frontal ao latifúndio e ao minifúndio<sup>(26)</sup>.

FERNANDO PEREIRA SODERO, partindo do conceito estabelecido no § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 4.504/64, demonstrará de forma clara a

---

(24) ALVARENGA, Octávio Mello. *Manual do direito agrário*. 1ª edição, Ed. Foyense, 1985, pp. 81-82.

(25) ALVARENGA, Octávio Mello. *Ob. cit.*, p. 82.

(26) SODERO, Fernando Pereira. *O Estatuto da Terra*. Brasília, Fundação Petrólio Portella, 1982 (Curso de Direito Agrário 2), p. 54.

compreensão deste artigo. Para ele, a expressão “conjunto de medidas” elimina definitivamente a idéia de que reforma agrária será simplesmente uma divisão de latifúndios. “Melhor distribuição de terras” vai significar que, partindo do combate ao latifúndio e ao minifúndio, deve-se chegar a um resultado satisfatório, conjugando a propriedade familiar com a propriedade média, cada qual com o seu fim econômico específico (produção para o mercado interno e/ou exportação). “Mediante modificações no regime de posse” significa que deve ser alterado o conceito do direito de propriedade da terra como simplesmente sendo um bem patrimonial, para significar um bem de produção. “Mediante modificações no regime de seu uso significa que se deve utilizar corretamente o solo, sem atividades predatórias. “A fim de atender aos princípios da justiça social” significa que o beneficiado será o sem-terra, o posseiro, o trabalhador rural, o parceiro, o arrendatário, o empreiteiro rural, que terá a sua terra e a assistência na produção. Finalmente, a expressão: “a fim de atender ao aumento de produtividade” deve ser entendida como a obtenção da produção quantitativa e qualitativamente mais alta (27).

OCTÁVIO MELLO ALVARENGA, em artigo publicado na *Revista da OAB*, observa que, como a reforma agrária deve “liquidar um determinado sistema agrário que se reputa inadequado”, e se uma “reforma agrária irá importar em redistribuição de terra e eliminação das barreiras institucionais que impedem o processo de desenvolvimento social e econômico, e a modernização, deve haver uma ação rápida, massiva e drástica” (28).

COUTINHO CAVALCANTI, em obra escrita em 1959, *Um Projeto de Reforma Agrária*, irá conceituar a reforma agrária da seguinte maneira:

“Reforma agrária é a revisão e o reajustamento das normas jurídico-sociais e econômico-financeiras que regem a estrutura agrária do País, visando à valorização do trabalhador do campo e ao incremento da produção, mediante a distribuição, utilização e exploração sociais e racionais da propriedade agrícola, à melhor organização e extensão do crédito agrícola e ao melhoramento das condições de vida da população rural” (29).

Neste conceito, é importante notar os termos “revisão e reajustamento”. É necessário, para se efetuar uma reforma, que se faça uma revisão de

---

(27) SODERO, Fernando Pereira. *Ob. cit.*, pp. 54-56.

(28) ALVARENGA, Octávio Mello. “Análise e Dinâmica da Reforma Agrária Brasileira.” *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro, 3(5): 75-104, jan./abr. 1971.

(29) COUTINHO CAVALCANTI. *Um Projeto de Reforma Agrária*. Rio, 1ª edição, Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1959, p. 52.

todo o complexo de normas jurídicas e da realidade social, econômica e financeira vigente, para que se possa, então, a partir dos dados obtidos, se reajustar toda a estrutura agrária, de acordo com as necessidades e exigências da população rural e da realidade social e econômica existentes no País.

Segundo COUTINHO CAVALCANTI, para se atingir a reforma, deve haver uma modificação nos alicerces jurídicos, sociais, econômicos e financeiros. Desta forma, altera-se o regime jurídico da propriedade, a assistência social, a técnica agrícola, o sistema de crédito, com os objetivos básicos de valorizar o trabalhador do campo e incrementar a produção<sup>(30)</sup>.

Podemos deduzir, a partir de então, que, se podemos chegar a um conceito mais amplo a respeito de reforma agrária, no seu aspecto geral, é de fundamental importância reconhecer que para sua realização não haverá jamais uma receita universal. O professor CLÁUDIO THOMÁS BORNSTEIN nos ensina que, para a realização de uma reforma agrária, é necessário se levar em conta a especificidade que esta deve ter para cada país, para cada região. "Universal e geral é somente o fato de que uma reforma agrária será tanto mais perfeita quanto menos universal e geral ela for, isto é, quanto mais se adaptar às condições sócio-econômicas e às condições políticas específicas de cada região"<sup>(31)</sup>.

A reforma agrária não será, pois, uma simples repartição de terras. Desta maneira, ela seria contraproducente, pois poderia levar a formas mais individualistas de produção, prejudicando a divisão social do trabalho e as formas coletivas de produção, que normalmente são mais eficientes e mais rentáveis. Tomando como exemplo a grande plantação, de caráter sazonal (depende da estação do ano, do tempo profícuo) e agro-exportador, será fácil notar que uma reforma agrária baseada na simples repartição de terras poderia comprometer as formas modernas de organização e administração que caracterizam estas plantações. O fracionamento de uma fazenda, onde já existem formas coletivas de trabalho, em uma grande quantidade de pequenos produtores isolados, pode colocar tudo a perder. O importante em uma reforma agrária também será o favorecimento à associatividade do homem do campo, dando preferência a formas coletivas de produção<sup>(32)</sup>.

Para Cláudio Thomás Bornstein, "as formas mais individualistas de produção, como por exemplo, a propriedade familiar ou o minifúndio, costumam ter baixa produtividade, por impossibilitar a utilização de meios de produção mais modernos, por tornar mais difícil a mecanização, como

(30) COUTINHO CAVALCANTI. *Ob. cit.*, p. 53.

(31) BORNSTEIN, Cláudio Thomás. *Reforma Agrária em Nicarágua*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1982, pp. 12-13.

(32) BORNSTEIN, Cláudio Thomás. *Ob. cit.* pp. 14-16.

também por favorecer a formação de uma mentalidade individualista no camponês, que atenta contra qualquer projeto mais progressista de desenvolvimento social (33).

Pompeu Accioly Borges, ex-diretor no Brasil da FAO — Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação, estabelece uma estratégia reformista para o desencadeamento de uma verdadeira reforma agrária com chances de êxito. Para ele, a reforma agrária deve ser um processo maciço, rápido e drástico, onde exista uma mobilização, das forças políticas e entidades representativas da massa rural, incentivando-se o surgimento de sindicatos rurais. Deve haver ainda uma limitação no pagamento das indenizações pela desapropriação e uma fixação de prazos mais longos de resgate dos títulos, sendo que todo o processo de planejamento, coordenação e de execução deve ser feito por uma só entidade estatal de caráter autárquico forte. A reforma agrária deve incidir sobre as grandes propriedades não aproveitadas ou mal cultivadas, sendo que a nova estrutura a ser criada deve ser apoiada na pequena empresa familiar, integrada em cooperativa de produção agrícola e na média empresa, multifamiliar ou comunitária, modificando as relações de trabalho existentes, assegurando no meio rural uma justa distribuição da renda agrícola e maiores direitos e garantias à mão-de-obra assalariada (34).

## 6 — Reforma agrária no Brasil

Os órgãos encarregados da reforma agrária no Brasil são dois: o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), criado pelo Decreto-Lei n.º 1.110, de 9-7-1970, absorvendo o IBRA (Instituto Brasileiro de Reforma Agrária) e o INDA (Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário) (35) — e o recém-criado MIRAD, o Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário, criado por decreto do Presidente José Sarney. Segundo o ex-ministro da Reforma Agrária, Nelson Ribeiro, o INCRA é o órgão básico para executar a reforma, sendo que o papel do MIRAD será o de realizar negociações políticas e o de elaborar um planejamento global, coordenando todas as atividades (36).

No Brasil, a primeira tentativa de aplicação do Estatuto da Terra foi em 17 de fevereiro de 1965, quando, através do Decreto n.º 55.761, o governo federal desapropriou, por interesse social, o complexo da Usina Caxangá, em Pernambuco. Entretanto, após estas medidas iniciais, ficou

(33) BORNSTEIN, Cláudio Thomás. *Ob. cit.* p. 16.

(34) BORGES, Pompeu Accioly. "Novos rumos para a reforma agrária brasileira". *Reforma Agrária*. Brasília, jan./fev. 1975, Ano V, nºs 1-2, pp. 3-12.

(35) ALVARENGA, Octávio Mello. *Ob. cit.*, p. 90.

(36) Entrevista com o Ministro Nelson Ribeiro. *REFORMA AGRÁRIA*, v. 15, nº 1, jan./fev./mar./abr., 1985, pp. 51-53.

claro que o IBRA não estava disposto a realizar a reforma agrária. Com a criação do INCRA, juntou-se a colonização com a reforma agrária, e, a partir daí, quase todos os recursos materiais e humanos foram destinados à abertura de áreas pioneiras. “A construção da rodovia Transamazônica e a colonização de suas margens deram posteriormente à colonização os foros de popularidade de que precisava para obstaculizar definitivamente a reforma agrária” (37).

### 6.1 — Colonização e reforma agrária

Segundo o Decreto-Lei n.º 7.967, de 18 de setembro de 1945, colonização será “a promoção destinada a fixar o elemento humano no solo, ao aproveitamento econômico da região e à elevação do nível de vida, saúde, instrução e preparo técnico dos habitantes das zonas rurais” (art. 40, cap. II, do título III do Decreto-Lei n.º 7.967).

O Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964) vai definir a colonização como sendo toda atividade oficial ou particular que se destina a promover o aproveitamento econômico da terra, pela sua divisão em propriedade familiar ou através de cooperativas” (art. 4.º, item IX, Cap. I do Título I, da Lei n.º 4.504/64).

O Decreto n.º 59.428, de 27 de outubro de 1966, no seu artigo 5.º, vai tornar mais explícita a participação do sistema cooperativo no processo de colonização, definindo, esta última como “toda atividade oficial ou particular destinada a dar acesso à propriedade da terra, e a promover seu aproveitamento econômico, mediante o exercício de atividades agrícolas, pecuárias e agro-industriais, através da divisão em lotes ou parcelas, dimensionadas de acordo com as regiões definidas na regulamentação do Estatuto da Terra, ou através das cooperativas de produção nela previstas” (38).

Para DRYDEN CASTRO DE AREZZO, “reforma agrária e colonização implicam em duas concepções de política bastante diferentes, cada uma com objetivos e procedimentos próprios” (39).

Ultimamente, têm-se confundido propositalmente estes dois termos, chamando de reforma agrária, que nunca foi efetivamente realizada, a colonização. Desta forma o simples assentamento de colonos em terras inexploradas é chamado por muitos de reforma agrária.

A reforma agrária é muito mais ampla, pois ela implica na mudança do sistema agrário. É a substituição de um sistema inadequado por um novo sistema. Reforma agrária é redistribuição de terras modificando toda

(37) SILVA, José Gomes de. *Ob. cit.*, pp. 6-10.

(38) AREZZO, Dryden Castro de. *Colonização*. Brasília, Fundação Petrônio Portella, 1982 (Curso de Direito Agrário, 7), p. 10.

(39) AREZZO, Dryden Castro de. *Ob. cit.*, p. 13.

uma relação de trabalho existente. É o combate frontal ao latifúndio e minifúndio. Não se confunde, pois, com colonização.

DRYDEN CASTRO DE AREZZO nos ensina que hoje “confunde-se (ou procura-se confundir) a colonização enquanto *processo*, com a colonização enquanto *sistema*, este último relacionado com a forma ou procedimentos de se parcelar (ou dividir) a terra em lotes ou parcelas. Dentro desse sentido, podemos ter um *sistema de colonização*, tanto em um processo de reforma agrária, como de colonização” (40).

Para JOSÉ EMÍLIO G. ARAÚJO, colonização não se confunde com reforma agrária. A colonização não é um substituto da reforma agrária.

A colonização será a ocupação ou incorporação de novas terras, particulares ou estatais, ao processo de produção agrícola, as quais não tenham sido “submetidas a exploração ou uso agro-pecuário e que não têm acesso regular à infraestruturta existente, em um determinado momento, em um País”. A colonização deve ser um complemento da reforma agrária, jamais um substituto (41).

Desta forma, podemos agora entender como a colonização foi utilizada como resposta populista aos movimentos sociais e, até mesmo, como instrumento contra a reforma agrária. A segunda República no Brasil (1930-1945) “marca a passagem da política de colonização e imigração estrangeira para a política de migrações internas e de colonização para os trabalhadores nacionais” (42).

De 1945-1964, a República vai retornar à política de colonização como uma resposta ideológica e política às lutas sociais no campo. O governo Kubitschek foi o que mais implantou projetos de colonização. Posteriormente, a colonização será utilizada contra a reforma agrária no período de 1964-1982. Apesar da ação ambígua no período até 1970, quando se propôs uma legislação favorável, para se efetuar a reforma agrária, a partir de 1970, toda a atenção do Estado voltou-se novamente para a colonização. O Estado adotará a ideologia que colocará a colonização como a única solução para o problema agrário brasileiro. Baseando-se “na existência de terras devolutas, a colonização abriria a perspectiva de acesso à propriedade de um lote de terra às populações rurais” (43).

---

(40) AREZZO, Dryden Castro de. *Ob. cit.*, p. 14.

(41) ARAÚJO, José Emílio G. “Colonização não é alternativa para a reforma agrária.” *Reforma Agrária*. Brasília, nº 1, ano III, jan./fev., 1973, pp. 18-23.

(42) SANTOS, José Vicente Tavares dos. “A política de colonização no Brasil Contemporâneo”. *Reforma Agrária*. Vol. 15, nº 1, jan./fev./mar./abr., 1985, pp. 13-29.

(43) SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Ob. cit.*, pp. 18-29.

O sociólogo professor JOSÉ VICENTE TAVARES DOS SANTOS, após um estudo da colonização no Brasil, chegará a duas conclusões a respeito do seu objetivo nos anos mais recentes. Primeiramente, observando que a ocupação das novas terras, dirigidas por órgãos públicos ou empresas particulares, terá como objetivo a formação de pequenos proprietários familiares, no centro-oeste e na Amazônia, com condições modernas de produção e um comportamento político conservador da ordem social, vai formular a hipótese de que: “a política de colonização consiste em uma técnica social que utiliza instrumentos de controle e de seleção social para reproduzir uma dominação política e ideológica sobre as populações rurais brasileiras” (44).

Esta política de colonização vai assegurar a estrutura fundiária vigente e tentar suavizar as tensões sociais estruturais da agricultura brasileira, distribuindo lotes nas regiões de conflito.

Desta forma, a segunda hipótese formulada pelo mestre em sociologia, será a de que: “a política de colonização consiste em uma reação do Estado às lutas sociais no campo, visando neutralizá-las mediante a incorporação, de modo subordinado, de suas reivindicações, em particular pela terra, a fim de restabelecer a dominação política e ideológica sobre as populações rurais brasileiras” (45).

## 6.2 — *A questão agrária (violência no campo e a proposta do governo para uma reforma agrária)*

Entre os inúmeros benefícios sociais e econômicos de uma reforma agrária integral no Brasil, ela virá pôr fim às violências constantemente cometidas no campo.

Segundo dados cadastrais do INCRA, existiam, no ano de 1985, 11 milhões de trabalhadores rurais sem terra ou com pouca terra no Brasil. Estes camponeses correspondem a cerca de 14% da população econômica ativa, sendo que a reforma agrária é o único meio capaz de garantir a eles a propriedade da terra, o seu meio de produção (46).

Pode-se dizer que, a grosso modo, os latifundiários que correspondem a 3% dos proprietários possuíam, em 1985, em torno de 70-80% de todas as terras ocupadas (47).

---

(44) SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Ob. cit.*, p. 26.

(45) SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Ob. cit.*, pp. 26-27.

(46) Documentos: O PT e a Reforma Agrária (proposta). *Reforma Agrária*, Ano 15, nº 2, maio/jul., 1985, pp. 41-53.

(47) O PT e a reforma agrária (proposta). *Ob. cit.*, p. 46.

Segundo os números apresentados pelo governo, os estabelecimentos rurais com área igual ou superior a 1.000 hectares representavam, em 1980, 1% do total de propriedades rurais e, aproximadamente, 45% da área total. Este percentual aumenta em 1984 para 58% da área total. Ainda em 1984, constatou-se que 342 proprietários latifundiários controlavam uma área de 47,5 milhões, superando, em 5 milhões de hectares, o total de terras em poder de 2,5 milhões de pessoas <sup>(48)</sup>.

Além de tudo isso, constatou-se ainda, em 1984, a existência de 10,6 milhões de trabalhadores sem terra, ao passo que existiam 409 milhões de hectares apropriados como latifúndios, sendo que 41% da área explorável destes não era explorada <sup>(49)</sup>.

O resultado de tudo isto, além da miséria, da fome, entre outras conseqüências sociais, será o do aumento de violência no campo, o que pode ser confirmado pelo gráfico a seguir:

---

Ano	Conflitos ocorridos	Números de mortes
1971	109	20
1976	126	31
1981	896	91
1984	950	180

---

Fonte: Abra, Contag, CPT <sup>(50)</sup>

Em quase todos os Estados da Federação, os números de mortos em conflitos de terras aumentaram em 100% entre 83 e 84, sendo que os Estados que mais mortes registraram foram os seguintes: Maranhão (68 conflitos), Goiás (60), Bahia (58), Pará (53), Mato Grosso (46) e Minas Gerais (35). Em Minas Gerais, o presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de São Francisco foi assassinado em 16 de dezembro de 1984 por um fazendeiro e seu capanga, que dispararam 7 tiros a queima-roupa, além de pancadas e facadas <sup>(51)</sup>.

---

(48) FERREIRA, Aloysio Nunes. "Reforma Agrária". Revista *Reforma Agrária*, Ano 15, nº 2, maio/jul., 1985, pp. 19-24.

(49) FERREIRA, Aloysio Nunes. *Ob. cit.*, p. 20.

(50) FERREIRA, Aloysio Nunes. *Ob. cit.*, p. 20.

(51) REFORMA AGRÁRIA, Revista da Associação Brasileira da Reforma Agrária — ABRA — V. 15, nº 1 — Jan./fev./mar./abr. 1985, p. 83.

Ainda com relação aos conflitos de terras, a socióloga Vera Lúcia G. da Silva Rodrigues e o engenheiro-agrônomo e doutor em agronomia José Gomes da Silva chegaram a determinadas conclusões, após estudo realizado sobre os conflitos de terras acontecidos entre 1971 e 1974, dentre as quais vamos ressaltar as seguintes:

a) "O problema agrário no Brasil, cuja importância é revelada também pelo número de vítimas das lutas pela posse da terra, manifesta-se tanto nas áreas ocupadas (Nordeste, Santa Catarina), como nas zonas pioneiras (Pará, Roraima, Mato Grosso, Goiás).

b) Os conflitos agrários no Brasil, quando se transformam em luta armada, caracterizam-se pela violência, com o número de mortos superando, largamente, o de feridos.

c) O simples registro de um conflito, feito pelo método do noticiário ou pelo método do levantamento direto nem sempre dá idéia da real dimensão do incidente. Assim, por exemplo, no conflito registrado no Estado de São Paulo em março de 1974 com uma simples ocorrência do tipo "A" (sem invasão, feridos ou mortos), a pressão dos posseiros do vale do Ribeira acabou resultando na distribuição de 487 títulos de propriedade. Da mesma forma, no Paraná, os conflitos que ocorrem no sudoeste, quase sempre noticiados isoladamente, envolvem milhares de colonos e glebas em litígio" (52).

Estas conclusões vêm confirmar, com dados reais, com fatos, a idéia anteriormente colocada: "a política de colonização é uma reação do Estado às lutas sociais". Isto pode ter sua comprovação pelo fato de 487 títulos terem sido concedidos no caso citado no item c, como forma de atenuar as tensões sociais. Podemos ainda anotar que, de acordo com a conclusão do item a, mesmo nas áreas pioneiras existem conflitos de terras, o que confirma o pensamento de que a colonização jamais poderá substituir a reforma agrária.

O atual governo, tentando terminar definitivamente com os problemas do campo, propõe um Plano Nacional de Reforma Agrária, onde o objetivo final será o de beneficiar 10.640.000 trabalhadores rurais. Neste sentido pretende assentar 7.100.000 trabalhadores, entre o ano de 1985 e o ano 2000, em 409,5 milhões de hectares, inclusive em propriedades latifundiá-

---

(52) RODRIGUES, Vera Lúcia G. da Silva e SILVA, José Gomes. Conflitos de terras no Brasil: uma introdução ao estudo empírico da violência no campo, período de 1971 e 1974. "Reforma Agrária", Brasília, n<sup>os</sup> 3-4, Ano V, mar./abr., 1975.

rias, e em mais 71,7 milhões de hectares pertencentes à União (terras devolutas).

Desta forma, nas terras públicas será feita a *colonização*, enquanto que nas terras de domínio privado, a *reforma agrária* (53).

Com relação aos fatores que devem ser considerados para se identificarem as áreas prioritárias para a realização de reforma agrária, o Plano Nacional de Reforma Agrária da Nova República estabeleceu os seguintes (54):

“a) Incidência de conflitos pela posse da terra.”

Com a realização da reforma agrária, redistribuindo a terra e combatendo os latifúndios, teremos a solução da violência no campo, e não apenas a amenização desta por meio da colonização, distribuindo títulos de propriedade, sem realmente alterar a estrutura no campo.

“b) Incidência do complexo latifúndio/minifúndio.”

Como já dissemos anteriormente, uma das características fundamentais da reforma agrária é o combate ao latifúndio e minifúndio, alterando todo o sistema agrário existente, substituindo-se por um novo sistema produtivo, incentivando a formação de cooperativas.

O art. 4.º da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, vai definir as expressões “propriedade familiar”, “minifúndio”, “latifúndio” e “cooperativa” nos itens II, IV, V e VIII, da seguinte forma:

Art. 4.º — .....

“II — propriedade familiar — o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhando com a ajuda de terceiros”;

“IV — minifúndio — o imóvel rural de área e possibilidades inferiores às da propriedade familiar”;

“V — latifúndio — o imóvel rural que:

a) exceda a dimensão máxima fixada na forma do art. 46,

---

(53) FERREIRA, Aloysio Nunes. *Ob. cit.*, p. 21.

(54) FERREIRA, Aloysio Nunes, *Ob. cit.*, p. 21.

§ 1.º, alínea *b*, desta lei, tendo-se em vista as condições ecológicas, sistemas agrícolas regionais e o fim a que se destina;

*b*) não excedendo o limite referido na alínea anterior, e tendo área igual ou superior à dimensão do módulo de propriedade rural, seja mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja, deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural”;

“VIII — Cooperativa Integral da Reforma Agrária (CIRA) toda sociedade cooperativista mista de natureza civil criada nas áreas prioritárias de reforma agrária, contando temporariamente com a contribuição financeira e técnica do poder público, através do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, com a finalidade de industrializar, beneficiar, preparar e padronizar a produção agropecuária, bem como realizar os demais objetivos previstos na legislação vigente.”

Ainda com relação ao latifúndio, o art. 46, § 1.º, alínea *b*, da Lei n.º 4.504/64, a que se refere o item V do art. 4.º da mesma lei, dispõe sobre a elaboração de cadastro dos imóveis rurais. Estas fichas cadastrais vão ser complementadas com dados relativos ao relevo, às pendentes, à drenagem, aos solos e outras características ecológicas, para que se possa avaliar a capacidade de uso e o potencial da terra. Será, então, através destes dados que se estabelecerá para cada zona a forma de exploração, os “limites máximos permitidos de áreas de imóveis rurais, os quais não excederão a seiscentas vezes o módulo médio da propriedade rural, nem a seiscentas vezes a área média dos imóveis rurais na respectiva zona” (art. 46, § 1.º, alínea *b*, da Lei n.º 4.504/64).

A outra forma de identificação do latifúndio será a já citada, estabelecida na alínea *b*, inciso V do art. 4.º da Lei n.º 4.504/64, ou seja: a área inexplorada ou inadequadamente explorada, igual ou superior ao módulo de propriedade rural. Este módulo é fixado nos termos do inciso II, que se refere a “propriedade familiar”, já transcrito anteriormente.

Continuando as formas consideradas para identificação das áreas prioritárias para reforma agrária, o PNRA vai estabelecer também:

“*c*) incidência de latifúndios próximos aos grandes centros urbanos ou áreas densamente povoadas, que estejam em vias de serem transformados em loteamentos imobiliários especulativos.”

Mais uma medida a favor da produção, contra a especulação imobiliária.

“d) Ocorrência de obras públicas, tais como açudes, barragens, ou uso atual inadequado de bacias irrigáveis em face da potencialidade de sua função social.”

“e) Existência de infra-estrutura viária de produção, armazenamento, comercialização e equipamentos sociais.”

Como já afirmamos anteriormente, a reforma agrária não é simples redistribuição de terras; ela depende de toda uma infra-estrutura para assegurar a mudança do sistema agrário com um efetivo aumento de produção. Neste sentido, o plano governamental vem favorecer o aproveitamento da infra-estrutura existente, como também o desenvolvimento desta.

“f) Aptidão das terras.”

Finalizando o nosso estudo, utilizar-nos-emos das palavras de ALOY-SIO NUNES FERREIRA em dois momentos diferentes de seu discurso pronunciado na Assembléia Legislativa em 21-6-85:

“Não se pretende, como fica óbvio para quem se tenha dado ao trabalho de ler o PNRA, a ruptura do padrão capitalista. Pretende-se, sim, a geração de maior riqueza e uma melhor utilização da mão-de-obra rural, aumentando a produtividade, fixando o homem à terra e evitando, assim, a pressão desastrosa que o êxodo rural exerce sobre a infra-estrutura de serviços das grandes metrópoles” (55).

“A democracia não é apenas a realização de eleições, o funcionamento do Parlamento, a independência entre os Poderes. Ela é, essencialmente, o regime político que assegura os direitos das grandes maiorias, que propicia a melhoria das condições de vida dos trabalhadores” (56).

## 7 — Conclusão

Abordamos neste estudo vários aspectos do tema: reforma agrária. Primeiramente, buscando na história, os fundamentos da função social da propriedade, tema de permanente interesse, a propriedade perde o seu sentido absoluto e egoísta, para ceder aos interesses da sociedade.

Vimos brevemente os fundamentos constitucionais da reforma agrária no Brasil, para penetrarmos definitivamente no tema propriamente dito. Após esta breve pesquisa, podemos destacar algumas conclusões que podemos visualizar com clareza:

a) a reforma agrária é tema de debate e de preocupação desde os tempos do Brasil Colônia, sendo que é também remota a tendência ao latifúndio improdutivo;

(55) FERREIRA, Aloysio Nunes. *Ob. cit.*, p. 24.

(56) FERREIRA, Aloysio Nunes. *Ob. cit.*, p. 20.

b) quanto ao conceito de reforma agrária, podemos afirmar ser esta um processo de reestruturação das relações de trabalho no campo, substituindo totalmente o sistema existente por um sistema produtivo novo, redistribuindo as propriedades rurais, incentivando o cooperativismo e combatendo o latifúndio e o minifúndio;

c) deve-se acabar definitivamente com a confusão existente entre colonização e reforma agrária. Como já dissemos, reforma agrária implica em redistribuição de terras, significa, pois, alterar o sistema agrário existente. O processo de colonização, a grosso modo, é o assentamento de colonos em terras inexploradas; enquanto o sistema de colonização está relacionado com a forma de se parcelar a terra — este último realizado tanto no processo de colonização como no de reforma agrária —, a reforma agrária será o pressuposto do sistema de colonização que aparece como um complemento;

d) finalmente, apresentamos a reforma agrária como a solução de muitos problemas nacionais. Com a sua realização completa, teremos muitos dos problemas urbanos atenuados através do fim do êxodo rural, sendo que veremos também o fim da violência no campo, muito mais grave do que se noticia na imprensa.

Esperamos, pois, que o governo leve adiante, com coragem, o plano proposto e, principalmente, torne mais rápidos e mais volumosos as desapropriações e os assentamentos.

## BIBLIOGRAFIA

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

ALVARENGA, Octávio Mello. *Manual de Direito Agrário*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.

——— "Análise e Dinâmica da Reforma Agrária Brasileira". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro, 3 (5): 75-104, jan./abr., 1971.

ARAÚJO, José Emílio G. "Colonização não é alternativa para a reforma agrária." *Revista Reforma Agrária*. Brasília, n. 1, a. III, jan./fev., 1973, pp. 18-23.

AREZZO, Dryden Castro de. *Colonização*. Brasília, Fundação Petrônio Portella, 1982 (Curso de Direito Agrário, 7).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria Geral do Constitucionalismo". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 23, n. 91, jul./set., 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

- BORGES, Pompeu Accioly. "Novos rumos para a reforma agrária brasileira". *Revista Reforma Agrária*. Brasília, jan./fev., 1975, a. V, nºs 1-2.
- BORNSTEIN, Cláudio Thomás. *Reforma Agrária na Nicarágua*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1982.
- COUTINHO CAVALCANTI. "Um projeto de Reforma Agrária". Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1959.
- Documento: O PT e a reforma Agrária (proposta). *Rev. Reforma Agrária*. Ano 15, n. 2, maio/jul., 1985, pp. 41-53.
- FERREIRA, Aloysio Nunes. "Reforma Agrária". *Rev. Reforma Agrária*. Ano 15, n. 2, maio/jul., 1985, pp. 19-24.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 6ª edição, Editora Saraiva, 1986.
- GRUPPI, Luciano. "Tudo Começou com Maquível". L e PM ed. 3ª edição, Porto Alegre.
- JOBIM, Leopoldo. *Reforma Agrária no Brasil Colônia*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1983.
- MALUF, Saïd. *Direito Constitucional*. 15ª edição. São Paulo, Sugestões Literárias, 1983.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- NICZ, Alvaçtr Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2º volume, 1983.
- REFORMA AGRÁRIA. *Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária — ABRA —* v. 15, n. 1, jan./fev./mar./abr., 1985, p. 83.
- RIBEIRO, Nelson. Entrevista concedida à *Revista Reforma Agrária*, v. 15, n. 1, jan./fev./mar./abr., 1985.
- RODRIGUES, Vera Lúcia J. da Silva e SILVA, José Gomes. "Conflitos de Terras no Brasil: uma introdução ao estudo empírico da violência no campo, período de 1971 a 1974". *Rev. Reforma Agrária*. Brasília, nºs 3-4, a. V, mar./abr., 1975.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. São Paulo, Cultrix, 1987.
- SANTOS, José Vicente Tavares dos. "A política de colonização no Brasil contemporâneo". *Rev. Reforma Agrária*, vol. 15, n. 1, jan./fev./mar./abr., 1985, pp. 18-29.
- SILVA, José Gomes da. "A Reforma Agrária no Brasil 1976". *Revista Reforma Agrária*. Brasília, nºs 7/8, a. VI, jul./ago., 1976.
- SODERO, Fernando Pereira. *O Estado da Terra*. Brasília, Fundação Petrónio Portella, 1982 (Curso de Direito Agrário 2).

# Da responsabilidade civil do Estado

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO

Professor de Direito Processual Civil da  
Universidade Federal do Paraná. Procurador  
do Estado do Paraná

## SUMÁRIO

*I. Introdução. II. Irresponsabilidade do Estado. III. Princípio da responsabilidade do Estado. IV. Teoria civilista: culpa do funcionário. V. A "culpa" do serviço público. VI. Responsabilidade objetiva do Estado. VII. Responsabilidade civil do Estado no Brasil. VIII. A jurisprudência brasileira. IX. Conclusão.*

### I — Introdução

1. Ao início deste trabalho cumpre, desde logo, precisar-lhe o objeto.

Em obra clássica sobre o tema, AMARO CAVALCANTI apresenta o enunciado de um princípio que, segundo ele, constitui *dever imperativo de justiça natural*:

“dada a lesão de um direito subjetivo, efetivamente adquirido pelo indivíduo — do próprio ato lesivo resulta a obrigação de prestar ao lesado uma reparação equivalente”<sup>(1)</sup>.

Acertadamente escreveu o velho administrativista que toda lesão de direito deve ser reparada. A lesão pode decorrer de ato ou omissão de uma pessoa — física ou jurídica. Quando o autor da lesão é o Estado,

---

(1) *Responsabilidade civil do Estado*, vol. I, p. XII.

compreendidas no vocábulo as pessoas jurídicas de direito público interno, surge, então, para ele, a responsabilidade de indenizar.

O dano, contudo, pode decorrer do descumprimento de um contrato celebrado pelo Estado ou da prática de ato, ou da omissão, não previstos em contrato. Somente nesta última hipótese, da responsabilidade extracontratual, é que se fala em responsabilidade civil do Estado.

Assim a define CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos causados a terceiros e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (2).

2. O disciplinamento jurídico da responsabilidade patrimonial do Estado variou muito no tempo e no espaço, indo desde a irresponsabilidade — hoje abominada, até a teoria do risco administrativo, vista ainda, entre nós, com algumas reservas.

Neste trabalho pretendemos fazer uma análise das teorias sobre a responsabilidade civil do Estado, primordialmente da subjetiva, nas duas modalidades (culpa individual do agente e culpa do serviço), e da teoria objetiva, que prescinde de qualquer falha ou culpa do serviço.

Uma apreciação da jurisprudência pátria sobre o tema também é objetivada por este trabalho.

## II — *Irresponsabilidade do Estado*

3. Na fase tida como inicial, inequívoca era a impossibilidade de aplicar à administração o princípio geral de que aquele que causou injustamente um dano a outrem deve repará-lo.

Vigia, pois, o princípio da irresponsabilidade do Estado.

A idéia de fazer o Poder Público responder sobre os danos que causasse vingou fazendo frente a sérios obstáculos. Norteava, à época, a concepção de que o Estado, como tal, sendo soberano, não podia causar danos.

---

(2) *Elementos de Direito Administrativo*, p. 252.

Analisa-se este período, sob o aspecto jurisprudencial, os administrativistas franceses PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE:

“Dans une première phase, la question ne se pose pas. L'irresponsabilité apparaît comme un axiome auquel on ne songe guère à demander ses titres juridiques. L'existence d'une responsabilité à la charge des patrimoines est considérée comme une entrave fâcheuse à la liberté des services. Les administrés n'ont à leur disposition que l'action en responsabilité contre les agents eux-mêmes devant les tribunaux judiciaires; système insuffisant car la poursuite n'est pas libre (art. 75, Constitution de l'an VIII), le fonctionnaire est fréquemment insolvable<sup>(3)</sup>.”

4. Mas o desamparo dos administrados não era absoluto.

Havia leis específicas que expressamente disciplinavam as questões sobre os danos causados pelo Poder Público. Ademais, a irresponsabilidade do Estado era mitigada pela atribuição do dano ao funcionário quando a lesão pudesse ser relacionada diretamente à atitude do mesmo. Neste sentido manifesta-se JEAN RIVERO:

“... l'irresponsabilité de la puissance publique apparaissait, dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, comme un corollaire de la Souveraineté. Cette solution, très rigoureuse pour les particuliers, était acceptable, en pratique, dans la mesure où l'État libéral, limitant étroitement ses activités, avait relativement peu d'occasions de causer des dommages; la rigueur du principe se trouvait d'autre part atténuée: la loi du 28 pluviôse, an VIII, permettait la réparation des dommages causés par les travaux publics: l'irresponsabilité ne s'étendait, ni aux dommages imputables à la gestion du domaine privé, ni à ceux causés par les collectivités locales, non-souveraines<sup>(4)</sup>.”

### III — Princípio da responsabilidade do Estado

5. Na segunda metade do século XIX, ainda na inexistência de qualquer texto legal disciplinando a responsabilidade do Estado, o seu reconhecimento se deu, na França, através de julgado que se tornou famoso, prolatado pelo Tribunal de Conflitos, no histórico Caso Blanco.

Tal sucedeu em 1873 e, embora afirmasse o Tribunal que a responsabilidade do Estado “*não é nem geral nem absoluta*”, a partir de então o princípio da irresponsabilidade do Estado foi sendo minguado pouco a pouco, principalmente com a evolução jurisprudencial daquela Corte e do Conselho de Estado francês.

(3) *Traité de Droit Administratif*, p. 418.

(4) *Droit Administratif*, p. 223.

O princípio da responsabilidade do Estado passou por duas fases: uma denominada civilista e outra publicista. A primeira fundada nas regras de direito civil, a segunda calcada em noções peculiares ao direito público. Naquela prevalece o individualismo, nesta predomina o direito social.

A primeira — civilista — busca o fundamento da responsabilidade do Estado na culpa pessoal, individual, dos funcionários. Assim, segundo tal concepção, só se admite a responsabilidade estatal quando resta caracterizada a culpa do seu agente. Não atuando o funcionário com culpa, não há lugar para a responsabilidade do Estado.

Na fase publicista, o fundamento da responsabilidade do Estado se bifurca, conforme relata PAUL DUEZ:

“1.º) A responsabilidade da administração se desenvolve, a título principal, no quadro jurídico da culpa para resultar em teoria autônoma, da ‘falta do serviço público’, cujos traços o Conselho de Estado cada dia mais acentua e precisa. 2.º) Secundariamente, uma concepção original da responsabilidade fundada no risco se projeta ousada e sucessivamente em diversas direções” (5).

Examinemos, pois, cada uma dessas teorias: “culpa individual do funcionário”, “falta do serviço público” e “risco administrativo”.

As duas primeiras caracterizam-se como responsabilidade subjetiva, uma fundada na culpa do agente, outra na “falta do serviço público”. Já a última, fundada no risco, por prescindir de qualquer elemento subjetivo, apresenta-se como responsabilidade objetiva.

#### IV — Teoria civilista: culpa do funcionário

6. Os primeiros passos da responsabilidade patrimonial do Estado foram sustentados pela teoria da culpa, engendrada, ainda em Roma, no seio do direito privado.

Sempre que alguém atuar culposamente e desta atuação resultar dano a alguém, deve repará-lo. Este o princípio da culpa ainda hoje entre nós enunciado no art. 159 do Código Civil.

O Estado age através de seus funcionários, praticando os atos necessários à consecução de seus objetivos. Por vezes, da ação dos agentes do Estado, atuando nesta qualidade, resulta prejuízo aos administrados. Quando tais prejuízos decorrem de culpa do funcionário, agindo em nome do Estado, é a este que incumbe a reparação do dano.

Em resumo, esta a teoria de culpa funcional, de cunho civilista, para fundamentar a responsabilidade do Estado.

(5) Apud AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade Civil*, vol. 2, p. 614.

O princípio, aliás, é bem enunciado no artigo 15, do nosso Código Civil:

“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Está expressamente previsto o elemento subjetivo: o dano só será reparável pelo Estado, segundo o preceito, quando o funcionário proceder “*de modo contrário ao direito ou faltar a dever prescrito por lei*”, ou seja, quando culposamente.

Esta teoria, inobstante representar grande avanço na responsabilidade patrimonial do Estado, que anteriormente era circunscrita a situações específicas, não foi suficiente para determinar a reparação dos danos que o Estado causa aos participantes naqueles casos em que inexistente for a culpa individual do funcionário.

A incapacidade da teoria é assim evidenciada por AGUIAR DIAS:

“Longe está esta doutrina, porém, de constituir solução satisfatória. Como o mau funcionamento do serviço público nem sempre se identifica com a falta de determinado funcionário, a aplicação de tal doutrina resulta em negação de responsabilidade, sempre que não seja possível estabelecer a culpa do funcionário, muito embora se defronte com caso autêntico de defeito de serviço” (6).

Hoje praticamente superada, a teoria da culpa do agente desempenhou papel relevante, como anota AGUIAR DIAS, reportando-se a PAUL DUEZ:

“As idéias civilistas, ainda dominantes em várias legislações e defendidas principalmente pelo espírito conservador dos tribunais, têm em seu ativo o mérito inapreciável de ter aberto uma brecha no axioma da irresponsabilidade da administração pública e permitindo a substituição, pela responsabilidade do patrimônio administrativo, mais substancial, da responsabilidade pessoal do agente, as mais das vezes ilusória” (7).

## V — A “culpa” do serviço público

7. Adiantando-se às leis, mais uma vez a jurisprudência encarregou-se da evolução no campo da responsabilidade do Estado, desenvolvendo

(6) *Op. cit.*, p. 621.

(7) *Op. cit.*, p. 621.

uma nova teoria que comportasse a sua responsabilização naqueles casos em que, mesmo agindo sem culpa, seus funcionários, da sua atuação resultasse prejuízo aos particulares.

A culpa pessoal do agente foi substituída pela “*falta do serviço público*”.

Esta teoria, elaborada na França, pelo Conselho de Estado, segundo PAUL DUEZ, apresenta os seguintes pontos fundamentais:

1.º) A responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária. Significa que o Estado não responde porque o dano foi praticado por alguém que é preposto, mas sim porque foi o próprio Estado o causador do dano. O agente atuando em nome do Estado faz com que a responsabilidade seja imputada a ele diretamente.

2.º) A falta do serviço público não depende da falta do agente. Basta o irregular funcionamento do serviço público e que o dano seja dele decorrente. A responsabilidade é autônoma em relação à culpa do agente.

3.º) A responsabilidade decorre da “falta” (“faute”) e não do fato do serviço, já que este é fundamento da teoria do risco.

4.º) Nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarreta a responsabilidade. As condições em que se verificou o caso concreto, como o lugar, as circunstâncias, e o próprio serviço influenciarão na determinação da responsabilidade.

Estas características são resumidas por AGUIAR DIAS (8).

8. A jurisprudência do Conselho de Estado, considerando irrelevante a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional do agente público para os efeitos da responsabilidade civil do Estado, passou a fundamentá-la na “*falta de serviço público*” — (“faute”) que, embora impropriamente, mas expressando uma realidade, foi entre nós denominada “*culpa do serviço*”.

Os fatos que caracterizam a falta do serviço são de três ordens: o mau funcionamento do serviço, o não funcionamento do serviço, o tardio funcionamento do serviço.

De sorte que, não tendo o serviço funcionado, ou funcionado mal ou tardiamente, se deste fato resultarem prejuízos aos terceiros, devem estes ser reparados diretamente pelo Estado, independentemente de culpa do agente.

Conforme ensina AGUIAR DIAS:

“Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação admi-

---

(8) *Op. cit.*, pp. 622 e 623.

nistrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa” (9).

Verificada no caso concreto a existência de uma das três hipóteses, deve o Estado, segundo esta teoria, reparar o dano causado ao particular.

Embora já de natureza publicista, a teoria da falta do serviço público não prescinde de um elemento subjetivo, mas substitui a culpa individual, pessoal, do agente pela falta do serviço, considerada como acima exposto.

Alguns autores, e principalmente a jurisprudência pátria, confundem, como veremos adiante, esta teoria com a teoria objetiva, fundada no risco administrativo. Na verdade, porém, trata-se da versão publicista da teoria subjetiva da responsabilidade patrimonial do Estado.

## VI — Responsabilidade objetiva do Estado

9. A teoria objetiva atenta para o quadro resultante do próprio fato, como produto do risco criado, afastando qualquer análise acerca da conduta do agente ou indagação concernente a, como afirma CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “comportamento censurável juridicamente” (10).

Ao contrário da teoria subjetiva, fundada na culpa, a teoria objetiva baseia-se no risco administrativo, isolando da investigação dos danos causados o fator pessoal, doloso ou culposo, estabelecendo o pagamento pelos prejuízos causados, ainda que os atos realizados tenham sido praticados por agentes públicos no regular desempenho de suas funções.

A noção de risco encontra-se vinculada à idéia de serviço, engenho, caracterizando-se pela sua essência impessoal e objetiva; em outros termos, despreza a identificação do agente ou o funcionamento impróprio da aparelhagem administrativa, não se indagando de qualquer elemento subjetivo, na ótica da teoria objetiva, para a responsabilização do Estado, como assinala JOSÉ CRETELLA JUNIOR:

“É suficiente o nexo da causalidade entre o fato gerador e o dano, desprezando-se a imputabilidade que se arrima na culpa, no procedimento, nas circunstâncias que geram o dano. O princípio causativo supera o princípio de natureza moral para os efeitos da responsabilização, motivo por que alguns autores denominam esta teoria de teoria da causalidade objetiva” (11).

(9) *Op. cit.*, p. 623.

(10) *Op. cit.*, p. 258.

(11) *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, p. 86.

A responsabilidade do Estado, na ótica ora analisada, decorre do risco criado pelas funções por ele desempenhadas.

Se na teoria subjetiva, o fundamento da responsabilidade está no princípio de que todo aquele que, atuando culposamente, causar prejuízo a alguém deve repará-lo; na objetiva, o fundamento é o chamado princípio da igualdade de todos os particulares perante os ônus e encargos da administração pública.

Assim, se, mesmo atuando sem qualquer ilegalidade, o Estado vem a causar prejuízo a um particular especificamente, não deve este arcar sozinho com os ônus e os encargos decorrentes da atividade administrativa, que é desempenhada em benefício de todos. Por isso, impõe-se ao Estado o dever de indenizar, com o que, na consideração de que o patrimônio do Estado é formado pela contribuição de todos os cidadãos (pagando impostos, *verbi gratia*), repartidos equitativamente estarão tais ônus e encargos entre todos os administrados.

Representa esta teoria o ponto mais avançado do desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado, protegendo os particulares até naquelas hipóteses em que, atuando legalmente, venha o Estado a causar-lhes prejuízos.

## VII — Responsabilidade civil do Estado no Brasil

10. No Brasil jamais imperou o princípio da irresponsabilidade do Estado, como demonstra, fazendo uma resenha da doutrina pátria, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>(12)</sup>.

Embora as Constituições de 1824 e 1891 contivessem, nos artigos 178 e 82, respectivamente, o preceito de que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e, por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”, jamais se entendeu que excluía estivesse a responsabilidade do Estado. Ao contrário de ser reconhecida somente a responsabilidade pessoal do funcionário, entendia-se haver a solidariedade do Estado no dever de reparar o dano.

11. O Código Civil, vigendo a partir de 1917, veio afastar qualquer dúvida sobre a matéria, trazendo no seu já citado artigo 15, o princípio de que “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

---

(12) *Op. cit.*, pp. 261 e 262.

Transparece nitidamente o caráter subjetivista do dispositivo que somente reconhece a responsabilidade do Estado ou pela culpa civil ou pela falta de serviço.

Não acompanhou o Código a doutrina que nessa época já se inclinava muito pela responsabilidade objetiva, consoante narrou o Ministro FILADELFO DE AZEVEDO, em voto condenando a União a reparar prejuízos causados por movimento de revolta militar (13).

12. As Constituições de 1934 e 1937, nos artigos 171 e 158, respectivamente, estabeleceram:

“Os funcionários públicos são solidariamente responsáveis com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”

Mantida, pois, a responsabilidade subjetiva.

Neste período histórico merece destaque o Decreto n.º 24.216, de 1934, que excluía a responsabilidade do Estado quando o ato do agente, causador do dano, caracterizasse crime previsto na lei penal, salvo se fosse ele mantido no cargo. Tal decreto, todavia, que representou infeliz retrocesso na nossa legislação, teve curta duração, já que ficou derogado pelo supra-transcrito artigo 171, da Constituição de 1934, promulgada um mês depois do seu advento.

13. A substancial mudança legislativa veio com a Constituição de 1946, que dispunha no seu artigo 194:

“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único — Caber-lhe-á a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

O mesmo dispositivo foi mantido na Constituição de 1967 e na Emenda n.º 1, de 1969, apenas acrescentando esta última, no artigo 105, que cabe a ação regressiva contra o funcionário quando este agir com “culpa ou dolo”.

A jurisprudência, acompanhada pela doutrina, consagrou o entendimento de que a expressão “funcionário” não está utilizada no seu sentido estrito, mas sim compreendendo qualquer agente público, independentemente do título jurídico da investidura.

---

(13) Acórdão publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. I, p. 567.

De outra sorte, ficou igualmente assentada a necessidade de que o dano tenha sido causado por ato de agente público agindo nesta qualidade. Vale dizer, não é qualquer ato danoso de um agente público que enseja a responsabilidade do Estado, mister se faz que esta atuação tenha se concretizado em virtude de sua condição de funcionário.

14. Com a Constituição de 1946, surgiu uma controvérsia: vige entre nós a responsabilidade subjetiva ou objetiva do Estado?

As opiniões foram divergentes.

Baseado em lição de SEABRA FAGUNDES, que, escrevendo na vigência da Constituição de 1946, afirmou que “já não é de cogitar” sobre “*ser ilegal o ato por omissão de dever expressamente prescrito, ou por violação ativa de direito*” (14); para que ficasse caracterizada a responsabilidade do Estado, afirma com segurança CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que, “*desde a Constituição de 1946, não há nem pode haver discussão quanto à possibilidade da responsabilização objetiva do Estado, ante o teor irrefragável dos textos mencionados*” (o grifo é do original) (15).

É relevante notar que o grande administrativista de São Paulo se refere à “*possibilidade*” da responsabilização objetiva.

Efetivamente, não cabe a discussão quanto à existência ou não da responsabilidade objetiva, posto que o novo texto constitucional suprimiu a exigência do elemento subjetivo “*negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos*”. Ainda, ao reconhecer a ação regressiva nos casos de dolo ou culpa do funcionário, aceitou a Constituição a possibilidade de se responsabilizar o Estado mesmo quando ausentes tais elementos de natureza subjetiva.

A controvérsia, na verdade, ficou em torno das seguintes proposições: a partir de 1946 foi adotada a teoria objetiva em relação a determinados casos, ficando igualmente prevista a teoria subjetiva para aplicação em outros, ou a responsabilidade objetiva passou a ser a regra exclusiva, para a generalidade dos casos, não mais havendo lugar para a teoria subjetiva.

Dentre os que perfilham o primeiro entendimento, encontra-se CAIO TÁCITO, que, em memorável comentário a acórdão do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa: “*Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público*”, proferido em abril de 1958, assim concluiu:

“A noção de *culpa administrativa*, fundada na falta pessoal do serviço, ou, na frase de Vedel, ‘*dans tout manquement aux obligations du service*’, é a fórmula transaccional entre os deveres de boa administração e a estabilidade do patrimônio jurídico individual.

(14) *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 215.

(15) *Op. cit.*, p. 266.

A sua adoção como fundamento de direito comum da responsabilidade administrativa encontra ressonância, entre nós, na jurisprudência mais progressista, reservando-se o princípio do risco aos casos excepcionais consagrados em lei” (grifos no original) (16).

Acompanham o ilustre professor carioca, entre outros, ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, GONÇALVES DE OLIVEIRA e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, todos citados no trabalho acima transcrito, além de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (17) e OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (18).

No outro lado alinharam-se MIGUEL SEABRA FAGUNDES, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, HELY LOPES MEIRELLES e MÁRIO MAZAGÃO, sendo este último quem ofereceu, como constituinte em 1946, o texto do artigo 194, conforme notícia de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (19).

15. A pesquisa que efetuamos leva-nos a pensar como mais correto o entendimento de que vigoram entre nós ambas as teorias — subjetiva e objetiva — cada uma destinada a incidir sobre situações específicas e diversas.

Como bem escreveu OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, a teoria objetiva encontra aplicação nos casos de “ação positiva do Estado”, “ato comissivo, positivo de agente público”. Todavia, nos casos de “omissão negativa”, está a fundamentar a responsabilidade do Estado a teoria subjetiva na modalidade “falta do serviço”. “A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona, ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados” (20).

Observou em boa hora CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que a responsabilidade objetiva inclui também, além dos casos de comportamento comissivo, “quaisquer eventos lesivos que resultem do ‘fato das coisas’, isto é, em que o dano proceda de acidentes oriundos diretamente das próprias coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia. Fora daí a aplicação da teoria do risco administrativo será excepcional” (21).

## VIII — A jurisprudência brasileira

16. Como já anotamos anteriormente, a jurisprudência pátria jamais aceitou o princípio da irresponsabilidade do Estado.

(16) Tendências Atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado, p. 262.

(17) Op. cit., pp. 267 e 28.

(18) Princípios de Direito Administrativo, vol. II, p. 487.

(19) Op. cit., p. 266.

(20) Op. cit., vol. II, p. 605.

(21) Op. cit., p. 268.

Não pretendemos aqui arrolar decisões proferidas pelos nossos tribunais. Este desiderato já foi com êxito alcançado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS (22), MIGUEL SEABRA FAGUNDES (23), CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (24) e, mais remotamente, pelo Ministro FILADELFO DE AZEVEDO (25).

Buscaremos, ao contrário, um comentário geral sobre a jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Verifica-se que, não raro, os tribunais invocam uma teoria como razão de decidir, quando na verdade estão a aplicar outra.

Não se trata de fenômeno exclusivo da jurisprudência atual. Com efeito, mesmo antes da Constituição de 1946, a confusão já existia.

Caso levado a julgamento do Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça*, de 2 de fevereiro de 1943, em que se pleiteava a reparação dos prejuízos causados por inutilização de mercadoria em decorrência de retardamento no desembaraço alfandegário, demonstra que o Ministro VALDEMAR FALCÃO, embora afirmasse aplicar a teoria da culpa "administrativa", fazia exigências da individuação da culpa: queria saber se houve ou não culpa dos agentes públicos, além de exigir igualmente prova do nexa causal (26).

Vê-se, pois, como por bem observa JOSÉ DE AGUIAR DIAS, que na verdade o Ministro aplicava a teoria da culpa civil, embora invocasse a da culpa administrativa (27).

Vale ressaltar que neste caso o Ministro VALDEMAR FALCÃO foi vencido, pois, acompanhando voto do Ministro OROSIMBO NONATO, a Turma decidiu pela procedência da ação, como efetivamente se impunha pela aplicação da teoria da "falta do serviço".

17. Todavia, hoje, após o advento da Constituição de 1946, é que a confusão se estabeleceu mais.

Muitas vezes, afirmando que o art. 107 da Constituição atual institui entre nós, como regra, a responsabilidade objetiva, e mencionando-a como o fundamento de suas decisões, os tribunais pátrios aplicam, na verdade, a teoria da responsabilidade subjetiva, na sua variante "falta do serviço".

---

(22) *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 19.

(23) *Op. cit.*, pp. 205 e 206.

(24) *Op. cit.*, pp. 270 a 273.

(25) Acórdão citado.

(26) Apud AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade Civil*, vol. 2, pp. 623 e 624.

(27) *Op. cit.*, pp. 623 e 624.

A observação é feita por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO <sup>(28)</sup>.

Em decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível n.º 46.299-RJ, no dia 15 de março de 1983, ocorreu exatamente o que afirmamos.

Tratava-se de acidente automobilístico causado por presença de animais na rodovia "Presidente Dutra".

O Ministro OTTO ROCHA, relator que foi, à unanimidade, acompanhado, argumentou em seu voto:

"Mantivesse o réu sob permanente fiscalização, como de sua precípua obrigação, a rodovia, curando para que não passassem na faixa de domínio da rodovia e no próprio canteiro central animais como os que deram causa ao acidente; mantivesse o réu as condições de 'facilidade, de comodidade e de segurança' do trânsito na rodovia, de seu mais elementar dever; policiasse permanentemente a estrada, com a aparelhagem custosa de que dispõe; enfim, estivesse o réu atento ao seu dever e o desastre não teria ocorrido. Negligenciou e é culpado pelo ocorrido."

Ora, nota-se nitidamente que o fundamento da decisão é a responsabilidade subjetiva na modalidade "falta do serviço": o serviço funcionou mal.

Contudo, acrescenta logo adiante o ilustre ministro:

"A obrigação de indenizar, hoje constitucionalmente fundada no princípio da responsabilidade objetiva das pessoas de direito público, prescinde da indagação de culpa".

Não chegou ainda o dia em que as teorias da responsabilidade subjetiva na modalidade "falta do serviço" e a da objetiva, fundada no risco, serão aplicadas adequadamente.

## IX — Conclusão

18. A análise que acabamos de efetuar permite a conclusão de que, no direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é fundada na teoria subjetiva da "falta de serviço". A teoria objetiva é aplicada subsidiariamente, naqueles casos não abrangidos pela primeira.

Não foi outra, aliás a conclusão a que chegou o Professor FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA, após cuidadosa análise da doutrina e da jurisprudência pátrias, em trabalho publicado na revista da Associação dos Magistrados do Paraná <sup>(29)</sup>:

"No direito brasileiro ainda prevalece a teoria subjetiva da falta do serviço, como fundamento da responsabilidade civil do

(28) *Op. cit.*, p. 273.

(29) Vol. 20, p. 309.

Estado. A teoria objetiva, do risco administrativo, é de aplicação excepcional.”

19. Finalizamos o presente trabalho com a observação de que o ciclo evolutivo da responsabilidade civil do Estado parece ainda não estar completo, pelo menos entre nós. Como alguns autores já acenam, a tendência é a de fixação da responsabilidade objetiva para todas as hipóteses, dispensando-se sempre qualquer indagação quanto a elementos subjetivos.

Se este é ou não o melhor entendimento, problema que ainda hoje suscita o debate referido, é questão que, nesta oportunidade, não nos propomos a enfrentar, embora confessemos a nossa tendência para a posição já definida: na maioria dos casos — os mencionados — a responsabilização do Estado só é possível se provada a falta do serviço público; em outros — também referidos — tem cabimento a responsabilidade objetiva.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 7ª ed., 1983.

——— “Responsabilidade civil do Estado”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 11, p. 119.

AZEVEDO, Filadelfo. Acórdão publicado in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, p. 567.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, R.T., 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, Forense, 2ª ed., 1979.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro, Borsol, nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. São Paulo, Saraiva, 1980.

DUEZ, Paul e DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 1952.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. “Responsabilidade civil do Estado por fatos da administração pública”, in *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, vol. 20, p. 309, 1980.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 1960.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, R. F., 1957.

TÁCITO, Caio. “Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 55, p. 262.

# O seguro da responsabilidade civil

VOLTAIRE MARENSI

Professor de Direito Civil na Univ. Fed. do  
Rio Grande do Sul

## 1. *Responsabilidade civil*

É imperioso que antes de se adentrar no tema desta palestra se façam, ainda que de modo breve, algumas considerações da responsabilidade civil no contexto do nosso ordenamento jurídico.

Não se ignora que o nosso Código Civil já está defasado em relação ao problema da responsabilidade civil.

O Projeto do Código Civil, Lei n.º 634-B, de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados, prevê em seu artigo 186, *verbis*:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, *violar direito* e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

No dizer de CÁIO MÁRIO incide o projeto no mesmo erro do Código de 1916, ao tratar da Responsabilidade Civil na Parte Geral e, também, na Parte Especial.

Com efeito, o projeto estende o dever de ressarcimento para além da culpa, incluindo a teoria do risco na parte do Direito das Obrigações, no título que versa sobre a “Responsabilidade Civil”.

A boa técnica recomendaria a unificação dos princípios, em um único título, onde seria tratada a teoria da culpa e do risco.

A adoção da teoria do risco no projeto consagra a tese, que tem como fim último resguardar a paz social, vale dizer, protege os indivíduos dos riscos provenientes de atividades, que normalmente desempenhadas resultam, só pelo seu exercício, com certa freqüência, dano injusto à coletividade.

Por isto, e, principalmente por esta razão, o legislador pátrio não deveria ter incluído no corpo do dispositivo legal, a exemplo do Código atual, a expressão *violar direito*, vez que, independente da violação à lei, haverá na teoria objetiva o dever de reparar o dano causado.

## 2. Seguro de responsabilidade civil

Para atenuar o problema da responsabilidade civil, com a transferência de um em relação ao prejuízo experimentado pelo outro, ambos sem condições de suportá-lo, é que surge o seguro.

Para alguns doutrinadores, o seguro de responsabilidade civil nasceu de uma figura de direito marítimo — abordagem —, que consistia no choque de dois navios no mar. Para outros, como DONATI nasceu no século passado em França e Inglaterra — com o tráfego de veículos de tração animal — e se ampliou mais tarde na Alemanha e em outros países, por risco sobre o trabalho industrial.

## 3. Definição

Para JOSÉ DE AGUIAR DIAS, encontramos a sua definição no direito pátrio, adaptando o art. 1.432 do CC, nos seguintes termos:

“Seguro de responsabilidade é o contrato em virtude do qual, mediante os prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento da indenização que, porventura, lhe seja imposta com base em fato que acarrete sua obrigação de reparar o dano.”

A garantia é a tônica desta definição, cuja subsunção legal arrosta a condicionalidade e a álea como elementos principais de sua característica.

CAMILO VITERBO formula uma definição, que denomina de “provisória”, assim exposta:

“O seguro da responsabilidade civil (*haftpflichtversicherung* — *assurance de la responsabilité civile*) é aquela espécie de seguro, na qual o segurador se obriga a indenizar o segurado do dano patrimonial que este sofra como consequência legal de uma responsabilidade civil — não penal — em que haja incorrido.”

É, de início, a seu juízo, uma definição imprecisa. Já VIVANTE usa por demais a expressão “seguro contra o risco locativo”, tratando-se, a seu sentir, de um verdadeiro e próprio seguro de responsabilidade civil.

Para os clássicos da responsabilidade civil MAZEAUD-TUNC, o seguro de responsabilidade é um contrato pelo qual o segurador se compromete a garantir o segurado contra as reclamações das pessoas com respeito às quais poderia ser exigível a responsabilidade desse segurado e contra as resultantes dessas reclamações, em troca do pagamento, pelo segurado, de uma soma fixa e antecipada, o prêmio, devido geralmente por vencimentos periódicos. E arrematam: “Formam, assim, parte dos seguros contra danos, que garantem o segurado contra os riscos que ameaçam seus bens ou sua fortuna.”

Neste pensar, na análise acurada de SAVATIER, “se consegue evitar que o dever de indenizar faça do responsável uma outra vítima”.

Atento a estas colocações doutrinárias, o Projeto de Código Civil definiu, em seu artigo 787, *verbis*:

“No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.”

#### 4. *Licitude do seguro de responsabilidade civil*

Uma das grandes preocupações da doutrina era saber se o seguro de responsabilidade civil encontra condenação no artigo 1.436 do CC brasileiro. Lê-se neste dispositivo:

“Nulo será este contrato quando o risco, de que se ocupa, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiado pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer de outro.”

O emérito CLÓVIS BEVILAQUA entendia que não era necessário que o próprio objeto fosse ilícito, bastaria apenas o risco tomado. AGUIAR DIAS ressalva que nem ele nem CARVALHO SANTOS tiveram em vista o seguro de responsabilidade. Daí não haverem esclarecido o problema que agora enfrentamos: os atos ilícitos cujas conseqüências não podem ser seguradas, por disposição que aplica ao seguro o princípio geral do art. 145, II, do CC, abrangem o ato ilícito definido no art. 159 do mesmo Código?

Registre-se que, no passado, houve entendimento no sentido de encarar o seguro de responsabilidade civil como atentatório da ordem pública e da moral.

A responsabilidade que se pode segurar — diz o mestre PONTES DE MIRANDA — é a do ato culposo (não doloso) da pessoa segurada, ou a do fato, ou de ato-fato de outrem, culposo ou doloso, ou de animal. Somente não é segurável responsabilidade do segurado por fato oriundo de dolo.

A responsabilidade derivada de multas impostas ao segurado, bem como as despesas de qualquer natureza, relativas a ação ou processo criminais, são riscos excluídos, conforme se depreende da letra *f* do item III, das "Condições Gerais" deste seguro. Neste diapasão se inclina o direito francês, embora os autores que comentam a matéria não vislumbrem obstáculo à inclusão, nas apólices de seguro, de uma cláusula de defesa do segurado na esfera penal. Para avaliar a importância desta cláusula, nos Estados Unidos, a maioria dos especialistas em direito civil, ou criminal, acredita que a Johnson e Johnson poderá ser responsabilizada pela morte de pessoas que ingeriram "Tylenol" com cianureto de potássio. De acordo com um processo já instaurado e que exige indenização no montante de 600.000.000 de dólares, "as cápsulas de "Tylenol" foram deficientes e embaladas sem o devido cuidado". Para alguns juristas, no entanto, este "não é um caso simples para os autores, porque o júri poderá decidir que não é possível proteger-se contra atos criminosos". (Fenaseg, n.º 684).

MAZEAUD-TUNC dizem que assegurar-se não é tão-só prever a própria culpa e descarregar-se dela por antecipação, mas prever ao mesmo tempo a sua insolvência e garantir-se frente a ela e aos eventuais credores. Esta modalidade de seguro tem um domínio muito importante — a cobertura das responsabilidades nascidas das diversas atividades humanas, sobretudo profissionais. Por isso, afirma MAZEAUD, o seguro de responsabilidade, ato de prudente previsão, não choca com a ordem pública.

Merece um lugar à parte a menção de que os países desenvolvidos já estão dando cobertura aos seguros nucleares (inclusive o Brasil), bem como contra os riscos da poluição de qualquer espécie.

Estas situações são causas excludentes nas "Condições Gerais das apólices de responsabilidade civil", letras *h* e *i*, em sua cláusula 3.ª O Brasil, com o carregamento do núcleo do reator nuclear de Angra dos Reis, com 50 t. de urânio enriquecido, consoante informação de Maria da Conceição Castro, na *Revista da Fundação Escola Nacional de Seguros*, ingressa no clube dos países geradores de energia atômica. A obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil do operador de usina nuclear, informa a líder da Divisão de Responsabilidade Civil Geral do Instituto de Resseguros do Brasil, decorre de uma lei especial, a Lei n.º 6.453/77, e a responsabilidade do operador da usina é de caráter objetivo. O prazo prescricional desta lei é interessante. Foge das regras gerais do seguro, vale dizer, é de 10 anos a contar do acidente. Na hipótese de material subtraído, perdido ou abandonado, o prazo, não obstante ser contado a partir do evento, nunca poderá exceder a 20 anos.

Esta modalidade de risco certamente deve ser repensada, posto que a colocação de usinas e aparelhos dotados de energia nuclear, como o caso de satélites em órbita da terra, podem representar possível perigo para os seres humanos e o meio ambiente.

Não se deve olvidar que, em 1964, um acidente com a fonte de energia de um satélite de navegação dos EUA liberou quantidade de radiação equivalente a várias dezenas de testes com armas nucleares. Já, em 1978, a reentrada na atmosfera do cosmos 954, soviético, espalhou dejetos nucleares em grande área do Canadá.

5. *Seguro de responsabilidade com objeto determinado e com objeto indeterminado*

O seguro de responsabilidade civil garante o patrimônio do segurado.

PICARD E BESSON afirmam que é um seguro contra danos, e não de uma dívida. O dano causado no patrimônio do terceiro afeta diretamente o do autor, que, na hipótese da não existência de seguro, terá de pagar uma soma com base em ato ilícito, perpetrado por ele ou seus dependentes.

Segundo a classificação dos seguros privados apresentada por PEDRO ALVIM, em sua clássica monografia — *O Contrato de Seguro* —, a responsabilidade civil faz parte integrante dos seguros de danos, os quais, conforme MAZEAUD, se dividem, também, segundo seu objeto em:

- a) determinados e
- b) indeterminados.

PICARD e BESSON asseveram que o próprio seguro de responsabilidade civil pode ter objeto determinado. Figuram estes autores a hipótese do segurado que, em razão da posse, detém determinado bem em nome do proprietário, vindo, oportunamente, a se perder ou deteriorar. Exemplificam com o locatário, o depositário e o transportador.

*De lege lata*, o exemplo acima focalizado discrepa da orientação normativa do Conselho Nacional de Seguros Privados — CNSP, *ex vi legis*, art. 32, IV (Decreto-Lei n.º 73, de 21-11-66), em vista do que foi fixado expressamente no item III, letra *b* das Condições Gerais, das apólices de responsabilidade civil, *verbis*:

“Riscos Excluídos

1. O presente contrato não cobre reclamações por:

a) .....

b) danos a bens de terceiros em poder do segurado, para guarda ou custódia, transportes, uso ou manipulação ou execução de quaisquer trabalhos.”

Em verdade, é no objeto indeterminado que se configura a essência do seguro de responsabilidade civil, posto que não se conhecem as pessoas ou os bens passíveis de dano, bem como o montante exato da indenização a ser, eventualmente, paga.

## 6. *Cláusulas permitidas e cláusulas proibidas*

A cláusula de não reconhecer responsabilidade tem, segundo PONTES DE MIRANDA, de ser considerada em duas espécies:

- a) cláusula de não reconhecer fora de juízo;
- b) cláusula de não reconhecer em juízo.

Aliás, estas cláusulas foram incorporadas no projeto do Código Civil, ao tratar desta modalidade de seguro.

Reza o § 2.º do artigo 787:

“É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.”

A primeira, em resumo, seria o seguinte:

Ninguém tem o dever de dizer a verdade. Alega-se que tal cláusula atentaria contra a moral e a ordem pública. Ao segurador, de sua vez, caberá o ônus de provar que tal reconhecimento importou em seu prejuízo.

Quanto à cláusula de não reconhecer em juízo, entende PONTES DE MIRANDA, que a ninguém é lícito proibir à pessoa de dizer a verdade perante a Justiça.

Este problema (o de não reconhecimento de culpabilidade) suscita alguma controvérsia na legislação alienígena. O antigo art. 52 da Lei de 1930, do Código de Seguros francês, hoje alterado com o advento da Lei n.º 81-5, de 7-1-81, no art. L. 124.2, estabelece:

“O segurador pode estipular que nenhum reconhecimento de responsabilidade, nenhuma transação, em que não tenha intervido, lhe serão oponíveis.”

Na opinião dos autores franceses PICARD E BESSON e YVONNE LAMBERT-FAIVRE, esta cláusula não deve ser interpretada equivocadamente, ou seja, o reconhecimento da materialidade de um fato não pode ser encarado como reconhecimento da responsabilidade. Assim não entendem MAZEAUD-TUNC, afirmando que reconhecer os fatos materiais é, às vezes, reconhecer necessariamente a própria responsabilidade. Porém, em um ponto todos são uníssonos, quando afirmam que esta cláusula não poderá referir-se a atos de humanidade, como o fato de levar a vítima a uma farmácia ou a um hospital e entregar a ela certa soma para os primeiros cuidados, ou informar-se sobre o seu estado. São os conhecidos atos de caridade, que remontam às raízes do Cristianismo.

No direito italiano, DONATI assevera a não existência de uma proibição expressa, desde que seja facultado ao segurador a possibilidade de averiguar o andamento da lide.

## 7. *Crítica à apólice vigente*

A cláusula 1.<sup>a</sup> das Condições Gerais, que trata do Objeto do Seguro, preceitua:

“O presente seguro tem por objeto *reembolsar* o segurado, até o limite máximo da importância segurada, das quantias pelas quais vier a ser responsável civilmente, em sentença judicial transitada em julgado ou em acordo autorizado de modo expresso pela seguradora, relativas a reparações por danos involuntários, pessoais e/ou materiais causados a terceiros, ocorridos durante a vigência deste contrato e que decorram de riscos cobertos nele previstos.”

Reembolsar é embolsar de novo. É tornar a embolsar. Ora, só se reembolsa o que já saiu, aquilo que se quitou.

Como o segurado só poderá quitar a sua responsabilidade após a anuência da companhia seguradora, seria mais técnica a utilização do verbo garantir, ao invés de reembolsar. Assim, o emprego desta expressão estará mais em consonância com as normas que disciplinam esta modalidade de seguro, bem como com os respectivos parágrafos do art. 787, que tratam da espécie, no Projeto do Código Civil.

Do mesmo modo, a expressão *danos involuntários* é despicienda. Todo o dano é oriundo de uma atividade humana, seja ela positiva ou omissiva. Ademais, há autores que entendem que a garantia do pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro terá cobertura até mesmo em virtude de atos dolosos que os dependentes ou prepostos daquele venham a ocasionar, o que representa, em última análise, na opinião de AGUIAR DIAS, o dolo ou culpa do próprio segurado.

## 8. *Relação entre segurado — Seguradora e Segurado — Terceiro*

Na interpretação do jurista chileno ALFREDO PRIETO BAFALLUY, existem duas relações jurídicas distintas, que envolvem o contrato de seguro. Uma entre o segurador e o segurado, cujas regras norteadoras estão subsumidas na responsabilidade contratual, oriunda da estipulação das partes.

E, outra, entre segurado e terceiro, sendo esta regida pelas normas aplicáveis à responsabilidade extracontratual.

Um mesmo fato, um só evento faz que entrem em jogo as normas da responsabilidade contratual entre segurador e segurado e as da responsabilidade extracontratual, entre segurado e terceiro. Poder-se-á dizer, invocando

SÍLVIO RODRIGUES, que, enquanto o art. 159 do CC disciplina genericamente as conseqüências derivadas da responsabilidade aquiliana, o art. 1.056 do mesmo Código cuida dos efeitos resultantes da responsabilidade contratual. Este jurista, com apoio em HENRI e LÉON MAZEAUD, esclarece:

“Na hipótese contratual, antes da obrigação de indenizar, emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.”

A diferença substancial existente entre o seguro de responsabilidade civil e o de danos é que, neste, se configura uma relação jurídica só entre segurado e segurador, ao passo que, no seguro de responsabilidade civil, a indenização é paga tendo em vista a lesão a um terceiro prejudicado pelo segurado.

#### 9. *Ação direta do terceiro contra o segurador*

ASCARELLI afirma que o problema da posição do terceiro no seguro de responsabilidade civil em geral, e em especial o da ação direta do terceiro contra o segurador, seria um dos mais graves de quantos se trata nesta matéria.

Segundo CAMILO VITERBO, é um problema em torno do qual se escreveu mais na França e Itália nos últimos tempos.

A dúvida perpassa quando se perquire da eventual possibilidade de a vítima prejudicada ingressar diretamente em juízo contra a seguradora, que detém uma relação contratual com o autor do ato ilícito.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, assevera TERESA ANCONA LOPES DE MAGALHÃES, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, estão totalmente divididas quanto a esse aspecto. Autores como AGUIAR DIAS e WILSON MELO DA SILVA são totalmente favoráveis a essa ação direta; outros, como MARTINHO GARCEZ NETO, MÁRIO MOACYR PORTO e ANDRADE FIGUEIRA, negam à vítima esse direito.

Na doutrina estrangeira, CAMILO VITERBO se posiciona radicalmente contra a ação direta. Eis algumas de suas razões:

“a) Uma coisa é ter um privilégio sobre um crédito — se é que se pode falar de privilégio neste sentido — e outra é ter o direito de reclamar diretamente o pagamento ao devedor.

b) O seguro de responsabilidade civil não é um seguro a favor de terceiros.

c) É necessário dizer que o direito de pagar o terceiro corresponde para o segurador só dentro dos limites da quantidade máxima.”

O mestre AGUIAR DIAS sustenta a solidariedade da seguradora e do segurado frente o terceiro lesado, com fulcro no art. 108 do Código Brasileiro do Ar e no art. 1.518 do Código Civil brasileiro. Aliás, este dispositivo foi adotado na espécie, pela antiga Corte de Apelação do Distrito Federal.

MÁRIO MOACYR PORTO aduz que, “pelo visto, não há lei alguma entre nós que autorize a ação direta em exame como um procedimento principal e independente em relação à ação do ofendido contra o segurador. Não vinga, por outro lado, o argumento de que o ofendido seria o beneficiário de uma estipulação em favor de terceiro (art. 1.098 do C.C.), posto que, no seguro de responsabilidade civil, o beneficiário de garantia é o próprio segurado”.

Em Itália, a jurisprudência nega a ação direta, só admitindo a ação do prejudicado contra o segurador, nos moldes da ação sub-rogatória.

ANDRADE FIGUEIRA revela a marcha da jurisprudência italiana no sentido da “revolução”, preconizada por JOSSERAND em uma de suas conferências, condensadas em *Evoluções e Atualidades*.

Não obstante, DONATI vislumbra a possibilidade da ação direta no direito italiano, quando assevera: “pois se o terceiro não pode exercitá-la, fundando-se em um direito próprio, pode, segundo minha opinião, exercitá-la fundando-se em seu privilégio”.

A nova lei de seguro da Espanha, de 1980, dispõe que o prejudicado ou seus herdeiros terão ação direta contra o segurador para exigir o cumprimento da obrigação de indenizar.

A atual lei de seguros francesa, de 7-1-81, no art. L. 124.3, reconhece a possibilidade do direito da vítima sobre a importância segurada.

ISAAC HALPERIN, intrépido defensor da ação direta da vítima contra o segurador, preleciona:

“Mas em última análise o que se faz, com a ação direta, é dar pleno cumprimento à vontade das partes. Na verdade, que quis o segurado? Livrar-se de todos os ônus e incômodos decorrentes de sua responsabilidade civil. Quanto ao segurador, o objeto de sua estipulação é satisfazer essas

obrigações. Ora, o que faz a ação direta? Proporciona a exoneração objetivada pelo segurador e não prejudica o segurado, porque mais não lhe exige senão o que pagaria, realmente, ao segurado." Fundamenta as decisões no direito argentino, com arrimo no art. 118 da Lei n.º 17.418, de 1967.

Já JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI tem entendimento oposto. Para ele, a Lei n.º 17.418/67 estruturou o seguro de responsabilidade civil, como um contrato a favor do segurado, afirmando não terem cabimento as posições doutrinárias, que têm visto naquele diploma um contrato a favor de terceiro, ou um convênio de transmissão de dívidas, cognominado "assunção de dívida", "delegação", ou expromissão.

"Os contratos em favor de terceiros só existem, tomando-se essa expressão no seu sentido técnico, quando, por vontade dos estipulantes, os contratos devem produzir efeitos diretamente em favor de terceiros, isto é, pessoas estranhas ao contrato. Ora, dada a noção do seguro de responsabilidade civil, inicialmente assinalada, ninguém poderá dizer seja ele concluído para PRODUZIR efeitos diretamente em relação à vítima; o que ele acoberta é o próprio patrimônio do segurado, não a vítima, estranha ao contrato, impossível até de ser conhecida e determinada na proposta e apólice. Este é o ensinamento de ANDRADE FIGUEIRA, secundado em ALVES MOREIRA.

Porém, outra é a solução quando se trata do seguro obrigatório. A solidariedade na teoria do risco é inquestionável. O segurador responde juntamente com o segurado até o limite obrigatório previsto no bilhete ou apólice de seguro. Aquele em vista de uma estipulação em favor de terceiro (art. 1.098 CC), e este em razão do dever de reparar um dano causado a outrem. É o caso, por exemplo, dos seguros de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT — Lei n.º 6.194/74), onde a ação está consagrada no art. 4.º

Neste sentir, esta posição não foi ignorada pelo Projeto do Código Civil, vez que a ação direta somente foi prevista pelo legislador ao tratar do seguro obrigatório, conforme se depreende pelo parágrafo único do art. 788 daquele diploma legal. Esta posição, aliás, segue a orientação que adotei em trabalho publicado na *Revista dos Tribunais*, sob n.º 580.

Neste diapasão procede a manifestação do magistrado espanhol Luis Ronan Puerta Luis, quando aduz que a solidariedade atende, na espécie, à própria vontade negociável dos interessados, à devida ponderação dos interesses implicados e à necessária interpretação lógica, sistemática e finalística das normas legais.

Outras situações poderiam ser afloradas, se não houvesse limitação de tempo, bem como o modesto propósito de procurar estudar e apontar tópicos que me pareceram mais adequados ao tema proposto.

# A TVA e o direito de autor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de Direito Civil da FADUSP. Regente de Direito de Autor nos cursos de graduação e de pós-graduação

## SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *O mecanismo da TVA.*
3. *A inserção no sistema.*
4. *Interferência com os direitos autorais.*
5. *Incidência dos direitos autorais.*
6. *Conclusão.*

### 1. *Introdução*

Mais um processo de comunicação de obras intelectuais acaba de vir a lume, oficialmente, em nosso País, depois de largo uso no exterior: é o denominado "TVA", ou "Televisão por Assinatura", que foi regulamentado em 23-2-88, pelo Decreto federal n.º 95.744.

Esse serviço, que se consubstancia na distribuição de sons e de imagens a pessoas assinantes, por meio de sinais, codificados, ou não, e a partir do espectro radioelétrico, tem permitido às empresas exploradoras oferecer aos usuários programação específica, diversa da normal, em diferentes áreas, como na cultura, nas artes, no jornalismo e em outras tantas.

Abre-se, portanto, espaço para que novas empresas ingressem no setor de telecomunicações, e com base em criações inspiradas, possam oferecer aos interessados, mediante o preço estipulado, esquemas de cunho direcionado, em termos de comunicação audiovisual, que escapem à agressividade que, infelizmente, vem imperando em inúmeros setores da atual estruturação comercial, e, ao revés, possam atender a reclamos de informação, de arte, de cultura e de entretenimento sadio e instrutivo, compatível com os padrões normais da tradição de nosso País.

Mas, interessa-nos, no presente trabalho, focar os reflexos do novo processo de comunicação no âmbito do Direito de Autor, dentro da linha de pensamento manifestada em nosso recente artigo "Novas técnicas de comunicação no plano dos direitos autorais", publicado em *O Estado de S. Paulo*, de 25-2-88, p. 38.

## 2. *O mecanismo da TVA*

O sistema funcionará através de concessão pública, pelo Ministério das Comunicações, a pessoas jurídicas interessadas, seja do âmbito público, seja privado e, neste, sob o controle de brasileiros, ficando a fiscalização a cargo do Departamento Nacional de Telecomunicações — DENTEL.

O governo federal, por meio de decreto, definirá as áreas em que poderão ser instalados esses serviços, acreditando-se que, em função das providências necessárias para o funcionamento das empresas interessadas, em dois anos estará em operação o sistema.

O acionamento será feito por meio de habilitação dos interessados com propostas revestidas das condições descritas no citado decreto. Todo o processamento se dará no Ministério referido, desde a admissão, à execução e ao funcionamento da empresa, no qual deverão ser respeitados todos os requisitos definidos na regulamentação, quanto à proposta, quanto à estrutura da empresa, quanto à composição de seu capital e às demais prescrições constantes do Decreto n.º 95.744/88, além de obedecidas as normas básicas do setor, em especial, as do denominado “Código Brasileiro de Telecomunicações” (Lei n.º 4.117, de 27-8-62 e do “Regulamento dos Serviços de Comunicação” (Decreto n.º 52.795, de 31-10-63).

Podem habilitar-se entidades públicas e privadas, enumeradas no Decreto n.º 95.744/88, destacando-se quanto às últimas que deverão ter forma de companhia, com ações nominativas, ou de sociedade por cotas ou limitadas, com subscrição somente por brasileiros. As empresas admitidas pagarão tarifa para uso da rede pública de telecomunicações e, no mais, submeter-se-ão ao regime correspondente ao setor, com as especificidades do decreto ora baixado, sendo de realçar-se, ainda, que não estarão sujeitas a censura.

## 3. *A inserção no sistema*

Para a inserção no sistema, os particulares deverão, de início, adquirir, no mercado, um decodificador — que será fabricado pelas empresas do setor, que, ao que consta, estão aptas a iniciar a produção em breve lapso de tempo — pagando, depois, com a “assinatura” (contrato para a recepção do serviço em local de interesse do usuário, individual, ou coletivamente), o preço fixado pela empresa.

Esse mecanismo está relacionado ao fato de que o sistema não utilizará cabos — como na televisão convencional — mas sinais por meio do espectro radioelétrico.

Com esse processo novo de comunicação, terá o usuário opção de caráter específico, em razão de interesse determinado, nas áreas em que se lançarem as empresas exploradoras. Levando-se em conta os parâmetros proporcionados por empresas européias e norte-americanas — em que o sistema já funciona há alguns anos — filmes, manifestações de arte em

geral, informações, notícias, entretenimentos de nível mais aprimorado poderão vir a surgir, com interessantes programações para públicos mais seletos, livres, pois, das condicionantes que ora cercam o sistema convencional.

Com efeito, programas de índole informativa direcionada (por exemplo, em economia, em finanças, em política, em ciência etc.), ou estética (manifestações de arte), ou social (costumes), ou entretenimento ("shows", diversões em geral) etc. poderão compor a cena desse novo processo de comunicação, desde que a tanto se proponham as empresas exploradoras, a fim de que venham a atingir o público espectador, que, longe das regras atuais, anseia por programação audiovisual consentânea com os valores mais elevados da vida e do pensamento e compatível com a tradição de nosso povo.

#### 4. *Interferência com os direitos autorais*

Nesse sentido, a programação em tela interferirá com os direitos autorais, na medida em que nova utilização proporcionará a criações estéticas já existentes e, de outro lado, fará surgir novas e interessantes concepções desse caráter.

Com efeito, dado o íntimo relacionamento entre as criações estéticas e a sua comunicação — cercada de regras protetivas ao autor, para resguardo de seus aspectos morais e para geração concreta de direitos de cunho patrimonial — a instituição de um novo mecanismo suscita a preocupação com esses valores, na medida em que se deve cogitar de regulamentação específica que possibilite, na prática, a percepção da remuneração autoral, não só na inserção da obra no sistema (direito sobre a criação, ou o novo uso, conforme o caso; se for obra criada para, ou já existente e inserida), como em sua posterior utilização.

Há que se prever regras que, a um só tempo, possam, efetivamente, carrear para os autores, atores e outros criadores seus direitos patrimoniais, bem como assegurar às empresas que seus programas finais não venham a ser utilizados, indevidamente, por terceiros não autorizados (ou seja, não participantes do regime de assinatura), em particular, por videocassetes e outros meios de reprodução possíveis.

Esse problema está ligado ao progresso das comunicações, que, se de um lado, propicia extraordinário avanço na civilização, de outro, vem preocupando os juristas em face das questões que suscita em sua ingerência na vida, nas criações, e em outros valores da pessoa humana, a fim de instituir-se regime regulamentar que permita a convivência pacífica entre os segmentos vários da sociedade nesse campo, como, ademais, em todos os relacionamentos outros.

Em artigo sob o título "A comunicação por satélite e o Direito de Autor" (publicado na *Revista Forense*, 277/97), já alertávamos para os

problemas trazidos ao plano dos direitos autorais pelo uso de satélites na comunicação humana, a par de outros reflexos no direito em geral, tendo mostrado as orientações doutrinárias e jurisprudenciais prosperantes, nas quais se enfatizavam o reconhecimento e a sagração prática daqueles direitos em todos os países em que se discutiu o assunto, como, aliás, de preceito (então no regime de cabo, ou “cabovisão”).

## 5. *Incidência dos direitos autorais*

Ora, o raciocínio então desenvolvido aplica-se perfeitamente à “TVA”, em que o uso novo representa processo autônomo e distinto de utilização de obra intelectual (Lei n.º 5.988/73, art. 35), de sorte que se encarta, perfeitamente, ao regime autoral, dependendo a exploração da obra, no sistema, de autorização autoral e da correspondente remuneração do criador, incluída também a defesa dos sinais quanto aos direitos da empresa emissora.

Com efeito, em consonância com o regime convencional (em que se destacam as Convenções de Berna, com a revisão de Paris de 1971, em seu art. 2.º, e, de outro lado, a Convenção de Bruxelas para proteção dos sinais de satélites, de 1974, quando portadores de programas, em seu art. 6.º), são protegidas todas as criações intelectuais estéticas, em todos os meios de comunicação possíveis, garantindo-se, internacionalmente, os direitos dos autores. De parte do direito nacional, todo o mundo civilizado reconhece e protege esses direitos, determinando, como em nossa lei, que o autor seja ouvido sobre cada utilização da obra, cujo uso deve autorizar por expresso, para que possa receber, em cada processo, a remuneração devida.

Assim, incidentes os direitos no novo processo, deve-se cogitar de mecanismo de cobrança própria, em que se fixe a necessidade de obtenção, na origem, da autorização autoral, e se preveja a forma de determinação e de pagamento de direitos, a fim de que os criadores possam, realmente receber a remuneração que de direito lhes cabe.

Dispositivos especiais de proteção do programa deverão ser idealizados e concretizados pelas emissoras, para, de outro lado, proteger seus direitos contra usos indevidos.

## 6. *Conclusão*

Conciliados, de um lado, os interesses da empresa com os valores maiores da sociedade — na escolha e na concretização dos programas — e, de outro, os dos autores e demais criadores intelectuais com a exploradora, poderá o novo sistema (TVA) constituir-se em interessante canal de comunicação em nosso País, para a difusão da cultura e da arte e o oferecimento de entretenimento e de informação, a par de objetivos outros de interesse para o desenvolvimento da nação.

# Evolução histórica do instituto da cessão de contratos

ANTONIO DA SILVA CABRAL

Mestre em Direito pela USP

## SUMÁRIO

1. O conceito primitivo do termo *contractus*. 2. Evolução do conceito de *obligatio*. 3. Fórmulas romanas para a cessão de créditos e de dívidas. 4. O instituto da *delegatio*. 5. O instituto da *expromissio*. 6. A cessão mediante a *procuratio in rem suam*. 7. Conceito de procuração em causa própria de acordo com a *interpretatio do Código de Teodósio*. 8. O aparecimento do instituto conhecido como assunção de dívidas. 9. Influência do *Corpus Juris Civilis* no direito moderno. 10. Códigos que aceitam, códigos que não aceitam e códigos que silenciam a respeito da cessão de contratos. 11. Visão do instituto da cessão de contratos no direito brasileiro. Proposta de lege ferenda.

1. O termo *contractus*, elipse da expressão *negotium contractum*, tinha inicialmente, significado bem diverso do que representa atualmente. Para os romanos indicava um acordo, isto é, não um fenômeno baseado na vontade e capaz de criar um vínculo obrigatório entre as partes, como hodiernamente se diz, mas significava o próprio vínculo contratual. A figura que correspondia ao nosso termo *contrato* só apareceu na época pós-clássica, mais precisamente no direito justinianeu, e era chamada de *pactum* (ou *pactio*) ou *conventio*, que supunha o elemento do consenso. No direito clássico era comum a idéia de que o simples pacto não gerava obrigação, de acordo com o princípio *nudum pactum obligationem non parit*.

PAULO, pelo contrário, admitia que todo contrato seria dissolvido por um pacto posterior (*omne pactum posteriore pacto dissolvitur, licet pariat*

*exceptionem*, L. I, Tit. I, 2). ULPIANO, por sua vez, ensinava que *pactum* provém de *pactio*, que é o consenso de duas ou mais pessoas acerca da mesma coisa (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*, D. L. II, Tit. XIV, 2). A *conventio*, segundo ele, é palavra genérica que significa os negócios a serem feitos, ou para transigir, cuja raiz *convenire* indica o fato de diversas pessoas virem de vários lugares para se juntarem num só e aí deliberarem sobre alguma coisa. Aqueles que celebram uma convenção, disse ULPIANO, embora movidos por intenções diversas, chegam a um consenso (D. L. II, Tit. XIV, 3 e 4). O *pactum*, por sua vez, era concebido como o contrato celebrado entre particulares, mas que não podia interferir no direito público, segundo a célebre frase de PAPINIANO: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. L. II, Tit. XIV, 38).

Na Idade Média a palavra *contractus* passou a ter o significado que se aproxima do que o termo tem hoje. Os canonistas se referiram ao *nudum pactum* no sentido de que as pessoas podiam celebrar contratos sem a forma escrita e sem as formalidades de hoje, sendo baseado no respeito pela palavra dada, de acordo com o princípio do *pacta sunt servanda*. Os comerciantes, por sua vez, contribuíram para o desenvolvimento do contrato baseado no consentimento, de acordo com o aforisma *solus consensus obligat*, como se fosse uma sublimação da antiga *stipulatio* da qual se falará mais adiante. A doutrina do direito natural, finalmente, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento da idéia da autonomia da vontade que hoje informa os contratos.

Dessa solução surgiu a figura moderna do contrato, baseado no consenso das partes contratantes. O contrato assumiu caráter de vínculo que nasce de acordo com as vontades das partes, com natureza espiritual, e não de acordo com o formalismo dos romanos. Assim, temos, hoje, definição legal de contrato como a fornecida pelo art. 1.321 do Código Civil italiano, no sentido de que "O contrato é o acordo de duas ou mais partes a fim de constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial entre as partes".

O contrato é fonte de obrigações que se estabelecem entre as partes. A obrigação poderia ser definida, de modo geral, como a relação jurídica que se estabelece entre duas ou mais pessoas, em razão da qual uma delas, o devedor, fica obrigada a entregar à outra, o credor, uma prestação.

2. O conceito de obrigação também teve seu desenvolvimento através dos tempos até chegar a essa noção de *juris vinculum* que nasce em razão da celebração de um contrato. Nunca é demais ressaltar que os romanos concebiam a obrigação como proveniente do contrato ou do delito (GAIO, D. L. XLIV, Tit. VII 1, e *Institutas*, Comentário, III, 89). No tocante às obrigações provenientes dos contratos, concebiam eles quatro maneiras de estas serem contraídas: quer em razão de coisas materiais (*re*), quer por palavras (*verbis*), quer por meio de escritos (*litteris*) quer pelo simples consentimento (*consensu*), de acordo com o ensinamento de GAIO (loc. cit.): "*Harum au-*

*tem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu”.*

Esta concepção, é claro, já representou uma evolução com relação ao direito primitivo, em que a obrigação era concebida como um laço de ordem pessoal, que fazia com que a própria pessoa do devedor respondesse pelas dívidas e obrigações contraídas. Por isso é que no *Digesto* a obrigação é descrita como um vínculo de ordem meramente jurídica em virtude do qual alguém está autorizado a exigir algo de nós, quer no sentido de fazer, quer no sentido de dar, de acordo com a célebre definição: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum.* (D. 44, 7). Foi esta idéia que fez com que JUSTINIANO definisse a obrigação do seguinte modo: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* (L. III, Tit. XIII).

A *stipulatio* romana era a obrigação contraída por meio de palavras. A obrigação verbal, por sua vez, passou por uma evolução, desde a simples troca material de uma coisa por outra (*obligatio re*). A primeira forma de obrigação nascida por meio de coisas trocadas foi a *mancipatio*, que consistia na troca de uma coisa por certa quantidade de metal que era pesado em uma balança (*per aes et libram*). Este mesmo procedimento foi aplicado ao caso em que uma pessoa queria contrair uma obrigação para uma outra. Em troca da soma do dinheiro que o credor oferecia ao devedor em uma balança, este se obrigava ou “ligava” ao credor a sua própria pessoa, figura esta conhecida por *mancipatio*. O vínculo que então se criava era conhecido como *nexum* ou *nexus*, que tinha um caráter pessoal em virtude do qual o devedor ligava sua própria pessoa à pessoa do credor. Mais tarde essa ligação de tipo pessoal foi substituída por outra de caráter espiritual e jurídico, o *vinculum juris*, acima referido. Dentro, ainda, do período em que vigorou a *mancipatio* houve evolução na forma de se contrair a obrigação. A soma de dinheiro foi substituída por uma peça de bronze ou por uma moeda que o credor colocava na balança a fim de obrigar o devedor como se este tivesse recebido tal soma de dinheiro. Nesta época a obrigação passou a ser contraída por palavras (*verbis*) que as partes proferiam e que tinha um caráter sacramental, fazendo nascer o *nexus* entre credor e devedor. Lê-se na Lei das XII Tábuas: *Cum nexum faciet mancipiamque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Mais tarde, a solenidade em que se realizava a operação *per aes et libram* seguida de palavras solenes foi substituída por simples palavras e esta foi, portanto, a origem da *stipulatio*, que ensejou o fato de os jurisconsultos afirmarem que a obrigação seria assumida por palavras (*verbis contrahitur obligatio*). Segundo CHARLES MAYNZ (*Cours de Droit Romain*, 4.ª ed., Bruxelles, 1877, v. 2, p. 346), a *stipulatio* (ou *stipulatus*) tinha sua raiz em *stips*, que quer dizer múnus, e que lembra o dinheiro e a balança.

Conforme BIONDI (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 463) a *stipulatio* consistia numa pergunta que o futuro credor (*sti-*

*pulator, reus stipulandi*) fazia ao futuro promissor (*reus promittendi*) acerca do futuro cumprimento de determinada prestação, e numa resposta afirmativa por parte deste último, igualmente oral. Por isso, a obrigação nascia das palavras, o que explica a referência feita pelos juristas à *obligatio verbis* e o ato em si era tido como *conceptio verborum*. No fundo a *stipulatio* foi o germe do contrato moderno, fazendo com que autores como MESSINEO encarem o contrato como uma oferta feita por alguém e aceita por outrem. A *stipulatio*, convém lembrar, não era forma de contrato, mas o próprio contrato, pois servia para demonstrar um acordo de vontades por meio de palavras, conforme está dito no *Digesto* (D. 45, 1, 5, 1).

A *stipulatio* era precedida da *sponsio*, que tinha caráter sagrado e era ato solene, no qual era necessário que existisse a palavra, daí por que o verbo *spondeo*, que significa *prometo*. Os acordos eram celebrados debaixo de solenidade em que uma parte perguntava à outra, por exemplo, *centum mihi dari spondes?* (Prometes-me dar cem?); a esta pergunta o futuro devedor respondia: *spondeo*. Pronunciadas estas palavras, a *obligatio* estava nascida.

3. No tocante, porém, à cessão de um contrato, os romanos não conseguiam fazer com que as obrigações pudessem, juntamente com os direitos, passar para outrem. É que admitiram a sucessão em todos os direitos e ações relativos ao patrimônio, quer se tratasse de ações pessoais, quer reais de posse ou de domínio, mas não chegaram a admitir o mesmo fenômeno no terreno das obrigações. Não conseguiram compreender como um *vinculum juris* nascido entre A e B, em razão de um negócio, pudesse vir a atingir C, que é um terceiro. Para eles esse vínculo era pessoal e só poderia ser transferido mediante sucessão universal, por morte de uma das partes. A obrigação se caracterizava pelo seu objeto e pelo sujeito, posto que era pessoal, e a mudança de sujeito importaria em novação.

A substituição de um dos sujeitos da relação contratual era feita por meio da novação. Para ULPIANO a novação é a passagem ou a transmissão de um débito primitivo, de modo que aparece outra obrigação, civil ou natural, isto é, quando por causa da anterior constitui-se nova obrigação, de tal modo que a primeira desaparece; a novação, portanto, deriva de *novo* e significa nova obrigação, de acordo com suas palavras: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est cum ex precedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur, novatio enim a novo nomine acceptit, et a nova obligatione* (D. 46, 2, 1).

Tornava-se difícil para os antigos entender a cessão de contratos, uma vez que a saída de um dos sujeitos da relação contratual implicava a quebra do vínculo que unia os contratantes, conforme dito anteriormente. Nada de estranhar, pois, que GAIO afirmasse: "Por conseguinte, cessa a obrigação

mediante a novação, como se uma coisa que me desses eu promettesse entregar a Tício” (*praeterea novatione tollitur obligatio, velut si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim*). E ULPIANO, por sua vez, afirmava: na hipótese de eu dever alguma coisa, caso outro se comprometa em meu lugar, poderei ficar livre, se tal acontecer em razão da novação; fico liberado por aquele que promete pagar o que devo, ainda que eu assim não o queira (*Quod ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat. . . . liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiam si nolim*, D. 46, 2, 8, 5.º).

A célebre *Lex Poetelia* já deu um passo avante, quando determinou que as dívidas não pesariam mais sobre o corpo do devedor mas sobre seus bens. Por isso PAULO escreveu que “a substância das obrigações não acarreta prejuízo para o nosso corpo, nem escravidão, mas consiste no fato de compelir um outro a dar, fazer ou prestar alguma coisa em nosso favor” (*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum*, D. 44, 7, 3).

Isto não significava, porém, que os romanos não se utilizassem da transmissão de obrigações de um contratante para outro. Para isto serviam-se de dois expedientes: um, mediante novação ou liberação do devedor ou do credor da relação obrigacional com a finalidade de criação de outra relação; um segundo, mediante expedientes indiretos a fim de que o credor ou devedor ficasse liberado da prestação ou pudesse passar adiante o seu crédito. No caso da novação, o vínculo jurídico se extinguiu e nos vários expedientes para liberação do credor ou do devedor não havia a saída de qualquer das partes da relação processual. Adiante se voltará a este assunto.

4. Para a transmissão das obrigações e para se conseguir que uma pessoa pudesse tomar o lugar de um dos contratantes usavam eles o instituto da *delegatio*. Num dos “responso” do jurisconsulto PAULO está dito: “PAULO responde: se o credor estipulou com Semprônio com o ânimo de novar, de tal modo que a obrigação deixasse de ser exigida do devedor, o devedor posterior não poderá ficar obrigado sem o consentimento do primeiro com relação às mesmas coisas” (*Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a primo obligatione in universum disceretur, rursum eadem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse*, D. L. XLI, Tit. II, 30). ULPIANO, por sua vez, disse: “*Delegar é dar ao credor outro devedor em seu lugar, ou a quem o credor mandar. A delegação se exterioriza por proposta (stipulatio) ou por contestação judicial (litis contestatio)*”, ou, segundo suas próprias palavras: *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. Fit autem delegatio per stipulationem, vel per litis contestationem* (D. 46, 2, 11).

A *delegatio* consistia, pois, em uma pessoa (delegante) conferir o encargo ou convidar outra pessoa (delegado) para que acesse em fazer a um

terceiro (delegatário) uma promessa ou realizasse determinada prestação em nome do delegante. Em sentido mais estrito, a *delegatio* supunha um ato em razão do qual uma pessoa, que era credora de uma e devedora de outra, ordenasse que a devedora passasse a sê-lo de seu credor com prévia anuência deste (cf. FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, in *Diccionario de Derecho Romano*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1975, p. 185).

Havia *delegatio* passiva sempre que o devedor encarregava um terceiro de exigir a prestação do credor, sempre que se tratava de prestação que poderia ser exigida de outrem; o pagamento feito por terceiro ao credor liberava o devedor. No *Digesto* (D. 46, 3, 56) se lê: *qui mandat solvi, ipse videtur solvere*, pois o que mandava pagar era como se ele mesmo estivesse pagando.

A *delegatio* novativa importava na constituição de uma obrigação nova, na qual um novo devedor ou credor vinha a ocupar o lugar de um precedente. Seria ativa sempre que o credor encarregasse o devedor de prometer a mesma prestação a um terceiro. Seria passiva sempre que o devedor encarregasse um terceiro de prometer a mesma prestação a um credor. Em ambos os casos ocorria a consenso do delegado e do delegatário. Isto porque entre eles começava a existir uma nova obrigação.

Suponha-se que Tício quisesse fazer uma doação a Mévio, o qual por sua vez era devedor de Caio; se Mévio delegar a Tício fazer *donationis causa* a promessa a Caio (que a aceitava) ou que fosse pagá-la, com um único ato e num único pagamento se extinguiria a doação entre Tício e Mévio e se extinguiria a obrigação entre Mévio e Caio (D. 39, 5, 33, 3).

5. Outro instituto conhecido dos romanos era a *expromissio*, definida geralmente como promessa por si ou por outro; promessa ao credor por uma pessoa que se coloca no lugar do devedor para realizar a prestação em seu lugar, sendo, assim, forma de novação em razão da mudança de devedor (D. 46, 2, 8, 5). Em outros termos, a *expromissio* era acordo entre credor e um terceiro, que pagava, sem intervenção do devedor. Como disse ULPIANO: "Se alguém entra em acordo para pagar o que devo, tira-me um direito de ação, a não ser que por minha própria vontade se leve a efeito o acordo; livra-me da obrigação quem se compromete a pagar o que devo, ainda que contra a minha vontade" (*Non tamen, si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur, liberat me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim*, D. 46, 2, 8, 5).

6. Conforme acentuado acima, não se pode dizer que os romanos não realizavam cessão de créditos ou de direitos. Para isto existia a *procuratio in rem propriam* em razão da qual se constituía a pessoa a quem se queria ceder o crédito procurador em juízo do credor. O credor cedente, valendo-se da faculdade que concedia a lei aos litigantes de se fazerem representar em juízo, dava mandato ao cessionário para este agir contra o devedor ou

receber o crédito, dispensando-o, porém, da obrigação de devolver-lhe aquilo que tivesse recolhido. Neste caso o procurador agia por conta própria, embora em nome do cedente, e por isso mesmo se qualificava como *procurator in rem suam*.

Mediante o expediente da procuração em causa própria o credor, por meio de mandato, conferia ao procurador o poder de exigir do devedor o cumprimento da prestação. Essa prática supunha, evidentemente, que o procurador tivesse um crédito contra o mandante, mas não significava que sempre iria receber esse crédito por meio da procuração em causa própria. O mandatário poderia ver frustrado o seu intento por várias formas como, por exemplo, se o devedor pagasse diretamente ao credor primitivo, burlando a expectativa do procurador, ou, ainda, se o mandante (credor) revogasse o mandato, ou este se extinguisse devido a sua morte. Em todos estes casos, o mandatário não mais poderia recuperar seu crédito.

Para obviar esses males existiam vários remédios. O primeiro era a *denuntiatio*, que era uma espécie de notificação feita pelo credor ao devedor para que este pagasse ao procurador. Tinha por fim impedir que o cedente (credor) intentasse qualquer ação para obter o pagamento, privando o devedor de se libertar.

7. O direito romano foi aceito pelos bárbaros, que, por sua vez, o transmitiram aos povos da Europa em geral. No direito romano comum a cessão de créditos era feita também por meio do instituto da *procuratio in rem suam*. De acordo com a *interpretatio* do Código de Teodósio (2, 12, 1), “uma vez que no tocante às coisas que são possuídas os procuradores podem agir firmemente apenas contra os requerentes e não contra os possuidores, assim no caso das coisas que são exigidas de volta poderá fazer o que requer e o que pede a coisa de volta com relação aos possuidores e procuradores. Aquele que for constituído na qualidade de possuidor e de procurador de qualquer coisa... tem permissão para no caso de exigência da coisa escolher um outro procurador que, se quiser, levará avante a ação na qualidade de possuidor e transmitirá a ação a seus herdeiros e sucessores”.

Ao comentar este trecho da *interpretatio*, GARCIA AMIGO (*La Cesión de Contratos en el Derecho Español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, p. 110) observa que: “Para a cessão de créditos, pois, continua o intérprete utilizando o termo *procuratio*, enquanto que para a sucessão *mortis causa* emprega *transmittere*”. O édito de Teodorico previu duas hipóteses de substituição dos titulares da relação obrigacional por ato entre vivos: o primeiro se referia ao caso em que um terceiro paga o débito fiscal de outro, podendo, neste caso, exigir do devedor que pagou; o segundo, que estabelece, de maneira genérica, que a delegação só poderá ser realizada com o consentimento do devedor, ficando, em tal caso, obrigado com relação ao novo credor (cf. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 110).

8. Não se pode dizer, outrossim, que os antigos não conheciam o instituto da *assunção de dívidas*, que consiste na cessão de débitos. Nos países do norte da Europa, por influência germânica, além de se utilizar os institutos da *delegatio* (iniciativa do devedor) ou da *expromissio* (sem iniciativa do devedor), apareceram outros institutos. Foi o caso da *Verwandlung des Delübdes* (mutação da promessa) e da *Be* ou *Ueberweisung der Schuld* (assunção de dívida). Sobre esta figura se construiu a figura da *assignatio*, como indicação de pagamento, mas na qual não nascia qualquer vinculação entre o “assignatário” e o “assignado”, nem havia liberação do “assignante”. A *assignatio* passou a ser considerada como subespécie da *delegatio* (cf. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Atlântida Ed., 1970, p. 133). Tal figura penetrou no Código Civil austríaco de 1811 com o nome de *Anweisung*. O art. 1.400 deste Código prevê a não-liberação do cedente e o art. 1.401 trata da liberação deste, com a mesma feição moderna da assunção de dívidas. O Código Civil alemão passou a fazer distinção entre a *Anweisung* (arts. 783 e ss.), que não produzia a liberação, e a *Schuldübernahme*, em que o cedente é liberado da relação obrigacional, passando esta orientação para o Código Suíço das Obrigações (arts. 466 e ss.).

A instituição da *assignatio* está relacionada com a figura da *Ueberweisung der Schuld*, que não corresponde propriamente ao que hoje chamamos de assunção de dívidas, mas é do tipo de assunção cumulativa. Isto quer dizer que na *assignatio* não há liberação do “assignante”. Com o influxo do direito romano nos países saxônicos a *assignatio* ficou sendo considerada como subespécie da *delegatio* romana, equivalente à delegação imperfeita, isto é, sem a liberação do delegante da relação obrigacional.

A *Anweisung* ou a *assignatio* faz com que a dívida do primitivo devedor continue ao lado da dívida assumida pelo novo devedor. Daí o velho aforisma de que a assunção de dívida não equivale a pagamento (*Anweisung ist keine Zahlung*), formulado em contraposição aos velhos aforismas da Glosa: *delegatio est solutio*, bem como este outro: *in delegatio ne semper inest novatio*. Mas, conforme acentua MOTA PINTO (*op. cit.*, p. 133, nota 1), “tal contraposição não significa, porém, que a *assignatio* ou a *Anweisung*, não sendo uma forma de pagamento e, conseqüentemente, uma novação, seja uma forma de sucessão da dívida. *Anweisung ist keine Zahlung*, no período do direito comum, visto que a dívida do devedor originário subsiste ao lado da obrigação cumulativamente assumida pelo novo devedor e, portanto, não há nenhuma extinção objetiva — como no caso da novação — ou subjetiva — como no caso da sucessão nas dívidas — da obrigação do devedor originário”.

Na Itália surgiu o instituto denominado *accollo* para o fim específico de transmissão de dívidas. A Sacra Rota Romana assim definiu o instituto: “O *accollo* é a sub-rogação no lugar do devedor com os mesmos benefícios e encargos e é a assunção de obrigação alheia.”

9. Mesmo após a queda do Império Romano, o *Corpus Juris Civilis* continuou a influenciar todo o Ocidente. Aos poucos, porém, o mundo dos negócios foi criando dissociação entre a aplicação das normas que os romanos nos legaram e a realidade. No campo específico dos contratos, continuaram a existir a teoria da novação, para a substituição de uma das partes, com base na *expromissio* e na *delegatio* e, de outro, a utilização do estratagema do negócio indireto para se conseguir a substituição da parte com o fim de se evitar a novação. Mesmo na época dos glosadores a tese da intransmissibilidade da obrigação continuou a predominar.

Na época das grandes navegações, com a intensificação do comércio entre os povos, a circulação do crédito começou a se tornar realidade. Desenvolveu-se a prática da utilização de títulos de crédito com a finalidade de se mobilizar a riqueza. Através deles comercializavam-se os bens situados em lugares distantes. A cessão de contrato teve grande desenvolvimento em razão das operações de importação e exportação de mercadorias, em regime de livre concorrência, sobretudo porque a transferência do contrato, sem a transferência física da mercadoria, é expediente muito mais prático e, além disso, porque o cedente se libera da prestação perante o cedido. Na Itália, os comerciantes de cereais se serviram dos chamados *stabiliti*, que eram títulos à ordem anexados ao contrato de compra e venda, emitidos pelo vendedor que se obrigava a entregar a mercadoria ao portador do título que demonstrasse ser o titular, depois de uma série de endossos, de tal modo que o possuidor realizaria a contraprestação correspondente, isto é, pagaria o preço da mercadoria (M. ANDREOLI, *La Cessione del Contrato*, Madrid, 1956, p. 1; idem RAMELA, "La cessione dei contratti", in *Le Società per Azioni*, no artigo intitulado *La cessione dei contratti nel commercio di esportazione*, 1928, p. 29).

Difícilmente se consegue reconstituir a história de um instituto porque antes mesmo de sua aceitação pelo direito a sociedade já o utilizava constantemente. Como se viu, a cessão de contratos surgiu, praticamente, com a própria troca de coisas e durante séculos existiu sob os mais variados aspectos. Só recentemente os códigos se preocuparam com o tema. A razão do pouco caso atribuído à cessão de contratos deve-se ao fato de se utilizar, na prática, o instituto da cessão de créditos unido à novação para preencher a lacuna legislativa a respeito da matéria. Os alemães tomaram a iniciativa de sintetizar o assunto. Os juristas daquele país já perceberam que a cessão de contratos não implica somente na transferência de créditos e débitos. Importa, também, em outro tipo de efeito, como, por exemplo, na transferência de direitos potestativos, de sujeições, de direitos secundários etc., os quais não se transmitem pela simples justaposição de cessão de créditos unida à assunção de dívidas.

Uma das dificuldades encontradas pelos estudiosos da matéria está na concepção romana da impossibilidade de se admitir a sucessão da dívida

e do crédito a título singular. A sucessão foi posta no Código de Napoleão, que teve marcante influência em quase todos os códigos do Ocidente, sob o aspecto da sucessão universal e é esta a razão pela qual países como a França ainda hoje relutam aceitar a sucessão na dívida.

Esquematisando o que já foi dito na doutrina a respeito da transmissão de direitos e obrigações, poderíamos chegar a este quadro:

a) há autores que se apegaram à teoria da intransmissibilidade romana, à maneira dos civilistas franceses, especificamente POTHIER, e entre nós LAFAYETTE (Direito das coisas, § 25), o qual aceitava a consequência extrema de encarar o cessionário como um simples representante do cedente;

b) há os que distinguem o direito, de um lado, e exercício do direito, do outro, para deferir aquele ao cedente e este ao cessionário (MUHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, 1821; *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, n. 2);

c) há autores italianos e alemães que admitem que o cessionário exerce direitos próprios pela transmissão definitiva que a ele se faz de todos os direitos do cedente, sendo esta doutrina defendida entre nós principalmente por LACERDA DE ALMEIDA (*Obrigações*, Porto Alegre, 1897; 2.ª ed., Rio, 1916, § 13 e nota D).

Na Alemanha predominou a doutrina de que a cessão de contratos faz passar para o cessionário todos os direitos e todos os deveres do cedente. A discussão está, somente, em se saber se a transmissão se dá de maneira unitária (H. SIBER — *Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 70 pp. 294 e segs., publicado em 1920) e, de outro, se a transmissão se dá de maneira composta, atomística, isto é, a cessão de contratos importaria numa cessão de créditos e numa transmissão singular de dívidas (H. DEMELIUS, *Vertragsübernahme*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, n.º 72, pp. 242 e segs., publicado em 1922).

10. Em obra sobre este tema GARCIA AMIGO dividiu os Códigos modernos em três categorias: aqueles que admitem expressamente a cessão de contratos; aqueles que a admitem implicitamente e aqueles que se apresentam com configuração dúbia.

A) *Códigos que admitem expressamente a cessão de contratos.* A partir de 1940, certas legislações começaram a reagir positivamente diante das pesquisas feitas pelos estudiosos sobre o instituto. O mais conhecido de todos é o Código Civil italiano, de 1942. Em seu art. 1406 fornece o conceito de cessão de contratos nestes termos: "Cada uma das partes contratantes pode fazer-se substituir por um terceiro nas relações que deri-

vam de um contrato com prestações recíprocas, desde que estas ainda não tenham sido cumpridas, contanto que a outra parte o consinta.”

Portugal também passou a adotar o instituto, no Código Civil de 1967, cujo art. 424 prevê a cessão de contratos à maneira dos italianos, isto é, o contrato há de ser bilateral e o cedido deverá consentir na cessão. O art. 425 foi mais a fundo, estabelecendo a forma de transmissão, a capacidade de dispor e receber, a falta e vícios da vontade e as relações entre as partes etc.

B) *Códigos que admitem implicitamente a cessão.* Enquadram-se, aqui, todos aqueles sistemas que admitem não só a cessão de créditos como a assunção de dívidas, mas sem possuírem uma regulamentação específica para a cessão de contratos.

Esta parece ser a posição da equipe que redigiu o Projeto de Código Civil brasileiro, atualmente em gestação no Congresso, pois incluiu o instituto da assunção de dívidas, que não constava no Código de 1916, ao lado da cessão de créditos. Nesta mesma linha se situam os códigos da Alemanha, da Suíça (1911), da Áustria (redigido em 1807, mas reformado, no ponto que nos interessa, em 1917), da Rússia (de 1922), do México (de 1928).

C) *Códigos em que há lacuna.* Há sistemas que não regulam a assunção de dívidas nem a cessão de contratos. Por outro lado, regulam a cessão de créditos e a sub-rogação. Neste caso, o primeiro problema está em saber se haveria possibilidade de ocorrer a assunção de dívidas em casos particulares. Como a cessão de contratos envolve, também, a transferência de dívida, surge a questão de se saber se tais sistemas admitiriam a própria cessão de contratos. Esta, evidentemente, é questão teórica, pois não se pode desconhecer que também nesses países há diariamente inúmeros casos de cessão de contratos.

Enquanto os países cuja legislação trata expressamente da cessão de contratos estão liderados pela Itália, os países que admitem implicitamente a cessão têm à sua frente a Alemanha, neste terceiro grupo há influência decisiva da França.

A tendência moderna é no sentido de se admitir o instituto da cessão de contratos de maneira expressa. Até mesmo o Código de Napoleão, que representou uma volta às origens romanas, foi obrigado a admitir a cessão de contratos como se vê no seu art. 1.717, que previu a possibilidade de o arrendatário sublocar ou, ainda, de ceder o arrendamento a terceiros, exceto se o contrário tiver sido acordado. O Código Civil brasileiro tem dispositivo semelhante a este (art. 1.201) e quem lê CLOVIS BEVILÁQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 7. tir., ed. histórica, Ed. Rio, 1958, v. 4, p. 308) percebe a dificuldade encontrada por ele para comentar este artigo justamente por não ter aceito a teoria da cessão da posição contratual como instituto autônomo.

A jurisprudência brasileira vem reagindo à sistemática do Código Civil. Cito, a título de exemplo, um julgado do Tribunal de Alçada de São Paulo, no qual se disse: "Não se olvide que a cessão de crédito, expressamente autorizada pelos arts. 1.065 a 1.078 do Código Civil, distingue-se nitidamente da cessão de contrato. Naquela, opera-se apenas substituição do titular ativo ou passivo da obrigação. Na cessão de contrato, ao inverso, envolve-se um complexo, um todo unitário, em que se interligam direitos e obrigações. Como ensina o Prof. DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE (*Contrato*, Cap. XIII, n. 108, p. 239), aí não basta a manifestação de vontades do cedente e do cessionário, tornando-se indispensável o assentimento do co-contratante (credor) do cedente. A cessão será, pois, negócio a três, plurilateral, não apenas bilateral" (Ac. un. da 3.<sup>a</sup> Câ. Civ. do TACSP, de 30-8-61, AC 44.872-SP, Rel. Juiz Cruz Neto, TR, 321:395).

A finalidade deste trabalho consiste em apelar para a sensibilidade dos estudiosos da matéria, a fim de que canalizem sua influência para a introdução no novo código brasileiro, que está por ser apreciado pelo Congresso, do instituto da cessão de contratos.

A criação deste instituto e sua regularização por lei trariam inúmeras vantagens. Algumas dúvidas ainda hoje pairam no momento em que as partes tentam interpretar um contrato. Se a lei previr, por exemplo, que o cedente fica liberado da relação contratual, desaparecerá uma das fontes de dúvidas que hoje trazem sérias conseqüências, pois o cedido quer ter sempre ação contra o cedente. Quando alguém pretende ceder um contrato, deseja, concomitantemente, deixar a posição que ocupa e liberar-se do cumprimento das obrigações que assumiu para com o cedido. Neste caso, é melhor ceder a inteira posição contratual do que simplesmente elaborar uma cessão de créditos, como é comum na prática do dia-a-dia.

A admissão da cessão de contratos auxiliaria na intermediação comercial. Ao invés de comprar mercadorias para vendê-las a um terceiro, cederia o intermediário sua posição contratual e o cessionário passaria a responder diretamente perante o produtor, como acontece na chamada venda de contratos em Bolsa de Mercadorias. Como se sabe, a cessão da posição contratual é largamente utilizada nas exportações, pois com isto se evita toda e qualquer dificuldade relacionada com a tradição da mercadoria.

A adoção do instituto da cessão de contratos de maneira regulamentada haveria de possibilitar vantagens, também, para o cessionário. A cessão de contratos tem grande vantagem com relação ao sistema tradicional da simples cessão de créditos, uma vez que o cessionário passa a responder sozinho perante o cedido, sem sofrer influência do cedente. O comportamento do cedente influencia, e muito, o cessionário nas cessões de créditos, como, por exemplo, no caso da *exceptio non adimpleti contractus*, pois o cedido pode tomar atitudes em relação ao cessionário pelo fato de o cedente não cumprir o contrato. Isto jamais acontecerá com a cessão de contratos.

Passando a ocupar o lugar do cedente, o cessionário receberá certos poderes que não teria mediante simples cessão de créditos. Um desses poderes é o de resolução do contrato no caso de o cedido não cumprir a sua parte. Tal poder não lhe seria dado se apenas tivesse recebido créditos do cedente.

Outra vantagem é com relação aos contratos onerosos, já que o cessionário, passando a ocupar o lugar do cedido, terá direito de pleitear a redução do preço.

11. O âmbito restrito de um artigo não permite maiores considerações acerca da matéria. Tenciono colaborar para a melhoria do projeto do novo código, sugerindo, *de lege ferenda*, as seguintes normas:

11.1 — *Conceito de cessão de contratos*. Embora seja daqueles que entendem dever a lei evitar “definições”, por se tratar de um comando para o comportamento das pessoas e não para a solução de questões escolares, o conceito, neste caso, já envolve um comando. A sugestão é a seguinte: *cessão de contrato é o negócio jurídico que tem por objetivo a transferência por uma das partes (cedente) a um terceiro (cessionário), com a anuência da outra parte (cedido), da posição contratual*.

Entre as muitas considerações que esta definição, ou semelhante, poderia ensejar, dois pontos ficariam incontroversos: primeiramente, a cessão exigiria a anuência da parte que fica na relação contratual; em segundo lugar, consagraria a tese central que embasa o instituto, a saber, não se transferem apenas créditos e débitos, mas a própria relação contratual.

Poder-se-ia, ainda, completar a definição acrescentando-se a referência ao “contrato bilateral” e ao fato de o contrato ainda não ter sido cumprido, na mesma linha do Código Civil italiano, em cujo art. 1.406 se lê: “cada parte poderá fazer-se substituir por um terceiro nas relações provenientes de um contrato com prestações recíprocas, desde que estas ainda não tenham sido exigidas e desde que a outra parte dê sua anuência.”

11.2 — *Requisitos da cessão de contratos*. Para que haja cessão de contrato são necessários certos requisitos, tais como:

11.2.1 — que o contrato a ser cedido seja bilateral, exigindo, portanto, que cada uma das partes contratantes seja, ao mesmo tempo, credora e devedora da outra;

11.2.2 — qualquer uma das partes poderá proceder à cessão, uma vez que predominam no contrato o princípio da autonomia da vontade e o princípio da igualdade das partes;

11.2.3 — anuência da outra parte, já que o contrato é vínculo que liga a vontade de uma das partes à da outra;

11.2.4 — o contrato a ser transferido não estar extinto, nem suas cláusulas completamente cumpridas.

11.3 — *Forma de cessão de contratos*. Sobre este tema várias observações se tornam importantes:

11.3.1 — quanto à anuência do cedido, a cessão de contratos poderá ser efetuada:

- a) com prévia anuência da outra parte;
- b) com anuência posterior.

Embora a outra parte tenha que dar seu consentimento, nada impede que já ao se estipular o contrato este ponto seja previsto. Isto permitiria, até, que o contrato pudesse circular como se fosse um título de crédito, por meio de endosso, tendo-se em vista a agilização que certos tipos de operações estão a exigir.

Se o consentimento do outro contraente já estiver previsto no contrato ou mesmo for decorrente de lei, a cessão de contratos só produzirá efeitos após a ciência do cedido. Com esta norma se evitaria o problema do tempo dos romanos, a saber, o contratante pagar à outra parte e o cessionário vir a pagar a mesma quantia novamente.

11.3.2 — Quanto à vontade das partes, a cessão de contratos poderá operar-se:

- a) por convenção celebrada entre as partes;
- b) por imposição legal.

Nada mais justo, por exemplo, que um mutuário do SFH possa ceder seu contrato para um terceiro, desde que obedecidos certos requisitos, por simples endosso do contrato celebrado com a financeira.

11.3.3 — Quanto à liberação do cedente, a cessão poderá ser:

- a) com liberação completa do cedente em relação ao cedido;
- b) sem liberação do cedente, cuja responsabilidade torna a surgir caso o cessionário não cumpra as obrigações assumidas;

c) mediante endosso de um documento no qual constem todos os elementos do contrato.

O Código Civil italiano foi pioneiro nesta questão, prevendo seu art. 1.407 que se todos os elementos do contrato constarem de um documento no qual se insere a cláusula à ordem, ou semelhante, a circulação do documento produzirá a substituição do cessionário na posição do cedente. É a aplicação da doutrina da circulação de créditos, no sistema cartular, que foi aplicado à relação contratual em si mesma.

11.4 — *Regime jurídico da cessão de contratos.* Entendo que deverá valer a mesma regra do Código Civil português (art. 425.º), a saber, as relações entre as partes devem obedecer às normas que regulam o tipo de negócio que serve de base à cessão. Diz o referido dispositivo: “A forma de transmissão, a capacidade de dispor e de receber, a falta e vícios da vontade e as relações entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que serve de base à cessão.”

11.5 — *Relação entre cedente e cessionário.* A primeira consequência da cessão se resume na substituição do cedente pelo cessionário, de tal modo que este venha a ocupar a mesma posição que antes era ocupada pelo cedente. É nisto que consiste exatamente a cessão de contratos.

A cessão se opera pela *traditio*. O meio de transmissão de coisas móveis, no direito pátrio, é a tradição da coisa. Na teoria da cessão de créditos o art. 1.070 do Código Civil atual determina que, se ocorrerem várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título de crédito cedido. É evidente que a cessão de contratos não significa a simples tradição do instrumento de contrato, mas da posição contratual, de tal modo que a tradição, no caso, poderá ser por endosso no contrato-base, se for o caso, ou por negócio jurídico, em separado.

O cedente deveria ficar obrigado a entregar ao cessionário todos os documentos que têm relação com o contrato-base como, por exemplo, os títulos que receberam os créditos do contrato que está sendo cedido.

O Projeto de Código Civil já prevê, no art. 422, a necessidade de as partes envolvidas agirem de boa fé, quando afirma: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”. A mesma regra poderia ser invocada para a cessão de contratos. Por isso mesmo, a primeira garantia a ser dada pelo cedente é a da existência do contrato-base, pelo simples fato de que não se cede o que não se tem. Além do mais, conforme dito acima, o contrato a ser cedido não pode estar totalmente cumprido. Com razão o art. 1.410 do Código Civil italiano quando afirma: “O cedente está obrigado a garantir a validade do contrato.”

Entre a parte que se retira da relação contratual e o terceiro que ingressa nessa mesma posição, alguns requisitos devem ser observados, principalmente os seguintes:

1.º — o cedente é responsável pela existência e validade do contrato e pela própria posição contratual que pretende transmitir;

2.º — qualquer garantia que o cedente se comprometa a dar, mesmo depois de deixar a relação contratual, deverá ser convencionada;

3.º — caso o cedente assuma a obrigação de cumprir o contrato, ao lado do cedido, sua garantia será fidejussória em relação ao contraentecedido.

11.6 — *Relações entre cedente e cedido*. Dever-se-á observar o seguinte:

11.6.1 — por princípio, o cedente fica livre de cumprir as obrigações que tinha em relação ao cedido, desde o momento em que ocorrer a sucessão pelo cessionário;

11.6.2 — se ficar assentado que o cedente não deverá ficar liberado de todo das obrigações assumidas, poderá agir contra ele, quando o cessionário não cumprir o contrato, na mesma linha do que ficou estabelecido, portanto, no art. 1.408 do Código Civil italiano. Neste caso, o cedido deverá cientificar o cedente sobre o inadimplemento do cessionário dentro de quinze dias a partir da sua ocorrência;

11.6.3 — torna-se necessário que haja consentimento do cedido a fim de que a cessão se realize. Esse consentimento poderá ser anterior ao negócio jurídico ou no momento da cessão. Nos casos em que a própria lei previr a cessão, a transferência ocorrerá sem que se peça a anuência do cedido, pois supõe-se que ele já tenha celebrado o contrato ciente de que a outra parte estaria autorizada por lei a proceder à transferência do contrato sem seu consentimento no momento da transmissão.

11.7 — *Relação entre o cedido e o cessionário*. A respeito desta matéria deverão ser observados os seguintes requisitos:

11.7.1 — o cedido tem o direito de opor ao cessionário as exceções provenientes do contrato;

11.7.2 — o cedido não poderá opor ao cessionário as exceções baseadas em outras relações com o cedente, que não as provenientes do contrato, a não ser que tenha convencionado o contrário.

Com esta colaboração espero ter chegado ao ponto mais avançado da teoria da cessão de contratos. Um código moderno não se pode furtar ao trabalho de definir e regular instituto que surge, agora, mais que nunca, amparado pela maioria da doutrina a qual se reporta não a mera cessão de créditos ou a assunção de dívidas mas à cessão da própria posição contratual.

# A atividade pesqueira e suas implicações jurídico-penais

LICÍNIO BARBOSA

Livre-Docente de Direito Penal. Professor Titular das Universidades Federal e Católica de Goiás. Membro da "Société Internationale de Défense Sociale". Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Uma visão geral da atividade pesqueira.* 3. *A pesca e o equilíbrio ecológico.* 4. *A disciplina jurídica da pesca.* 5. *Aspectos extrapenais da atividade pesqueira.* 6. *O equilíbrio ecológico, a pesca e o Direito Penal.* 7. *As implicações jurídico-penais da atividade pesqueira.* 8. *A pesca e a futura Constituição.* 9. *O futuro Código Penal e a disciplina da atividade pesqueira.* 10. *Apreciação final.*

### 1. *Introdução*

Desde o quarto dia da criação, quando Deus, na visão genesiaca de Moisés, mandou que as águas produzissem cardumes de peixes, e as aves voassem no firmamento — a atividade pesqueira tornar-se-ia uma das profissões mais fascinantes. De um lado, o espetáculo das águas doces ou salgadas, no mistério de sua profundidade, o seu marulho suave ou a sua porroca estrepitosa. De outro lado, a magia das redes e dos anzóis, dos espinhéis e das tarrafas atiradas no pélagos, nos lagos ou nos rios, ora como meio de subsistência, ora como simples recreação. Toda essa faina projetada, no espírito do homem, uma forte imagem arrebatadora, romantizada pelo legendário canto traíçoero das sereias sedutoras.

Tanto que, a antiguidade mais remota está repleta de lendas encantadoras que tomam os rios e os mares como cenário, de que a Odisséia de Homero é uma das mais belas ilustrações, na mitologia helênica.

Por sua vez, o Livro Sagrado registra, em inúmeras passagens, o fenômeno da pesca como profissão ou mero lazer, sempre uma significação toda especial.

No Antigo Testamento, Isaías, na profecia sobre o Egito, previa que “as águas do Nilo minguarão”, e que “os pescadores gemerão”, e “lamentarão todos os que lançam anzol” no grande rio; “e desfalecerão os que estendem rede sobre as (suas) águas” (1).

Já o profeta Jeremias, na predição do cativo e da libertação de Israel, previa que o Senhor mandaria virem “muitos pescadores” para pescar o povo opressor; e, também, “muitos caçadores, os quais os caçarão de todo monte, e de todo outeiro, e até das fendas das rochas” (2).

EZEQUIEL, falando sobre a torrente das águas purificadoras, preconizava que elas “saem para a região oriental e, descendo pela Arabá, entram no Mar Morto, e ao entrarem nas águas salgadas, estas se tornarão saudáveis. E por onde quer que entrar o rio, viverá todo ser vivente que vive em enxames, e haverá muitíssimo peixe; porque lá chegarão estas águas, para que as águas do mar se tornem doces; e viverá tudo por onde quer que entrar este rio. Os pescadores estarão junto dele; desde En-Gedi até En-Eglaim, haverá lugar para estender as redes; o seu peixe será, segundo a sua espécie, como o peixe do Mar Grande, em multidão excessiva” (3).

Também Amós, prevendo o castigo a Israel por causa da opressão aos pobres, vaticinava:

“Jurou o Senhor Deus, pela sua santidade, que dias estão para vir sobre vós, em que vos levarão com anzóis; e aos que sairdes por último, com anzóis de pesca” (4).

O Novo Testamento ensina que o apostolado do Evangelho surgiria à beira do mar, de pescadores, o Cristo subindo ao barco de Simão, e mandando a este e a André que lançassem as redes ao mar, malgrado haverem estes passado, insones, toda a noite, sem colherem um pescado sequer: “E feito isto, apanharam uma grande quantidade de peixes, de modo que as redes se rompiam”; e “acenaram, então, aos companheiros que estavam no outro barco, para virem ajudá-los”; e eles vieram e encheram os barcos, “de maneira tal que quase iam a pique” (5).

De tal sorte o peixe e a pesca permeiam a Boa Nova que Mateus diz, a certa altura de sua narrativa messiânica, que “o reino dos céus é seme-

(1) Isaías, 19:5 e 8.

(2) Jeremias, 16:16.

(3) Ezequiel, 47: 8 a 10.

(4) Amós, 4:2.

(5) Lucas, 5: 1 a 7.

lhante a uma rede lançada ao mar, (e) que apanhou toda espécie de peixes; e, quando cheia, puxaram-na para a praia; e, sentando-se, puseram os bons em cestos; os ruins, porém, foram lançados fora” (6).

Tal a importância emprestada por Jesus aos titulares da atividade pesqueira que, dirigindo-se a Simão Pedro, a seu irmão André, e a Tiago e João, filhos de Zebedeu — que, empolgados com a pletera de peixes nas redes repletas, seguiam o Mestre —, este lhes prometeu transformá-los de pescadores de peixes em pescadores de homens, resgatando as almas de homens simples, para o reino dos céus (7).

E é ainda o peixe que o Nazareno escolhe para o milagre da multiplicação de que falam os escribas sagrados: Mateus, Capítulo 14, versículos 13 a 21.

Na literatura moderna, o fascínio da atividade pesqueira está, eloqüente, no clássico *The Old Man and the Sea*, em que HEMINGWAY põe toda a magia de seu estro, ao descrever a luta entre a obstinação do pescador solerte e a resistência do peixe esquivo.

E, entre nós, ressoa, mágica, nos desvãos da alma, a voz do cancionista popular, os versos de CAYMI cantando o drama e a tragédia do jangadeiro, cristalizados nas figuras de Chico, Ferreira e Bento, cuja jangada saiu com essa legendária trindade de pescadores, mas voltou só, sem eles e sem peixe, tragados pelas ondas do mar.

## 2. *Uma visão geral da atividade pesqueira*

Tradicionalmente artesanal, a atividade pesqueira se foi, com a revolução industrial, paulatinamente, sofisticando. Tanto assim que, hoje, cerca de metade da produção pesqueira, no País, advém da pesca mecanizada, quer se trate de alimento, ou se destine a ornamento.

Com efeito, o Brasil detém um dos maiores mananciais de peixe, tanto de água doce, quanto de água salgada.

O magistério de Eurico Santos informa serem estes os principais peixes de água doce, que se prestam à alimentação: o aruaná, o pirarucu, a turvina, o itu, o saporó, o pirá-tamanduá, o muçum, o aracu, o chimboré, a curimatã, o dourado, o jeju, o lambari, a matrinchã, o matupiri, o morobá, o pacu, a piabanha, o piabuçu, a piapara, o piau, o piquira, a piracanjuba, a pirapitinga, o pirarucu, a piraputanga, o saguiru, a tabarana, o tambaqui, o tambiu, a traíra, o ituí, o sarapó, a sapopema, o pirá, o tamanduá, a tuvira, o poraquê. Peixes de couro: o acari-cachimbo, o anduíá, o anhá, o anujá, o bacu, o bagre, o cambeva, o candiru, o gangati, o carataí, o

(6) Mateus, 13: 47 e 48.

(7) Marcos, 1: 16 e 17.

Mateus, 4: 18 a 21.

cuiu-cuiu, o dourado, o fidalgo, o guacari, o jaú, o jundiá, o jurupoca, o mandi, o mandijuba, o mandubé, o mapará, o pacamão, o peixe-gato, o pirá, o piracatinga, o piraiíba, o piramutaba, o piranambu, o pirapeuaua, o pirarara, o pirauacá, o rabeca, o surubim, o tamboatá. Peixes de menor porte: o tralhoto, a gambúsia. E outros espécimes: o piracupu, o acará, o apaiari, a joaninha, o jacundá, o jacarenguena, o tucunaré o linguado, o muçurango. E um peixe que quase tem pulmões: a pirambóia <sup>(8)</sup>.

Dentre os peixes ornamentais de água doce, destacam-se: o agramites, o acará-bandeira, o anostomus, o aracu, o arari, o barraruá, o boari, o braço-de-moça, o catalina, o copeína, o cruzeiro-do-sul, o dianema, o disco-heckel, o favorela, o reco-reco, o tetracardinal, o trifasciatus <sup>(9)</sup>.

A costa brasileira, por sua vez, apresenta fauna ictiológica extremamente variegada. Eis os principais espécimes, no testemunho insuspeito de Eurico Santos: a sardinha, a savelha, a manjuba, o camurupim, o ubarana, o guarijuba, o caramuru, a tainha, a curimã, a parati, o peixe-rei, a bicuda, a merluza, o jaguaruçá, o peixe-galo, a garoupa, o badejo, a mulata, a caranha, o baúna, o garganta-de-ferro, o salema, o roncador, o caicanha, o carapicu, o carapeba, o caratinga, o guete, a pescada, o cangoá, a corvina, a piraúna, a maria-nagô, a oveva, o salmonete, o bijupirá, o guaivira, o piloto, o olho-de-boi, o xixarro, o xarelete, o guaranjuba, o aracanguira, o sernambiguara, o pargo, o sargo, o marimbá, o soldado, o paru, o olho-de-cão, o namorado, o tanduju, o piragica, a enxova, o peixe-espada, o muzundu, a cavala, a sororoca, o bonito, a alcabora, o espadarte, o peixe-macaco, o mangangá, o baiacu, o peixe-porco, o peixe-pescador, o peixe-doutor <sup>(10)</sup>.

Na exportação, tem-se destacado as seguintes variedades: a anchova, o arenque, o atum, o badejo, o bagre, o biquara, o cação, o calamar, o cioba, a corvina, a curimatã, o dourado, a enchova, o filhote, a garoupa, o jaraqui, a lagosta-cabo-verde, o lambari, o linguado, o marisco, a matrinchã, o mandi, a merluza, o mexilhão, a ostra, o peixe-rei, o piau, o pirarucu, o polvo, o rosado, a sardinha, o siri, a tainha, a tilápia, a truta, a viola, o xaréu <sup>(11)</sup>.

O pescado brasileiro não revelou significativa exportação, como seria de esperar-se, considerado o grande potencial ictiológico de nossas águas costeiras e interiores. Para se ter uma idéia desse lento avanço na exportação pesqueira, basta que se tenha em mente que, no ano de 1943, o Brasil exportava 123.079 toneladas de pescado; em 1953, 160.677 toneladas; em 1963, 421.000 toneladas; em 1973, 698.802 toneladas; e em

(8) In *Peixes de Água Doce — Vida e Costumes dos Peixes do Brasil*. Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1981. pp. 27 usque 172.

(9) "Guia de Exportadores Brasileiros de Produtos Pesqueiros", publicação SUDEPE, Brasília, 1983, p. 15.

(10) In *Nossos Peixes Marinhos*. Belo Horizonte, Itatiaia, 1982, pp. 68 usque 234.

(11) "Guia de Exportadores Brasileiros de Produtos Pesqueiros." *Op. cit.*, pp. 11 usque 14.

1981, 833.162 toneladas. O que expressa uma média anual de crescimento, nessas últimas quatro décadas, de apenas 5,42%.

Desses quantitativos, os peixes propriamente ditos participaram com o total de 717.478 toneladas, das quais 187.151 toneladas oriundas de água doce, e 530.322 toneladas de peixes oriundos de água salgada; 83.151 compreendendo crustáceos, dos quais 10.118 de água doce e 73.032 de água salgada; 8.127 de moluscos, todos eles de água salgada; 94 toneladas de quelônios — 37 t de água doce, e 57 de água salgada; 4.508 de cetáceos — 14 t de água doce, e 4.494 oriundos de água salgada; e 19.804 de pescado não identificado, sendo 32 t originárias de água doce, e 19.773 de água salgada.

Dentre os *crustáceos*, destacam-se: o camarão, a lagosta, o caranguejo e o siri; dentre os *moluscos*: o polvo, a lula, o marisco, a ostra; dentre os *quelônios*: a tartaruga, a tracajá; e dentre os *cetáceos*: a baleia e o peixe-boi.

Nos anos setenta, porém, o esforço de produção de pescado, no País, apresentou-se com certa regularidade:

I — a Região *Norte*, compreendendo Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá, contribuiu, em 1970, com 53.778 t, e em 1979, com 90.869 t, destacando-se o *Pará* com 31.294 t, em 1970, e com 69.503 t, em 1979;

II — a Região *Nordeste*, compreendendo o Maranhão, o Piauí, o Ceará, o Rio Grande do Norte, a Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia, contribuiu com 133.095 t, em 1970, e com 164.095 t, em 1979, com especial relevo do *Maranhão*, que, em 1970, produziu 52.526 t, e 60.566 t, em 1979;

III — a Região *Sudeste*, composta de Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo, com a produção de 154.321 t, em 1970, e 280.966 t, em 1979, especial realce merecendo o Estado do *Rio de Janeiro*, com uma produção de 72.804 t, em 1970, e de 178.361 t, em 1979;

IV — a Região *Sul*, ou seja, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, com a produção global de 182.811 t, em 1970, e 317.501, em 1979, sendo que, em 1970, o líder na produção foi o *Rio Grande*, com 117.771 t, e, em 1979, *Santa Catarina*, com 227.605 t, deixando o *Rio Grande* (com apenas 87.216 t) em segundo lugar; e, por fim,

V — a Região *Centro-Oeste* — Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás, com a produção de 2.287 t, em 1970, e 4.752 t, em 1979, sendo que, em 1970, antes da divisão territorial, Mato Grosso se apresentava com a produção de 2.147 t; e, após a divisão, já em 1978 *Mato Grosso do Sul* tomava a dianteira da produção de pescado sobre o norte, com 2.318 t contra 2.300 t de Mato Grosso; liderança confirmada no fim da década, com 2.513 t para Mato Grosso do Sul contra 2.094 t para Mato Grosso.

Goiás, em 1970, produziu apenas 140 t, contra 145 t em 1979. Possivelmente, a preocupação com o equilíbrio ecológico tenha motivado, em parte, esse imenso desnível<sup>(12)</sup>.

### 3. A pesca e o equilíbrio ecológico

Na feliz expressão de FÁBIO NUSDEO, “pode-se definir de maneira sintética a ecologia como o estudo dos sistemas biológicos de interdependência. Mais especificamente, ela é vista, modernamente, como uma das áreas especializadas da biologia, cujo objeto é o estudo das inter-relações entre os organismos e o ambiente que os circunda ou, no dizer de Eugene Odum, o estudo da estrutura e função da natureza”<sup>(13)</sup>.

A ecologia, pois, pressupõe a interação de seres vivos ou não, formando um determinado ambiente, adaptando-se mutuamente, através de um fenômeno anímico que se poderia aplicar, perfeitamente, ao reino da natureza — a tolerância.

EUCLIDES DA CUNHA anteviu, lucidamente, esse fenômeno, no plano sociológico, ao assinalar que “viver é adaptar-se”<sup>(14)</sup>. Porquanto, sem essa *adaptação*, somente possível através da tolerância recíproca, não se concebe a sobrevivência num ecossistema.

A propósito, ensina, com simplicidade, a Prof.<sup>a</sup> MARIA CAVALCANTE MARTINELLI:

“O conjunto das comunidades vivas de uma região e mais todos os elementos sem vida daquele ambiente formam um *ecossistema*”<sup>(15)</sup>.

E acrescenta, didaticamente:

“Os ecossistemas podem ser muito pequenos, como por exemplo, uma poça de água doce, ou muito grandes, como o deserto de Saara ou o Oceano Atlântico. Esse lugar específico é o seu *habitat*. Dentro, porém, de um mesmo *habitat*, cada indivíduo tem um lugar determinado relacionado com seu papel na comunidade: é o seu *nicho ecológico*”<sup>(16)</sup>.

No plano social, THOMAS JEFFERSON, numa visão de estadista, assinalava, referindo-se aos Estados Unidos da América, consoante o testemunho de J. L. McHUGH:

“Se este grande país já não fosse dividido em Estados, tal divisão deveria ser feita, para que cada um pudesse fazer por si

(12) “Guia de Exportadores Brasileiros de Produtos Pesqueiros”. *Op. cit.*, p. 19.

(13) In verbete “Ecologia-I”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 29, p. 488.

(14) In *Os Sertões*. Rio, Livr. Francisco Alves, 1957, 25ª ed., p. 106.

(15) In *Ecologia — Ciência para a Nova Geração*. Goiânia, Edit. da UFG, 1984, p. 85.

(16) *Idem*, *ibidem*, *loc. cit.*

próprio o que lhe interessa diretamente e o que é capaz de fazer melhor do que uma autoridade distante. Cada Estado é por sua vez dividido em condados, para que cada um cuide do que fica dentro de seus limites locais; cada condado por sua vez em distritos, para que cada um administre os detalhes menores; e cada distrito em fazendas, para que cada uma seja governada por seu proprietário individual” (17).

Daí a interpretação do Prof. J. L. McHUGH, autoridade em recursos marinhos no “Centro de Pesquisa de Ciências Marinhas” da Universidade do Estado de Nova Iorque, em Stony Brook, afirmando que

“A pesca nos Estados Unidos aderiu de maneira bastante rígida à forma do jeffersonianismo, se não inteiramente às suas práticas” (18).

E explica:

“As leis e regulamentos de pesca, assim como a sua aplicação, continuaram sendo de responsabilidade dos Estados individuais e em alguns casos dos condados ou mesmo das cidades. A maioria dos Estados tem administrações separadas para pesca de água doce, que é principalmente recreativa, e para pesca marinha, que é principalmente comercial no peso total colhido, mas tem importantes e crescentes elementos recreativos” (19).

É a preocupação com os ecossistemas ictiológicos, levada a suas últimas conseqüências.

Em verdade, no misterioso mundo dos mares, lagos, lagoas, rios, riachos e córregos, toda a ambiência, compreendendo o plâncton, o nécton e o bentos — cada qual com suas peculiaridades, do macro ao microorganismo —, tem as suas peculiaridades que devem sempre ser respeitadas. Aí, mais uma vez se evidencia o aforismo de LAVOISIER, segundo o qual na obra da natureza nada se cria, nada se perde — tudo se transforma.

Daí por que o Estado moderno, assimilando os conhecimentos ecológicos que vêm do alemão E. HAECKEL, cujos ensinamentos ecoam há cerca de cento e vinte anos, vem tomando especial cuidado com a biota, como pressuposto da própria sobrevivência, no planeta. Para tanto, tratou, o homem, de estabelecer normas, visando à correta utilização dos recursos naturais, dentre os quais a atividade pesqueira é um dos principais instrumentos econômicos e um dos mais fascinantes esportes.

---

(17) In “A Democracia Jeffersoniana e a Pesca”, na obra *A Pesca — seus Recursos e Interesses Sociais*. Edit. Ibrasa, 1975, Trad. Aydano Arruda, p. 154.

(18) In *op. et loc. cit.*, p. 155.

(19) In *op. et loc. cit.*

#### 4. *A disciplina jurídica da pesca*

Os freqüentes atentados à ecologia têm reflexos diretos na fauna ictiológica, quer esses atentados revistam a forma de pesca mercantil ou de atividade recreativa; quer se apresentem como outras maneiras de agressão aos ecossistemas. Tanto é assim que, consoante recentes estatísticas confiáveis, cerca de vinte mil tipos diversos de plantas estão em fase de extinção; bem assim, 256 espécies e subespécies de animais vertebrados, nos últimos trezentos anos, já se extinguíram, na face da terra, como no-lo informa RENÉ ARIEL DOTTI<sup>(20)</sup>.

Entre nós, a partir do momento em que a pesca passou da fase artesanal à pré-industrial e, mais recentemente, à fase industrial, medidas administrativas e legislativas têm sido adotadas visando à preservação da biota e das reservas ictiológicas.

Destaque-se, de início, a criação, em 1918, da Inspetoria da Pesca, aliás, de vida efêmera.

Cinco anos mais tarde, surgiriam, subordinados ao Ministério da Marinha, os Serviços de Pesca e Saneamento do Litoral, época em que se deu ênfase à "tecnificação do setor" pesqueiro. Ressurgiria, então, a Inspetoria de Caça e Pesca, logo depois transformada em Divisão de Caça e Pesca, jurisdicionada ao Departamento Nacional de Produção Animal do Ministério da Agricultura.

A partir de 1940, a ação governamental caracterizar-se-ia, nitidamente, "por uma linha intervencionista e assistencial", com a criação da Policlínica de Pescadores, a instituição da Comissão Executiva da Pesca, a elaboração do Plano de Assistência e Amparo aos Pescadores do Nordeste, de que a Caixa de Crédito da Pesca era peça fundamental<sup>(21)</sup>.

Especial relevo seria dado à atividade pesqueira no início dos anos sessenta, com a promulgação da Lei Delegada n.º 10, de 11 de outubro de 1962, criando a "Superintendência do Desenvolvimento da Pesca — SUDEPE", autarquia vinculada ao Ministério da Agricultura. No elenco de sua competência, incumbiria à SUDEPE (art. 2.º) "elaborar o Plano Nacional de Desenvolvimento da Pesca/PNDP e promover a sua execução (inc. I); realizar estudos, em caráter permanente, que visem à atualização das leis aplicáveis à pesca ou aos recursos pesqueiros, propondo as providências convenientes (inc. III); e assistir aos pescadores na solução de seus problemas econômico-sociais" (inc. VII).

No art. 5.º, a referida Lei Delegada elencava os órgãos componentes da autarquia: I — Conselho Deliberativo; II — Conselho Consultivo; III — Secretaria Executiva. Essa estrutura seria alterada pelo Decreto n.º

(20) In "A Proteção Penal do Meio Ambiente", tese apresentada ao "I Simpósio Nacional de Ecologia". Curitiba, ed. IAPA, 1978, p. 19.

(21) SUDEPE, publicação oficial do Ministério da Agricultura, Brasília, p. 6.

73.632, de 13 de fevereiro de 1974, passando, assim, a compreender: I — Unidade Deliberativa (Conselho Deliberativo); e II — Unidade Executiva (Superintendência), *ex vi* de seu art. 4.º O Conselho Deliberativo passou a ter uma estrutura mais simples, constituído de representantes dos Ministérios da Agricultura, Fazenda, Indústria e Comércio, Marinha, Relações Exteriores, Transportes, Interior, Planejamento e do Banco do Brasil (art. 6.º, *caput*).

Entre as inovações, realcem-se as Coordenadorias Regionais, competindo-lhes “a execução direta das atividades substantivas da SUDEPE, bem como promover a integração executiva dos órgãos locais em área de sua jurisdição” (art. 21). Ao mesmo tempo, a esses órgãos locais incumbiria “executar as tarefas ou atividades que lhe forem cominadas pelo Superintendente, nos termos regimentais e segundo os projetos específicos” (art. 22).

As atribuições das autoridades autárquicas se plenificariam com o Regimento Interno da SUDEPE, baixado através da Portaria n.º 105, de 5 de março de 1975.

Passo extremamente importante, na regulamentação da atividade pesqueira, bem assim na proteção dos recursos ictiológicos e dos ecossistemas foi, sem dúvida, a promulgação do Dec.-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, instituindo o chamado Código da Pesca. Nesse documento legislativo, a atividade pesqueira está disciplinada em sete partes: I — Da pesca, em geral (arts. 1.º a 4.º); II — Da *pesca comercial*, compreendendo as embarcações pesqueiras (arts. 5.º/17), as empresas pesqueiras (arts. 18/21), a organização do trabalho a bordo das embarcações de pesca (arts. 22/25), os pescadores profissionais (arts. 26/28); III — Das *licenças para amadores de pesca e para cientistas* (arts. 29/32); IV — Das *permissões, proibições e concessões*, enfocando as normas genéricas (arts. 33/38), os aparelhos de pesca e sua utilização (art. 39), a pesca subaquática (art. 40), a pesca e industrialização de cetáceos (arts. 41/45), os invertebrados aquáticos e algas (arts. 46/49), a aquicultura e seu comércio (arts. 50/52); V — Da *fiscalização* (arts. 53/54); VI — Das *infrações e das penas* (arts. 55/64); e VII — Das *multas* (arts. 65 e seguintes).

Mais recentemente, pelo Decreto n.º 85.394, de 25 de novembro de 1980, o antigo Programa de Pesquisa e Desenvolvimento Pesqueiro, do País, instituído pelo Decreto n.º 60.401, de 11 de março de 1967, transformar-se-ia no Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Pesqueiro/PDP e passaria a integrar a SUDEPE, redefinidas suas finalidades, e reformulada sua estrutura para abarcar as Coordenações de Pesquisa, Extensão e Operações.

##### 5. Aspectos extrapenais da atividade pesqueira

O chamado Código da Pesca, promulgado pelo Decreto-Lei n.º 221/67, é um documento juridicamente complexo, compreendendo normas civis, mercantis, trabalhistas, administrativas, penais e de direito internacional.

Eis alguns espécimes desse variegado elenco de dispositivos.

I — *Normas de direito civil* — O art. 3.º do referido Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, diz serem “de domínio público todos os animais e vegetais que se encontrem nas águas dominiais”; a seguir, o art. 4.º estabelece que o aludido Código de Pesca se aplica às “águas interiores” e “ao mar territorial brasileiro”. Subsidiariamente, vejam-se os arts. 563 *usque* 568 do Código Civil.

Por sua vez, o art. 33, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 221/67 dispõe que “a pesca pode ser transitória ou permanentemente proibida em águas de domínio público ou privado”.

Já o § 3.º do aludido art. 33 preconiza que, “nas águas de domínio privado, é necessário, para pescar, o consentimento expresso ou tácito dos proprietários”, remetendo, a seguir, aos arts. 599 *usque* 602 do Código Civil, que cuida, genericamente, da pesca.

Isto quer dizer que: a) “Lícito é pescar em águas públicas, ou nas particulares, com o consentimento de seu dono” (art. 599/CC); b) “Pertence ao pescador o peixe, que pescar, e o que, arpoado ou farpado, perseguir, embora outrem o colha” (art. 600/CC); c) “Aquele que, sem permissão do proprietário, pescar, em águas alheias, perderá para ele o peixe que apanhe, e responder-lhe-á pelo dano que lhe faça” (art. 601/CC); d) “Nas águas particulares, que atravessem terrenos de muitos donos, cada um dos ribeirinhos tem direito a pescar de seu lado, até ao meio delas” (art. 602/CC).

Foi, assim, o Código Civil, considerado, pelo legislador de 1967, como lei subsidiária, no que tange à pesca.

II — *Normas de direito mercantil* — O legislador de 1967 definiu como pesca mercantil “a que tem por finalidade realizar atos de comércio na forma da legislação em vigor”, reservando à *pescua comercial* todo o capítulo II, a que dedicou os arts. 5.º *usque* 21 do Decreto-Lei n.º 221/67: a) nos arts. 5.º *usque* 17, disciplina a matéria concernente às “embarcações pesqueiras”, que são “as que, devidamente autorizadas, se dediquem, exclusiva e permanentemente, à captura, transformação ou pesquisa dos seres animais e vegetais que tenham nas águas seu meio natural ou mais frequente de vida” (art. 5.º, *caput*); b) nos arts. 18 *usque* 21, delinea o estatuto da pesca, o perfil das “empresas pesqueiras”: são as que exercem “atividades de captura, conservação, beneficiamento, transformação ou industrialização dos seres animais ou vegetais que tenham na água seu meio natural ou mais frequente de vida” (art. 18, *caput*).

E assim por diante.

III — *Normas de direito trabalhista* — No Título III do seu Capítulo II, o estatuto da pesca cuida “da organização do trabalho a bordo das embarcações de pesca”, destacando que “o trabalho a bordo dos barcos pesquei-

ros é essencialmente descontínuo, tendo, porém, os tripulantes o direito a um descanso diário ininterrupto, seja a bordo ou em terra, de pelo menos oito horas, a menos que se torne necessário interrompê-lo para a efetivação de turnos extraordinários, que terão duração máxima de duas horas" (art. 22). E, no Título IV do mesmo Capítulo II, o estatuto trata do *pescador profissional*, ou seja, "aquele que, matriculado na repartição competente, segundo as leis e regulamentos em vigor, faz da pesca sua profissão ou meio principal de vida" (art. 26, *caput*).

IV — *Normas de direito administrativo* — Quase todos os dispositivos disseminados pelos Capítulos III a VII do estatuto da pesca têm nítido caráter de *normas administrativas*: a) o Capítulo III inteiro concerne às licenças para amadores de pesca e para cientistas (arts. 29 *usque* 32); b) o Capítulo IV refere-se às "permissões, proibições e concessões" atinentes à pesca, compreendendo as *normas gerais* (arts. 33/38), os *aparelhos de pesca e sua utilização* (art. 39), a *pesca subaquática* (art. 40), a *pesca e industrialização de cetáceos* (arts. 41 *usque* 45), os *invertebrados aquáticos e algas* (arts. 46/49), a *aquicultura e seu comércio* (arts. 50 *usque* 52); c) o Capítulo V (arts. 53/54) concerne à *fiscalização*; d) o capítulo VI, às *infrações e penas administrativas*, predominantemente (arts. 55 *usque* 64); e) o Capítulo VII, às *multas administrativas* (arts. 65 *usque* 72).

V — *Normas de direito internacional* — Estão diluídas no art. 4.º do estatuto da pesca: a) no inciso c, ao tratar das "zonas de alto-mar", remete aos "tratados e convenções internacionais, ratificados pelo Brasil"; b) no inciso d, se refere a "zona contígua", como tal definida "no Decreto-Lei n.º 44, de 18 de novembro de 1966"; c) no inciso e, alude a "plataforma submarina", *ex vi* do Decreto n.º 28.840, de 8 de novembro de 1950 — *plataforma* que se prolonga "até a profundidade que esteja de acordo com os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil".

Vale lembrar, a propósito, que o *mar territorial* do Brasil passou a ser de 200 (duzentas) milhas marítimas, *ex vi* do Decreto-Lei n.º 1.098, de 25 de março de 1970.

## 6. *O equilíbrio ecológico, a pesca e o direito penal*

A tutela do meio ambiente foi contemplada, embora tímida e vagamente, no art. 163 e seu parágrafo único do Código Penal de 1940, que tipificam os crimes de dano, simples e qualificado, prevendo, dentre outros meios, para a prática do crime, o "emprego de substância inflamável ou explosiva" — cominando, para as espécies, sanções de um mês a três anos de detenção, e multa.

Por sua vez, o art. 26 da Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, tipifica como contravenções penais, puníveis com prisão simples de três meses a um ano ou multa de uma a cem vezes o salário mínimo mensal, do

lugar e da data da infração ou ambas as penas, cumulativamente, a destruição ou danificação de floresta, o corte de árvores em floresta, a penetração em floresta de preservação permanente, além de outros comportamentos lesivos à paisagem, à flora e à fauna.

Não se estranhe, portanto, a preocupação da ciência penal com a preservação do meio ambiente. Porquanto, “a missão reservada ao Direito Penal consiste na proteção dos valores fundamentais do homem e da comunidade. (...) O vasto repertório de direito e interesses que envolvem esse bem supremo — desde o direito à vida até o direito à sepultura — se movimentam através de variadas e complexas estruturas que se aglutinam em dois caminhos principais: a prevenção e a repressão dos comportamentos lesivos à pessoa humana e aos valores existentes na sociedade” (22).

Por essa e por tantas outras razões é que “... os penalistas estão sentindo e avaliando a extensão dos atentados responsáveis por um verdadeiro *desastre ecológico*” (23).

#### 7. As implicações jurídico-penais da atividade pesqueira

Apesar da evidente fragilidade técnica do Decreto-Lei n.º 221/67, pode-se identificar uma multiplicidade de figuras típicas disseminadas nesse documento legislativo, aliás caracterizado pelo pioneirismo.

O parágrafo único do art. 18 desse decreto-lei estabelece que “as operações de captura e transformação de pescado são consideradas atividades agropecuárias para efeito dos dispositivos da Lei n.º 4.829, de 5 de novembro de 1965, que institucionalizou o crédito rural, e do Decreto-Lei n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre títulos de crédito rural”.

Assim, aplicam-se à *atividade pesqueira* as sanções jurídico-penais preconizadas tanto na Lei n.º 4.829/65 como no Decreto-Lei n.º 167/67.

Dispõe, com efeito, a Lei n.º 4.829, de 5-11-65, no § 4.º do art. 21:

(*Omissis*)

“O não recolhimento da multa mencionada no parágrafo anterior (“entre 10% e 50% sobre os valores não aplicados em crédito rural”), no prazo de 15 (quinze) dias, sujeitará o infrator às penalidades previstas no Capítulo V da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”

Essas penalidades são de natureza administrativa, civil e penal.

(22) RENÉ ARIEL DOTTI, verbete *Ecologia* (proteção penal do meio ambiente), in *Enciclopédia Saratva de Direito*, vol. 29, p. 497.

(23) *Idem*, *ibidem*, p. 500.

Interessa, no momento, focalizar as sanções essencialmente penais. Estas estão previstas no art. 44, inciso VI, da referida Lei n.º 4.595/64:

“Art. 44 — As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

(*Omissis*)

VI — reclusão, nos termos dos arts. 34 e 38 desta lei.”

O art. 34 da lei em foco estabelece que “é vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos” a diretores, membros de conselhos consultivo, administrativo e fiscais, e respectivos cônjuges, e a seus parentes, até o segundo grau; a pessoas físicas ou jurídicas partícipes do capital dessas instituições financeiras com mais de 10%, e vice-versa; bem assim a pessoas jurídicas de que participem diretores ou administradores dessas instituições, com mais de dez por cento, inclusive os cônjuges e parentes até o segundo grau.

O § 1.º do referido art. 34 dispõe que:

“Constitui *crime* e sujeitará os responsáveis pela transgressão à *pena de reclusão de um a quatro anos*, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal”, o fato de a instituição financeira “conceder empréstimos ou adiantamentos a seus diretores e membros dos conselhos”, como já assinalado. (Grifou-se.)

Por sua vez, o art. 38, § 7.º, da lei em estudo assinala:

“Art. 38 — As instituições financeiras conservarão *sigilo* em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.” (Grifou-se.)

(*Omissis*)

“§ 7.º — A *quebra do sigilo* de que trata este artigo constitui *crime* e sujeita os responsáveis à *pena de reclusão de um a quatro anos*, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

Já o Decreto-Lei n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967, que “dispõe sobre título de crédito rural, e dá outras providências”, ao disciplinar a *cédula rural hipotecária*, dispõe, no art. 21, *caput*, que “são abrangidos pela hipoteca constituída as construções, respectivos terrenos, maquinismos, instalações e benfeitorias”.

E tipifica, no parágrafo único do referido art. 21:

“Pratica *crime de estelionato* e fica sujeito às penas do art. 171 do Código Penal aquele que fizer *declarações falsas* ou inexatas acerca da área *dos imóveis hipotecados*, de suas características, instalações e acessórios, da pacificidade de sua posse, ou *omitir*, na cédula, a *declaração* de já estarem eles sujeitos a outros ônus ou responsabilidade de qualquer espécie, inclusive fiscais.” (Grifou-se.)

Discutível o enquadramento desses comportamentos como crime de *estelionato*.

Com efeito, tanto a primeira como a segunda partes desse dispositivo — correspondentes, respectivamente, a *comissão* e a *omissão* — mais se assemelham ao crime de *falsidade ideológica*, tipificado no art. 299 do Código Penal, o qual consiste em “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita”.

Todavia, há de prevalecer a definição legal, apesar de o *estelionato* prever reclusão de 1 a 5 anos e multa; e o crime de *falsidade ideológica*, reclusão de 1 a 3 anos e multa. Portanto, pena mais branda, eis que menor o limite superior da pena privativa da liberdade.

Mais adiante, o Decreto-Lei n.º 221/67, no art. 35, *c*, inclui, nas proibições de pescar, a pesca “com dinamite e outros explosivos comuns ou com substâncias que, em contato com a água, possam agir de forma explosiva”.

O Código Penal de 1940, no art. 251, *caput*, prevê o crime de *explosão*: “expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou *simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos*”, cominando ao agente *reclusão* de 3 a 6 anos, e multa, (Grifou-se.) E no § 2.º, que remete ao § 1.º, incisos I e II, do art. 250, o mesmo art. 251 tipifica a “*explosão*” qualificada, cominando-lhe o aumento de *um terço* da pena prevista no *caput*, “se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio”; ou se o “*engenho de dinamite*” é colocado “em lavoura, pastagem, mata ou floresta”.

O mesmo art. 35, *d* do referido Decreto-Lei n.º 221/67 estabelece que “é proibido pescar (...) com substâncias tóxicas”.

A matéria concernente a tóxicos está regulada pela Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, cujos arts. 12 *usque* 18 descrevem as várias figuras típicas, acenando aos infratores com penas que vão de *dois meses de deten-*

ção a quinze anos de reclusão; e pagamento que varia de vinte a trezentos e sessenta dias-multa.

Pelo art. 36 da referida Lei n.º 6.368/76, são consideradas substâncias tóxicas ou entorpecentes “aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde”.

O art. 53, *caput*, do Decreto-Lei n.º 221/67 assinala que “a fiscalização da pesca será exercida por funcionários, devidamente credenciados, os quais, no exercício dessa função, são equiparados aos agentes de segurança pública”, facultando-se-lhes o “porte de armas de defesa”, *ex vi* do seu parágrafo único. Por isso é que o art. 54, *caput*, estabelece que a esses funcionários “fica assegurado o direito de prender e autuar os infratores de qualquer dispositivo” do Código da Pesca, inclusive na hipótese de *desacato*, crime tipificado no art. 331 do Código Penal, a que é cominada *detenção* de seis meses a dois anos, ou multa.

Doutra parte, o art. 63 do Código de Pesca em foco prevê que “os infratores presos em flagrante, que resistirem violentamente, serão punidos em conformidade com o art. 329 do Código Penal”, que tipifica o crime de *resistência*, ao qual a lei penal *standard* comina *detenção* de dois meses a dois anos, para o tipo-base; e *reclusão* de um a três anos, “se o ato, em razão da resistência, não se executa” (§ 1.º do art. 329/CP), sem prejuízo das penas “correspondentes à violência”, aplicáveis em *concurso material* com as penas aludidas, *ex vi* do art. 69/CP, com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984.

## 8. A pesca e a futura Constituição

A Constituinte instalada a 1.º de fevereiro de 1987 certamente reservará na Carta Magna em elaboração lugar de relevo para o meio ambiente, cuja preservação é de suma importância, quando se cuida da atividade pesqueira.

Amostra desse tratamento se pode identificar no “Anteprojeto” elaborado pela “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985, composta de 48 membros de Notáveis da República, sob a presidência do emérito Prof. Afonso Arinos de Mello Franco.

Nesse documento pré-legislativo, foi destinado todo o *Título VI* ao *meio ambiente*: a) “A proteção ao meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida” se inserem nos deveres de todos e, principalmente, do Estado, (art. 407, *caput*); b) nessa proteção, se compreendem “a utilização adequada dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico, a proteção da fauna e da flora, especificamente das florestas naturais (...), o combate à poluição e à erosão,

(e) a redução dos riscos de catástrofes naturais e nucleares” (art. 407, parágrafo único); c) o preconício de uma “ação preventiva contra calamidades”, de limitação das “atividades extrativas e predatórias”, da “criação de reservas, parques e estações ecológicas”, da “ordenação ecológica do solo”, da “subordinação de toda (a) política urbana e rural à melhoria das condições ambientais”, do “controle das áreas industrializadas” e da “informação sistemática sobre a situação ecológica” (art. 408); d) prevê-se, também, que “a ampliação ou instalação das usinas nucleares e hidroelétricas e das indústrias poluentes, suscetíveis de causar dano à vida ou ao meio ambiente, dependem de prévia autorização do Congresso Nacional” (art. 409); e) procreve-se, por todo o território, “a prática de atos que afetem a vida e a sobrevivência de espécies, como a da baleia, ameaçadas de extinção” (art. 410); f) propõe-se que a floresta amazônica seja elevada à condição de patrimônio nacional e sua utilização se faça “dentro de condições que assegurem a preservação de sua riqueza florestal e de seu meio ambiente”, na qual se incluem os recursos ictiológicos (art. 411); g) recomenda-se que a lei ordinária defina “os crimes de agressão contra o meio ambiente” (art. 412).

Se a nova Carta Magna, como se espera, vier a incorporar esses postulados; e se as autoridades integrantes dos governos federal, estaduais e municipais timbrarem em cumprir e fazerem cumprir esses dispositivos, ter-se-á o renascimento dos recursos naturais, com alvissareiras perspectivas para a atividade pesqueira, em toda a extensão das águas territoriais — marinhas e interiores, do País.

### 9. *O futuro Código Penal e a disciplina da atividade pesqueira*

Após três anos de incessante trabalho, o Projeto de 1983, desdobramento do Anteprojeto de 1981, se transformaria na Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, estatuto que alteraria toda a Parte Geral do Código Penal de 1940; substituiria a pena pecuniária prevista na Parte Especial pelo dia multa; e traçaria diretrizes para a implementação do novo sistema de penas, no período de transição entre a velha e a nova lei penal.

Na sua essência, a Parte Especial do Código Penal de 1940 permaneceu quase íntegra, porquanto a Lei n.º 7.209/84 não tocou na construção das figuras típicas descritas do art. 121 ao art. 359.

Eis por que, para preencher esse vazio legislativo, o Ministério da Justiça incumbiu o eminente Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro de coordenar a elaboração de Anteprojeto da Parte Especial, que completaria a reforma penal iniciada com a edição da referida Lei n.º 7.209/84, desdobrada na Lei n.º 7.210/84, esta concernente à nova Lei de Execução Penal.

Apresentado o trabalho pela Comissão Ministerial, a 12 de julho de 1984, o Ministério da Justiça mandou publicar o trabalho, para receber sugestões, baixando, para tanto, a Portaria n.º 304, de 17 de julho de 1984.

Esse documento pré-legislativo traz, dentre as inovações mais expressivas, todo o Título XIII dedicado aos *crimes contra o meio ambiente*, cujo Capítulo I, *da degradação ambiental*, compreende a Seção (II) *dos atentados contra a flora e a fauna*.

Aí o art. 412, sob o *nomen juris* “fundear embarcação em banco de molusco”, descreve a seguinte conduta típica:

“Fundear embarcação ou lançar detritos sobre bancos de moluscos, demarcados pela autoridade competente”, pena: *detenção de um a seis meses*.

Esse dispositivo criminaliza, *ipsis verbis*, a conduta descrita no art. 49 do Decreto-Lei n.º 221/67 (Código da Pesca), ao cuidar *dos invertebrados aquáticos e algas*.

Um outro dispositivo inovador, este descrito de forma mais ampla, é a proposta de criminalizar-se a *pesca predatória*, sob o seguinte comando:

“Art. 413 — Pescar, utilizando explosivo, substância tóxica ou tarrafa: Pena — detenção, de sete meses a dois anos, e multa”.

E, logo adiante, a proposta de se criminalizar o *atentado contra manguezais*, objeto da conduta descrita no art. 414: “Deteriorar ambiente de mangue, mediante aterro ou outro meio capaz de pôr em risco a fauna: Pena — reclusão, de nove meses a três anos, e multa”.

Esses dispositivos se acoplam, harmonicamente, ao referido art. 412 do “Esboço Constitucional”, elaborado pela Comissão Afonso Arinos, segundo o qual a lei ordinária “definirá os crimes de agressão contra o meio ambiente”.

O que faz prever o início de uma nova era para a atividade pesqueira, em nosso País.

## 10. *Apreciação final*

Praticada indiscriminadamente, ao longo de nossos cinco séculos de existência, a atividade pesqueira somente viria a ter a sua disciplina jurídica a partir do século XX. Inicialmente, no Código Civil de 1916, a que se seguiriam a Lei Delegada n.º 4, de 11 de outubro de 1962, instituindo a SUDEPE; e o Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, promulgando o Código da Pesca.

Decorridos vinte anos de sua edição, o estatuto da pesca, eivado de inúmeros defeitos técnicos, e galvanizado por novos avanços científicos e tecnológicos, carece de atualização, de molde que a matéria concernente à pesca seja objeto de completa e adequada sistematização.

O movimento de reforma penal, especificamente o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, manifesta, inequivocamente, a tendência de incluir, no futuro estatuto penal, padrão, figuras típicas da legislação penal extravagante, inclusive do Código da Pesca.

Urge, pois, uma posição definida.

Ou se transladam para o Código Penal as figuras típicas concernentes à atividade pesqueira — e, neste caso, esses tipos deverão ser em número bem superior ao esboçado no referido Anteprojeto — ou se reedita um novo Código de Pesca, em que a matéria penal esteja adequadamente tipificada.

Com efeito, a ganância de indivíduos e grupos, com freqüentes agressões à fauna ictiológica; e, doutra parte, o desprezo aos recursos naturais, ou a ignorância quanto ao significado de sua preservação —, tudo isso suscita, no jurista e no legislador, crescente preocupação no que tange à atividade pesqueira e sua regulamentação. Como, até o momento, os ilícitos civis e administrativos têm-se revelado ineficientes na preservação dos recursos ictiológicos, flui, naturalmente, a tendência de se multiplicar a previsão dos ilícitos penais, que, pelo rigor das sanções cominadas, poderão colocar freios inibitórios diante dos comportamentos ainda em fase de concepção.

No que me toca, alisto-me entre os que advogam um Código Penal sóbrio, no qual estejam previstas, apenas, as figuras típicas essenciais à preservação dos bens jurídicos tradicionalmente tutelados. E no qual estejam delineadas as diretrizes a serem aplicadas na interpretação das leis penais especiais. Até para que, com a frenética evolução científica e tecnológica, não se esteja a emendar, com freqüência, o estatuto penal, padrão.

Sou, pois, de opinião que se refaça o Código de Pesca, atualizando-o pela introdução nessa lei especial de tantas figuras típicas quantas imprescindíveis a maior comedimento daqueles que pretendam tirar da atividade pesqueira o seu sustento, a sua prosperidade ou, simplesmente, um momento de prazer que a simples recreação propicia.

Quanto ao argumento de que a multiplicidade das leis penais especiais dificultaria o conhecimento de figuras típicas — crimes e contravenções —, responderia que o *homo medius* não conhece, sequer, o Código Penal. Assim, tanto se lhe dá que essas figuras típicas estejam descritas neste quanto noutro estatuto penal.

Qualquer que seja a alternativa escolhida, urge atualizar-se a legislação concernente à pesca, mormente no que tange às implicações jurídico-penais.

---

Trabalho especialmente preparado para o IV SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO AGRÁRIO, realizado de 6 a 9 de outubro de 1987, em Goiânia (GO).

# A iniciativa das leis pelo Tribunal de Contas

RAIMUNDO DE MENEZES VIEIRA  
Assessor Legislativo do Senado Federal

## SUMARIO

1. *A iniciativa das leis*
2. *O poder de iniciativa do TJDF*
3. *O poder de iniciativa do TCU*
4. *O poder de iniciativa do TCDF*
5. *Conclusões.*

### 1. *A Iniciativa das Leis*

O processo de formação das leis tem diversas fases, sendo a iniciativa a primeira delas. A iniciativa realiza-se pela apresentação de uma proposição, como, *verbi gratia*, um projeto de lei, uma proposta de emenda à Constituição.

Na concepção do professor CARLOS ARGUEDAS, “la iniciativa es la fase introductoria e instauradora del proceso legislativo. Es la facultad de proponer la ley. Constituye un requisito necesario para que el procedimiento se origine. Prácticamente, es la presentación a la Asamblea Legislativa de un proyecto de ley” (*La Iniciativa en la Formación de la Ley*, Ediciones Juricentro, p. 90).

Por sua vez, o eminente constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua consagrada obra *Princípios do Processo de Formação das Leis no*

*Direito Constitucional*, p. 86, preleciona que “não há processo legislativo sem proponente; numa situação análoga ao processo judicial, poderíamos dizer que não há legislação sem proponente, no regime de representação popular. No processo de formação das leis, a proposição consubstancia-se na existência de um ato de alguém dirigido ao Parlamento, invocando sua atividade no sentido de ser votada uma lei; esse alguém pode ser um dos membros do Parlamento, uma de suas Comissões, ou outra pessoa ou órgão a que a Constituição atribua a qualidade de titular da iniciativa legislativa”.

Vejamos, então, a quem a Constituição atribui o poder de iniciativa das leis. Afora os preceitos relativos às emendas constitucionais, medidas provisórias, leis delegadas, etc., a Carta Política estabelece a seguinte regra:

“Art. 61 — A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”

Referentemente às leis ordinárias, seriam apenas essas pessoas e órgãos os possuidores do poder de iniciativa legislativa perante o Congresso Nacional? É claro que não, porque em outras passagens a própria Constituição deferiu esse poder ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e ao Tribunal de Contas da União.

## 2. O Poder de Iniciativa do TJDF

No tocante ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a Carta Magna dispõe:

“Art. 21 — Compete à União:

.....  
XIII — organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios.  
.....

Art. 48 — Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, (...), dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....  
IX — organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal.

Art. 96 — Compete privativamente:

.....  
II — ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Legislativo respectivo:  
.....

b) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, (...) e dos servidores dos seus serviços auxiliares.)”

A menção expressa dos Tribunais de Justiça como titulares do poder de iniciativa das leis de seu peculiar interesse significa, em primeiro lugar, que o constituinte estadual está vinculado a esse preceito, porque, em nosso sistema federativo, os Estados-Membros não podem dispor em contrário da Constituição Federal. No dizer eloqüente do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, *Direito Constitucional Estadual*, p. 77, “o traço mais característico do regime federal é a distribuição dos poderes e atribuições por duas categorias de órgãos governativos: os da União e os dos Estados-Membros. Essa distribuição é feita pelo constituinte nacional, que define e delimita as duas ordens do governo e regula o seu relacionamento”.

O Poder Constituinte assim dispôs para extremar de dúvidas esse poder de iniciativa, essa “facultad de proponer la ley”, porque, em realidade, essa competência já estava implicitamente deferida na expressão “Tribunal Superior”, qualidade que possui, inegavelmente, cada Tribunal de Justiça no âmbito de sua jurisdição, ou seja, nos limites do território da respectiva unidade da Federação. Qualidade que não possuem, por exemplo, os Tribunais de Alçada estaduais.

Mas há uma segunda consequência a se extrair dessa explicitação. Já que não cabe mais ao Presidente da República a competência exclusiva da iniciativa das leis que dispõem sobre a organização judiciária do Distrito Federal (CF de 69, art. 57, IV), é no art. 96 da atual Carta que se vai identificar qual é, agora, o órgão competente para dar impulso ao processo legislativo sobre a matéria, especialmente porque é o Congresso Nacional o legislativo “respectivo” em tal assunto, e não o Senado Federal, provisoriamente, nem será a Assembléia Distrital, de futuro, como desatenciosamente seria de se supor.

Essa intenção é tão evidente, quando se nota sensível diferença entre os textos de 69 e 88. Naquele, competia aos tribunais propor ao Poder Legislativo. Neste, compete *privativamente* ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Legislativo respectivo a aprovação das leis de seu peculiar interesse, como, v.g., a criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos. Aos respectivos Legislativos quer dizer, a toda evidência, Congresso Nacional para o STF, Tribunais Superiores (federais) e Tribunal de Justiça do Distrito Federal (tribunal superior do DF), e Assembléias Legislativas para os Tribunais de Justiça estaduais (tribunais superiores em cada unidade política nacional).

Aliás, essa *privatividade* deferida aos tribunais guarda perfeita simetria com as competências, também privativas, outorgadas à Câmara dos Deputados (art. 51, IV) e ao Senado Federal (art. 52, XIII).

A propósito, CASTRO NUNES afirma que o dispositivo da privatividade do Poder Judiciário para a iniciativa legislativa é corolário da independência da magistratura, do contrário teria de rodear de inimigos pessoais ou políticos os Juízes. (*Apud* ROBERTO ROSAS, "Poder de Iniciativa das Leis", *RIL*, abr./1970, p. 46). E MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ao referir-se ao tema, esclarece que, "desde a Constituição de 1934 (art. 97, II), é reconhecida aos Tribunais a iniciativa legislativa. A Constituição de 1967 teve o cuidado de especificar "aos Tribunais Federais com jurisdição em todo o território nacional" (art. 59). São eles, hoje, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos, o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho, *bem como o Tribunal de Contas da União*" (*Comentários...*, p. 53).

Nesta linha de raciocínio, certamente, é que a Exma. Sra. Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal dirigiu-se à Câmara dos Deputados, pela Mensagem n.º 1/88, submetendo à consideração do Congresso Nacional, "nos termos do art. 96, inciso II, alínea b, da Constituição", projeto de lei que dispõe sobre a fixação de vencimentos dos membros daquele Tribunal. Essa proposição tomou o n.º 1.069, de 1988, na Câmara dos Deputados, e tem a seguinte emenda:

#### PROJETO DE LEI N.º 1.069, DE 1988

(Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios)

"Dispõe sobre os vencimentos dos Desembargadores e Juízes de Direito e Juízes Substitutos de Justiça do Distrito Federal e Territórios."

### 3. O Poder de Iniciativa do TCU

Seguindo uma tradição das Constituições anteriores, o constituinte de 1988 estendeu ao Tribunal de Contas da União todas as atribuições lógicas e juridicamente cabíveis dentre as deferidas no art. 96 aos tribunais do Poder Judiciário, entre as quais, evidentemente, a competência privativa outorgada aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça para a iniciativa de leis sobre a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos, quer de seus membros, quer de seus serviços auxiliares.

É o que está escrito no Texto Fundamental, o teor do art. 73:

"Art. 73 — O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, *exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.*" (Grifou-se.)

Semelhante regra se continha na Carta de 69, onde estava escrito: "O Tribunal (de Contas) exerce, no que couber, as atribuições previstas no art. 115".

Em análise a este dispositivo, o jurista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, na sua festejada obra *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 111, esclarece que, "para salvaguardar a independência do Tribunal de Contas, evidentemente indispensável para o correto desempenho de suas atribuições, a Constituição lhe estende o disposto no art. 115 em favor dos Tribunais judiciários. Assim, concede-lhe o direito de eleger seu Presidente; elaborar seu regimento interno e organizar os serviços auxiliares; prover os cargos de seu quadro administrativo (na forma da lei, embora); deferir licença e férias a seus membros e servidores (sempre na forma da lei). *Dá-lhe também o poder de iniciativa, habilitando-o a propor ao Legislativo a criação de cargos, bem como a fixação dos respectivos vencimentos, ou, eventualmente, a extinção de cargos*". (Grifou-se).

Também nos seus *Comentários à Constituição de 1969*, o notável PONTES DE MIRANDA foi enfático ao asseverar que "à semelhança do que se passa com os outros tribunais, o Tribunal de Contas elege seu presidente, elabora o seu regimento interno e organiza os seus serviços auxiliares, provendo os cargos conforme a lei; *propõe ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos*, concede licença e férias, nos termos da lei, aos seus membros e a quem lhe é subordinado". (Grifou-se.)

A concepção do legislador constituinte e as lições dos Mestres do Direito acima reproduzidas se coadunam com a natureza jurídica do Tribunal de Contas.

Que é um tribunal superior e órgão autônomo, de origem constitucional, não pode haver dúvidas, pois, na conformidade dos arts. 73 e 96 do Estatuto Fundamental, o Tribunal de Contas:

- a) tem quadro próprio de pessoal;
- b) tem jurisdição em todo o território nacional;
- c) exerce todas as atribuições, lógica e juridicamente possíveis, dos tribunais judiciários;
- d) os seus Ministros têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

e) diferentemente dos tribunais meramente administrativos, as suas decisões, quando impliquem imputação do débito ou multa, têm eficácia de título executivo, tal qual os títulos executivos judiciais do art. 584 do Código de Processo civil;

f) auxilia o Congresso Nacional no exercício do controle externo, mas não lhe é subordinado. O Tribunal, como o Congresso, é criação direta da Constituição e dela recebe o elenco de suas atribuições.

Na visão arguta do ilustre Procurador do Tribunal de Contas do DF, Dr. LINCOLN TEIXEIRA MENDES PINTO DA LUZ, em "O Controle da Atividade Pública pelo Poder Legislativo", *Rev. do TCDF*, n.º 7, p. 42, "desempenha, assim, a Corte de Contas tais atribuições constitucionais com a "exclusividade, plenitude e independência" de que nos fala o já lembrado CUNHA MELLO:

"No estudo da legislação de diversos países se vê que a jurisdição de suas Cortes de Contas tem, como traços característicos, a exclusividade, a plenitude e a independência."

As relações entre o Tribunal e o Congresso — acrescenta — se orientam pelas normas de coordenação, cooperação e articulação que moldam e peculiarizam o relacionamento dos corpos legiferantes típicos: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

É, *mutatis mutandis*, a lição de CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, p. 98:

"Por outro lado, cumpre frisar, a hierarquia é peculiar do Poder Executivo, não existindo no âmbito do Poder Judiciário nem no Poder Legislativo.

No Poder Judiciário o que existe é gradação de autoridade estabelecida por meio de instâncias, ou graus de jurisdição... A tal ponto a incomunicabilidade de instância é observada no campo judiciário que, quando o legislador entende que é o caso de reexame, manda que haja recurso por parte do próprio juiz (recurso *ex officio*).

No Poder Legislativo, também, não existe hierarquia, mesmo quando o sistema é bicameral, onde a Câmara Alta não é superior à Câmara Baixa, pois nesses casos há é *discriminação de funções*."

Sobre a parcela de função judicante, mínima que seja, do Tribunal de Contas, a palavra erudita do insigne Ministro SEABRA FAGUNDES tem estes ensinamentos: "O Tribunal de Contas não aparece na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário. Dele se trata no capítulo referente ao Poder Legislativo, do qual constitui, sob certo ângulo, órgão auxiliar. Não obstante, o art. 70, § 4.º, lhe comete o julgamento da regularidade "das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos", o que implica investi-lo no parcial — pois que noutras matérias isto não ocorre — exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *julgamento*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria

em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União), a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para reexaminá-lo". (Cf. RAIMUNDO DE MENEZES VIEIRA, "Tribunal de Contas: Jurisdição Especial", *Revista do TCDF*, n.º 12.)

A despeito desses insuspeitos depoimentos e da notoriedade de seus autores, não mais me causa estranheza o desconhecimento da natureza e das funções do Tribunal de Contas por parte de outras autoridades do mundo do Direito.

Este fato já o observara o Professor HERÁCLIO SALLES, ex-Conselheiro do TCDF, em excelente estudo sobre a "Natureza, Autonomia e Duplicidade da Função dos Tribunais de Contas", *Revista do TCDF*, n.º 4. Diz S. Ex.<sup>a</sup>, a certa altura do seu magnífico trabalho:

"Cabe, neste passo e a esse propósito, mencionar o que terá sido, a meu juízo, a segunda causa do justificável equívoco da decisão de fls. 20: o desconhecimento generalizado da natureza dos tribunais de contas, de suas relações com os órgãos legislativos a quem prestam auxílio e, principalmente, da duplicidade de suas funções. Talvez por isso, antiga autoridade francesa, citada pelo notável especialista italiano ONORATO SEPE, classificou a atividade desses tribunais como "moult mélancolieuse", atestando o mesmo Sepe, em tom igualmente melancólico, ser a *Corte dei Conti*, a despeito de seus cem anos de existência, uma das mais complexas e menos conhecidas das instituições jurídicas da Itália:

"Il presente volume há l'unico scopo de far conoscere, nelle sue linee generali, la struttura e le funzioni del nostro maggiore organo di controllo, di cui ricorre in questo anno il centenario. Ed esso, monostante il suo secolo di vita, é pur sempre una delle figure giuridiche soggettive più complesse e meno note del nostro apparato statutale." (SEPE — PANDOLFO, *La Struttura e le Atribuzioni della Corte dei Conti*. Milano, 1962).

Das mais altas figuras do próprio Congresso — assinala ainda o Professor HERÁCLIO — poder-se-iam recolher até confissões de tal desconhecimento, como se vê, a título exemplificativo, deste passo de um dos discursos com os quais o insigne AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO fez no Senado memorável análise crítica do Projeto da Constituição de 1967:

"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 legislatura e a judicatura.” (*Anais da Constituição de 1967, 3.º volume, p. 55.*) (Grifou-se.)

#### 4. *O Poder de Iniciativa do Tribunal de Contas do Distrito Federal*

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, dispunha, em seu art. 42, compe-  
tir ao Senado Federal legislar para o Distrito Federal, segundo o disposto  
no § 1.º do art. 17, e nele exercer a fiscalização financeira e orçamentária,  
com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas.

Determinava ainda que o Governador do Distrito Federal era nomeado  
pelo Presidente da República (art. 81, VI) e que do Chefe do Executivo  
federal era a competência exclusiva para a iniciativa das leis que dispusessem  
sobre a organização administrativa e judiciária do Distrito Federal.

O constituinte de 1988, no entanto, outorgou autonomia administrativa  
e política ao Distrito Federal, nos termos que a seguir são transcritos:

“Art. 32 — O Distrito Federal, vedada sua divisão em Muni-  
cípios, rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos com  
interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da  
Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios  
estabelecidos nesta Constituição.

§ 1.º — Ao Distrito Federal são atribuídas as competências  
legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

.....  
Art. 25 — Os Estados organizam-se e regem-se pelas Consti-  
tuições e leis que adotarem, observados os princípios desta Consti-  
tuição.”

Sobre a observância dos princípios da Constituição Federal pelos Esta-  
dos e Distrito Federal tem o Supremo Tribunal Federal sido inflexível em  
seus julgados.

A propósito do tema em questão, a jurisprudência da Corte Suprema  
vem sendo iterativa no fazer obrigatórias para os Tribunais de Contas dos  
Estados e do Distrito Federal as normas constitucionais referentes à Corte  
de Contas federal. São exemplos desta afirmação as ementas dos arestos a  
seguir reproduzidas:

RP n.º 0856/71

“TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. Exercício das atri-  
buições previstas no art. 115 da Constituição. Inconstitucionalida-  
de parcial do § 1.º do art. 50 da Constituição do Estado de Alagoas,  
no ponto em que subordina o Tribunal à iniciativa do Governador,  
para propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de car-  
gos de seus serviços auxiliares e a fixação dos respectivos venci-  
mentos. Precedente do STF.” DJ, 9-7-71. (Grifou-se.)

RP n.º 1.285/87

“Representação de inconstitucionalidade: Lei n.º 4.875, de 12-7-85, do Estado de Mato Grosso. Tribunal de Contas.

O art. 3.º, criador de cargos de direção e assessoramento no quadro de pessoal do Tribunal de Contas, *sem a iniciativa* deste, afronta o art. 72, § 1.º, c/c o art. 115, II, da Carta Magna, por se tratar de seus serviços auxiliares.” *DJ*, 11-9-87. (Grifou-se.)

Provavelmente, em razão das freqüentes decisões da Corte Suprema, foram os Estados adaptando suas Constituições, a exemplo da Emenda n.º 8 à Constituição do Estado do Ceará, que deu nova redação ao art. 34 para incluir o Tribunal de Contas como titular do poder de iniciativa das leis de seu peculiar interesse, nos termos que a seguir são transcritos:

“Art. 34 — É da competência da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas e do Conselho de Contas dos Municípios a iniciativa da criação e extinção de cargos de suas secretarias e fixação dos respectivos vencimentos.”

A Emenda n.º 13 à Carta Política do Estado do Pará deu novo conteúdo ao seu art. 65, passando a vigorar com estas palavras:

“Art. 65 — A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas e ao Conselho de Contas dos Municípios.”

No mesmo sentido: art. 22 da Constituição do Estado de Goiás; art. 30 da de Mato Grosso do Sul; arts. 40 e 64 da de Minas Gerais; art. 29 da do Estado da Paraíba; art. 25 da do Paraná; art. 29 da de Pernambuco; art. 30 da do Rio Grande do Norte; art. 31 da do Rio Grande do Sul; art. 42 da do Rio de Janeiro; art. 21 da de São Paulo; e art. 53 da de Sergipe. As demais unidades da Federação simplesmente se reportam às atribuições previstas no art. 115 da Constituição Federal (de 1969).

A firme e pacífica jurisprudência do excelso Pretório relativamente à obrigatoriedade de as unidades políticas intra-estatais seguirem o modelo federal, afinal perfilhada por todos os Estados brasileiros, ganhou foros de princípio constitucional expresso na Carta de 88, escrito com as letras que a seguir são transcritas:

“Art. 75 — As normas estabelecidas nesta seção (isto é, a que disciplina o TCU) aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (...).”

Na verdade, nem seriam necessárias tantas razões e fundamentos para se compreender que o princípio da harmonia e independência dos poderes

deve ser preservado em um regime democrático, com o devido resguardo da autonomia e independência funcional das instituições, que é a finalidade maior e a própria razão de ser dos Tribunais de Contas. Bastaria seguir o exemplo do legislador de 1960, que, há 28 anos passados, já houvera estabelecido, quando editou a atual Lei Orgânica do Distrito Federal, de n.º 3.751/60, as regras, a seguir reproduzidas, que também deveriam estar inscritas na Resolução n.º 157, de 1988, do Senado Federal, “que estabelece normas para que o Senado Federal exerça a competência da Câmara Legislativa do Distrito Federal.”

“Art. 15 — .....

§ 2.º — Compete ainda ao Tribunal de Contas (do Distrito Federal):

b) elaborar o seu Regimento Interno, organizar os seus serviços auxiliares, *propondo à Câmara* a criação ou a extinção de cargos (...) e a fixação dos vencimentos correspondentes.” (Grifou-se.)

O art. 2.º dessa resolução poderia estar assim redigido:

“Art. 2.º — A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou à Comissão do Distrito Federal do Senado, ao Governador e ao Tribunal de Contas.”

## 5. Conclusões

1.ª) O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a teor do inciso II do art. 96 da Constituição Federal, tem competência para apresentar ao Congresso Nacional projetos de lei de seu peculiar interesse.

2.ª) O Tribunal de Contas da União, por força do disposto no art. 73, c/c o art. 96 da Carta Política, detém o poder de iniciativa, perante o Congresso Nacional, dos projetos de lei referentes à sua economia interna.

3.ª) O legislador estadual, assim como o do Distrito Federal, estão vinculados, por determinação constitucional, *ex vi* dos arts. 73, 96 e 75 do Estatuto Fundamental, e também em face da jurisprudência da Corte Excelsa, a explicitar, nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do DF, o poder de iniciativa legislativa dos Tribunais de Contas. Eventuais omissões, contudo, não elidem tal competência, que é preexistente.

4.ª) A ausência de tal referência na Resolução n.º 157, de 1988, do Senado Federal, até que se aperfeiçoe o seu texto, pode ser suprida mediante entendimentos do Tribunal de Contas do Distrito Federal com a alta direção do Senado, inclusive a digna direção da Comissão do Distrito Federal, para comporem o *modus operandi* das matérias do peculiar interesse da Corte de Contas local, tendo em conta a norma do § 1.º do art. 16 das Disposições Transitórias.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda no Anexo I do Senado Federal, 22.º andar —  
Tels.: (061) 311-3578 e 311-3579

*Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal), ou pelo reembolso postal.*

### “REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 32, 34 a 39, 41, 43 a 45, 47 a 53, 55 a 99.

### “ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 90)”

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista.

### “CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

*Volume 1* — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85).

*Volume 2* — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

---

*Não estão relacionadas as obras esgotadas.*

**“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —  
QUADRO COMPARATIVO” (5.ª edição — 1986)**

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.º 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

**“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”  
(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986**

Constituição da República Federativa do Brasil — texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

**“CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS”  
(edição 1987) — 3 volumes**

*Volume 1* — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

*Volume 2* — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

*Volume 3* — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

**“CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” (edições 1987/1988) — 6 volumes.**

*Volume 1* — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia e Tchecoslováquia.

*Volume 2* — Costa Rica e Nicarágua.

*Volume 3* — Angola, Cabo Verde, Moçambique, São Tomé e Príncipe.

*Volume 4* — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

*Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.*

*Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.*

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

*Quadro comparativo:* Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto constitucional vigente.

Notas.

Índice temático da Constituição vigente.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL”  
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal  
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição  
1985) — 3 volumes — com suplementos de atualização de 1987 e  
1988

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 58/88.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) —  
3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

## “PROCESSO LEGISLATIVO” (4.ª edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis complementares. Leis ordinárias. Leis delegadas. Decretos-leis. Decretos legislativos. Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal. Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

## “EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

## “CÓDIGO DE MENORES” (2.ª edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

## “SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

*Quadro comparativo* da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.

Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da lei.

**“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4.<sup>a</sup> edição — 1984)**

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

**“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (6.<sup>a</sup> edição — 1988) —**

2 volumes

*Volume 1* — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

*Volume 2* (no prelo) — Instruções do TSE para as eleições de 1988.

**ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

**Preço: NCz\$ 0,60**

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas**

**Senado Federal**

**70160 Brasília, DF**

Atende-se também pelo reembolso postal.

# Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional  
Instituto Nacional do Livro  
Senado Federal  
Câmara dos Deputados  
Tribunal de Contas da União  
Presidência da República  
Ministérios  
Procuradoria-Geral da República  
Consultoria-Geral da República  
Supremo Tribunal Federal  
Tribunal Federal de Recursos  
Superior Tribunal Militar  
Tribunal Superior Eleitoral  
Tribunal Superior do Trabalho  
Assembléias Legislativas  
Tribunais de Justiça  
Tribunais de Contas Estaduais  
Tribunais Regionais Eleitorais  
Tribunais Regionais do Trabalho  
Procuradorias-Gerais dos Estados  
Ordem dos Advogados do Brasil  
(Conselho e Secções Regionais)  
Faculdades de Direito