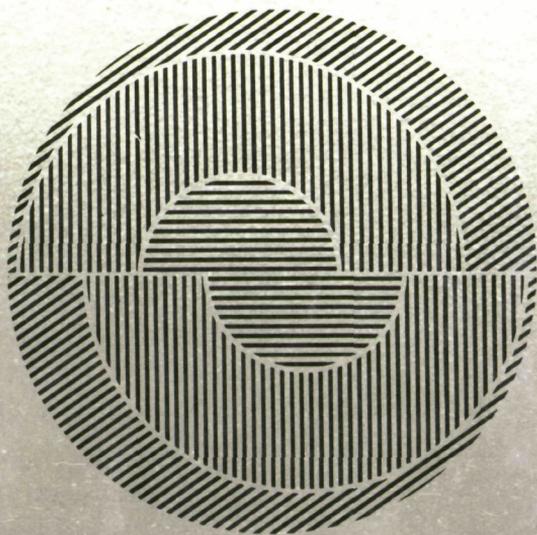


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO — 1989
ANO 26 • NÚMERO 104

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
a. 26 n. 104 out./dez. 1989

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
Dir. da R. Inf. Legisl.
(1964-1988)

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

Chefe de Diagramação

NELSON CLEOMENES BOTELHO

Chefe de Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 26	n. 104	out./dez. 1989
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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 1984-
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 Rangei
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>
COLABORAÇÃO	
Os militares e a República — Senador <i>Jarbas Passarinho</i>	5
O Estado Brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da Constituição de 1988 — <i>Clèmerson Merlin Clève</i> e <i>Marcela Moraes Pezoto</i>	21
Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção — <i>Inocência Martires Coelho</i>	43
O objeto e a competência no mandado de injunção — <i>Elcias Ferreira da Costa</i>	59
O sistema tributário na Constituição de 1988: os princípios gerais — <i>José de Castro Meira</i>	69
A doutrina das taxas e o Direito Brasileiro — <i>Adílson Rodrigues Pires</i>	83
Incentivos fiscais para o desporto (Lei nº 7.752/89) — <i>Alvaro Melo Filho</i>	105
Dificuldades na democratização do orçamento público — <i>Gilberto Tristão</i>	121
Os orçamentos na nova Constituição — <i>Roberto Bocaccio Piscitelli</i>	131
Crise interna e regime democrático: instrumento metodológico para sua percepção — <i>Rubens C. Lantus</i> e <i>Cezar T. Oliveira</i>	137
Democracia, representação política e justiça eleitoral — <i>Fernando Andrade de Oliveira</i>	179
Sua Excelência o juiz eleitoral — <i>Lourival de Jesus Serejo Sousa</i> ...	197
Poder Judiciário: algumas inovações e transformações — <i>Antonio de Pádua Ribeiro</i>	201
A cláusula “devido processo legal” e a Lei antitruste nacional — <i>José Inácio Gonzaga Franceschini</i>	213
Prova indiciária nas ações relativas a contratos cujo valor supere dez salários mínimos — <i>Ernesto Lipmann</i>	221
Da segurança pública na Constituição de 1988 — <i>Alvaro Lazzarini</i> ..	233
Hermenêutica e completude do ordenamento — <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i>	237
Perspectiva de atuação do Ministério Público na área da infância e da juventude — <i>Hugo Nigri Mazzilli</i>	247

Aspectos do direito de família na nova Constituição — <i>Dilvanir José da Costa</i>	265
Os direitos individuais, sociais e coletivos no Brasil — <i>José Ribas Vieira</i>	275
A Constituição republicana e o federalismo mineiro: Perspectivas histórico-metodológicas — <i>E. Órsi Pimenta</i>	283
A Revolução Francesa e o princípio da responsabilidade — <i>Roberto de Albuquerque</i>	290
Visibilidade de bem tombado — <i>Lutz Viana Queiroz</i>	305
O renascimento da concessão e o sistema ferroviário — <i>Arnoldo Wald</i>	309
Arbitragem no Brasil: Direito Interno e Direito Internacional — <i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i>	317
Participação popular no controle ambiental — <i>Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes</i>	331
La nueva ley de arbitraje española — <i>Antonio Maria Lorca Navarrete</i>	337
Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital a través del “disregard of the legal entity” — <i>Daniel E. Moeremans</i>	341
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	351

Os militares e a República

Senador JARBAS PASSARINHO

Vitoriosos na guerra contra o Paraguai, regressam os militares ao Brasil. Éramos a única nação escravista e a única monarquia, então, no Novo Mundo. Coincidentemente, a partir de 1870, crescem dois movimentos de opinião das elites: o abolicionismo e o republicanismo. A marcha da escravidão pesava sobre nós insuportavelmente, já que o Brasil era, então, o último país em todo o Ocidente a manter regime escravista. Por seu turno, a monarquia começava a ser olhada como um exotismo, em um continente dominado pelas repúblicas.

Enquanto o abolicionismo encontraria notáveis lideranças políticas e intelectuais a seu favor, no Parlamento como na imprensa, as idéias republicanas encontravam reduzida plêiade de pregadores. No Rio de Janeiro, a 3 de novembro de 1870, Quintino Bocaiúva e mais 57 signatários redigem o Manifesto Republicano e fundam o Clube Republicano. Não passou realmente de um clube, sem penetração maior. Em São Paulo, o movimento foi mais importante. Em Itu, realiza-se em 1873 uma convenção, da qual resultou a fundação do Partido Republicano Paulista, no qual pontificaram Prudente de Moraes e Campos Sales, mais tarde ambos presidentes da República. Mas, como salienta Oliveira Vianna:

“O ideal republicano não contribuiu de uma maneira assinalável para esta admirável trepidação característica do período que precedeu à República: carecia de prestígio necessário sobre as elites e sobre as massas. Era um ideal vago, insulado num recanto da consciência nacional, com um raio de ação muito reduzido. Mas é certo, também, que o sentimento republicano não estava de modo algum generalizado na consciência das elites e, muito menos, na consciência das massas.”

A Revolução Francesa e principalmente o exemplo dos Estados Unidos influenciavam, é certo, uma parte das elites e os quadros mais esclarecidos dos partidos políticos, especialmente o novo Partido Liberal, mas em grau muito limitado, o que contrasta violentamente com o sentimento antiescravista, que permeava a sociedade quase por inteiro. Por outro lado,

o exemplo de desordem social e do aparecimento do caudilhismo, que medravam em torno de nós, de nossas fronteiras, e que até já nos obrigara a ações armadas para combatê-los, não eram certamente bons parâmetros a seguir, o que foi enfatizado por Nabuco, enquanto se batia vigorosamente pela abolição.

Homens da lei e da ordem, militares provados nas duras guerras, contra oligarquias republicanas, Caxias e Osório eram monarquistas convictos, como o eram Deodoro e o Visconde de Pelotas até dias antes da queda do 2.º Império. Tudo o que se temia era a sucessão de Dom Pedro II, cujo estado de saúde se agravava cotidianamente. Diabético, sofrendo crises constantes de falta de memória, quase abúlico, o monarca envelhecera precocemente, ao mesmo tempo em que pairava no ar a ameaça de, vindo ele a ser sucedido pela Princesa Isabel, ter o Conde D'Eu, estrangeiro ainda não totalmente assimilado pelo povo, como o monarca de fato, *l'éminence grise*.

O foco republicano estava mais firmemente edificado entre os estudantes, particularmente na Escola Militar, onde a figura de Benjamin Constant, por seu talento matemático e por seu exemplo de vida, forjado na doutrina de Augusto Comte, empolgava os cadetes, que lhe devotavam um sentimento próximo da veneração.

A estrutura social da Escola Militar punha em evidência que o corpo de cadetes não provinha das classes privilegiadas. Estas, amparadas na escravatura e no latifúndio, enviam seus filhos para as escolas de Direito, de onde saíam ramos para a magistratura, a diplomacia e o Parlamento. O estudo do *brazilianist John Schulz*, autor da tese: "The brazilian army and politics", cobrindo o período de 1850-1894, citado por Américo Jacobina Lacombe, constata que os cadetes procediam "de famílias de poucos recursos. E quando têm um desses nomes mágicos de família, que fornecem políticos poderosos, estadistas profundos, felizes diplomatas e administradores bem sucedidos, antes de mais nada pode afirmar-se que o portador é bastardo, sobrinho pobre ou parente remoto. Os filhos e parentes ricos são destinados aos cursos jurídicos".

É nessa conjuntura que se vão repetir atritos entre os militares e os "casacas", que se denomina de "Questão Militar", em analogia com os incidentes com o clero, que tinham sido chamados de "a Questão Religiosa".

Pedro Calmon, em sua "História do Brasil", enxerga o embrião desse conflito crescente na decisão do Imperador, contrariando Zacarias de Goes, apoiado que este estava por todo o Gabinete, e decidindo em favor de Caxias, para nomeá-lo para o comando das tropas expedicionárias brasileiras na Guerra do Paraguai. Equivocadamente, o notável escritor pretende ser esse episódio a origem do poder militar prevalecente sobre o poder civil, quando em verdade o nosso melhor general, aquele que jamais fora vencido

em campos de batalha, não era chamado a dirigir nosso Exército em luta, por mero capricho de um Gabinete liberal, que temia a projeção de um conservador.

O que se chama de "Questão Militar" é uma sucessão de fatos relacionados com a inconformação dos militares diante de certas medidas tomadas pelo Governo, dentre as quais sobressaem as que envolveram o Coronel Cunha Matos e o Tenente-coronel Sena Madureira, envolvendo questão de honra pessoal.

Vale recordar a lúcida interpretação de Oliveira Vianna sobre a psicologia do militar. Damos-lhe a palavra:

"O militar tem, com efeito, por educação e por dever o sentimento muito vivo do seu pundonor pessoal, da dignidade de sua farda e dos seus galões: a própria condição de guerreiro em perspectiva, de homem destinado a uma missão de bravura, justifica perfeitamente esta mentalidade especial. O militar tem, pois, que ser absolutamente intransigente no tocante ao seu pundonor profissional."

É sobre a garantia ou a negação do direito de defesa da honra que os episódios constitutivos da "Questão Militar" vão percutir. Vejo, porém, nos dois casos que mais agudizaram o conflito, naturezas nitidamente diversas. Diferenças básicas, ainda que com as mesmas conseqüências.

Em 1884, o tenente-coronel Sena Madureira, que se batera com bravura nos campos de batalha do Paraguai, quando recebeu as mais honrosas citações, era homem polêmico e muito brioso. Já mostrara, antes, no episódio da tentativa governamental de modificação do montepio militar, o seu temperamento e desassombro. Abolicionista convicto, estando no comando da Escola de Tiro de Campo Grande, lá recebe ostensiva e festivamente o jangadeiro Francisco Nascimento, que se fizera notório ao rebelar-se, em Fortaleza, impedindo o embarque de escravos para a Corte. O Ministro da Guerra, Senador Franco de Sá, desejando puni-lo, manda interpelá-lo pelo ajudante general do Exército. Sena Madureira recusa-se a aceitar a interpelação, argumentando que só devia explicações ao seu superior direto, o Conde D'Eu, Comandante-Geral da Artilharia. A resposta ministerial não se fez tardar. Sena Madureira é repreendido e exonerado, recorrendo a um Conselho de Guerra, mas logo em seguida nomeado para o comando da Escola de Tiro de Rio Pardo, no Rio Grande do Sul. O que ele jamais aceitaria como reparação.

Se o Governo pretendeu confiná-lo, errou, pois o que conseguiu foi a aproximação de Sena Madureira com ninguém menos que Júlio de Castilhos, que viera graduado pela Escola de Direito de São Paulo, o foco mais brilhante da pregação positivista e abolicionista. Nada obstante a sua idade, jovem, de 21 anos de idade, Júlio de Castilhos se impôs aos revolu-

cionários que o cercavam, partidários da mesma doutrina republicana. No jornal *A Federação*, fazia o proselitismo positivista e republicano. Nele abrigou Sena Madureira que, para fugir à proibição regulamentar, escrevia artigos não assinados. Ou era disso suspeitado. O Ministro da Guerra deu-se por atingido, acusando o militar de procedimento desleal, em discurso no Parlamento, onde travou acerbo debate com o Visconde de Pelotas, que defendeu Sena Madureira. Era uma gota a mais, a separar do Governo os militares. Impossível negar, porém, que o árdego tenente-coronel, além de humanitariamente a favor da abolição, era uma intelectualidade brilhante e já politizado. Sua aproximação com os epígonos de Augusto Comte já significava a sua adesão ao regime republicano, sob a forma que se vulgarizou como ditatorial, pretendendo traduzir o pensamento de Comte. Na verdade, a denominação é indutora de equívoco, pois a rigor significaria repúdio à forma assembleísta, visando a reforçar o poder central, mas resguardando amplo exercício da liberdade, como sustenta Ivan Lins. Em essência, pode-se fazer uma grosseira analogia entre a pregação comtiana de então e o "presidencialismo imperial" de Shlesinger. Ainda que não comparável à democracia, também não se iguala ao totalitarismo.

Visando a coibir as manifestações públicas dos militares e suas conseqüências, ao tempo da gestão do Ministro da Guerra, Senador Cândido de Oliveira, fora reativada a proibição aos oficiais de alimentarem discussão pela imprensa, mesmo que para defenderem-se de acusações julgadas injustas, a menos que com prévia autorização do ministro. É esse dispositivo disciplinar que vai dar margem, por sua aplicação, a outro conflito, envolvendo o Coronel Cunha Matos, oficial muito conceituado no Exército, sem qualquer veleidade republicana.

Em inspeção, dentro de suas atribuições, realizada rotineiramente, no Piauí, em 1885, o Coronel Cunha Matos verificou vultoso desvio de fundamento, na unidade comandada pelo Capitão Pedro José de Lima. O pressuposto para a averiguação era o afastamento do capitão, contra o que protestou o Deputado Simplicio de Rezende, pretendendo ver, na acusação, injunção política. Da tribuna da Câmara, o deputado não só defendeu o seu protegido como enveredou pela injúria. Reabriu uma dolorosa cicatriz, perfilhando acusação infamante: a de que o coronel tinha, quando prisioneiro dos paraguaios, em Tuiuti, obedecido ordens de Solano Lopez para abrir fogo de artilharia contra os brasileiros. Dessa torpe acusação, o Coronel Cunha Matos, em processo por ele mesmo pedido, fora absolvido no Supremo Conselho Militar. Exumando essa miséria, o deputado estava arrimado em suas imunidades. Cunha Matos faz uso da imprensa para defender-se e criticar o Ministro, Deputado Alfredo Chaves. Este prontamente reagiu e o puniu com prisão, da qual não recorreu o coronel. O Exército, porém, viu na punição a solidariedade do ministro à infâmia praticada pelo deputado. Funcionou o *esprit de corps*. O caso pessoal tomava vulto abrangente. Como bem viu Oliveira Vianna "essa repreensão (na verdade, prisão) tão natural e tão regulamentar foi como a percussão de

uma espoleta de granada. Feriu a "honra da farda". E a honra da farda explodiu".

Com efeito, o Visconde de Pelotas, que comandara Cunha Matos e lhe tinha admiração, fez incisivo discurso no Senado, em defesa da honra, que julgou ultrajada, do Coronel. Disse que o agravo que sofrera Cunha Matos era, por injusto, uma ofensa a toda a classe. E acrescentou: "O oficial que é ferido em sua honra tem o direito imprescindível de desagrarar-se". O Senador Barros Barreto, pretendendo limitar esse direito, em aparte, disse:

— "Desde que as leis o permitam".

Ativo, o Visconde retrucou:

— "Eu não digo que as nossas leis o permitam. Estou dizendo ao Ministro da Guerra o que eu entendo que deve fazer um militar quando é ferido em sua honra. E fique sabendo o nobre senador por Pernambuco que quem está falando assim, assim procederá, sem se importar que haja lei que o vede. Eu ponho a minha honra acima de tudo!"

Esse conceito de honra, os militares espantavam-se de não o ver alçado ao mesmo nível de sacralidade, pelos "casacas". Nisso estava, provavelmente, a gênese da animosidade de parte a parte.

Júlio de Castilhos, por sua inteligência brilhante e forte liderança, passa a chefiar o Partido Abolicionista e Republicano do Rio Grande. Dele se aproximara Sena Madureira, a quem o Ministro Franco de Sá atribuíra os artigos apócrifos, no debate no Parlamento. Indignado, Sena Madureira publica, no jornal de Júlio de Castilhos, um artigo assinado, em agosto de 1886. Foi imediatamente repreendido, por transgressão, com base no aviso que proibia a manifestação de militares pela imprensa. Júlio de Castilhos corre em sua defesa, em matéria publicada no mesmo jornal. Depois de salientar que o artigo de Sena Madureira fora "concebido em linguagem atenciosa e cortês, em resposta às desagradáveis alusões de caráter pessoal que no Senado lhe fez o Sr. Franco de Sá", põe em dúvida a legalidade do ato ministerial. Escreve:

"Se alguma lei pode no caso ser invocada pelo ministro prepotente, essa é a lei do arbítrio, que aliás é neste Império a mais imperiosa, a mais respeitada e a que é mais freqüentemente posta em aplicação."

E pouco adiante:

"Molestando e ofendendo a nobre suscetibilidade de oficiais superiores, da ordem do Tenente-Coronel Madureira, que é sem dúvida uma das figuras mais culminantes do Exército nacional, o Império não desaira o ofendido, a quem não faltam as simpatias e as homenagens dos companheiros de armas e a cujos

merecimentos é tributado justo respeito unânime; mas viola a responsabilidade militar e ofende, na pessoa de um chefe eminente, o justo melindre e a honra do Exército, que valem tanto como os bríos e a dignidade da Nação”.

Realmente, a punição de Sena Madureira provocou a mobilização de seus companheiros, em solidariedade. Foram ao comandante das armas, que era Deodoro, dublê de vice-presidente da província. Pediram-lhe permissão para uma reunião. Concedendo-a de pronto, o Marechal avisou:

— “E fiquem sabendo que já estou tiroteando nos postos avançados”.

Alusão a cartas que já vinha trocando com o Presidente do Conselho, Cotegepe. Este, conhecendo o que se passara em Porto Alegre, telegrafou a Deodoro perguntando-lhe se a reunião fora de seu conhecimento e se a autorizara. “Sim”, respondeu o comandante das armas. Os oficiais — disse — encontravam-se justamente melindrados com o tratamento dado à classe, e ele também o estava. Contemporizador, Cotegepe silenciou.

A insatisfação se alastrava. No Rio de Janeiro, os oficiais reuniram-se e prestaram solidariedade aos camaradas do Rio Grande do Sul.

Até então, Deodoro, conservador, e Pelotas, liberal, não se queriam bem. Era imperativo, para os republicanos, aproximar um do outro, as duas espadas que se glorificaram no Paraguai. Obra possivelmente de Quintino Bocaiúva teria grandes conseqüências no futuro próximo. Caxias e Osório já haviam desaparecido, aquele em 1880; este, um ano antes. Eram dois venerados chefes e sólidos pilares em que se arrimava a Coroa. A sua falta, a monarquia começava a periclitar.

O Senador Afonso Celso, notável tribuno mineiro, em defesa de servidores de Minas, que haviam retrucado, pela imprensa, acusações injuriosas de que haviam sido vítimas, defende-os do Ministro da Justiça. Algo semelhante ao que vinha ocorrendo com militares. Associando os fatos, disse Afonso Celso que, se o Ministro Chaves mandara prender Cunha Matos porque lhe faltara ao respeito, pela imprensa, nada havia a obstar, por ato legal. A advertência, porém, por ter o Coronel se defendido das injúrias feitas na Câmara dos Deputados, essa é injusta. Disse ele:

— “O cidadão porque veste farda não perde as suas garantias nem o seu direito de defesa. As imunidades parlamentares não vão nem podem ir ao ponto de privar aquele que é vítima de invectivas, da faculdade de justificar-se com a maior ou menor energia, ainda que seja militar. O militar, como qualquer outro cidadão, tem o direito de manifestar livremente o pensamento. Esse direito constitucional só pode sofrer as limitações que lhe

puserem as ordenanças do Exército e da Armada previstas pela própria Constituição. Ora, o que proíbem as leis militares? Que o oficial injurie o seu superior, ofenda o seu camarada ou estabeleça polémica sobre assuntos que afetem a disciplina. Nenhuma dessas hipóteses justificou a repreensão. O deputado, o senador não é superior nem camarada do oficial: o assunto nada tinha com a disciplina; portanto, essa advertência foi injusta.”

Cotegipe tentava evitar a escalada dos conflitos. Admitindo que sofria um arranhão em sua autoridade, concordou em que, levantada a tese da inconstitucionalidade dos avisos ministeriais, fosse o assunto objeto de consulta ao Supremo Conselho Militar. Este opinou pela inconstitucionalidade, que se transformou em resolução imperial. O novo Ministro da Guerra, porém, recusou-se a anular as punições, exceto se requeridas pelos oficiais punidos.

Reunidos no Teatro Recreio, duzentos oficiais do Exército e da Armada, presididos por Deodoro, que tinha por secretário Sena Madureira, realizaram tumultuada assembléia, que terminou com a publicação de uma nota enérgica em que declaravam não admitir, terminado o conflito, se perdurassem os efeitos dos avisos; considerar que só a cessação de medidas tendentes a perseguir oficiais, que aderiram à questão militar poderia acalmar a irritação e o desgosto que reinavam nas fileiras; e decidiam dar plenos poderes ao Marechal Deodoro para representá-los junto ao Governo de Sua Majestade o Imperador, para conseguir uma solução digna do Governo e dos bríos da classe militar.

A crise chegava ao seu auge.

Deodoro, no desempenho da delegação recebida, dirigiu duas cartas sucessivas ao Imperador, mas a saúde de Dom Pedro estava gravemente afetada. As cartas, em tom dramático, ficam sem resposta.

Torna-se público, então, um manifesto assinado por Deodoro e o Visconde de Pelotas, exortando o Parlamento a mediar a crise. Conhecido como “Manifesto dos Generais”, fora redigido por Rui Barbosa. Salientava a inconformação com o Gabinete, onde o novo Ministro da Guerra, mesmo em face da decisão do Supremo Conselho Militar de que as punições tinham sido injustas, não se dispunha a anulá-las, a menos que os oficiais punidos requeressem a anulação.

Argumentava o manifesto que a exigência era uma humilhação inadmissível, “como se à autoridade que de público reconhece haver lesado a lei numa espécie determinada e concreta, não tocasse, por nobreza, por decoro, por justiça estrita, por encargo especial de suas funções, o dever de reintegrá-la”. Criticando asperamente o Ministro da Guerra, que defendia as punições como decorrentes de transgressões disciplinares, e que se

negava a conceder o Conselho de Guerra, requerido por Sena Madureira, afirmava:

— “Princípios tais, inauditos até agora, fariam da boa fama dos oficiais brasileiros simples propriedade do Governo, sem haver mais honra de militar, que pudesse desafrontar-se de uma nódoa imerecida, quando a parcialidade de um ministro deliberrasse infligir-lhe mancha e recusar-lhe o desagravo judicial. Sob tais teorias jurídicas não há Exército, nem pode haver Pátria; porque a primeira condição da Pátria é o pundonor dos defensores profissionais de sua honra.”

Depois de várias outras considerações jurídicas e de deplorar que a “doença inquietadora de Sua Majestade não nos permita invocar diretamente o Chefe do Estado”, conclui o manifesto fazendo um derradeiro apelo ao Parlamento, adiantando porém manterem-se “no posto de resistência à ilegalidade, que é o do nosso dever, do qual nada nos arredará, enquanto o direito postergado não receber a sua satisfação plena”. E de modo a não deixar qualquer dúvida, encerrava com estas cristalinas palavras:

— “Havemos de ser conseqüentes, como quem não conhece o caminho por onde se recua sem honra.”

Consta que a frase foi exigência do Visconde de Pelotas. Ao manifesto aderiram todas as guarnições do País, exceto Pernambuco.

No Senado discutiu-se o apelo. Para ele se transferira a crise. Conservadores e liberais dividiam-se, já agora não em termos partidários antagônicos. Novamente, a palavra elegante e respeitada de Afonso Celso se faz ouvir, para contestar a fala do Presidente do Conselho. Começou por discordar da interpretação, que dera Cotegipe, a uma expressão pronunciada por Pelotas. Este dissera que uma repreensão aplicada injustamente a um oficial ofendia a toda a classe. Cotegipe torceu a oração, para: “uma repreensão aplicada a um oficial é uma ofensa a toda a classe”.

Condenando a falta de autoridade do Governo e salientando que jamais defenderia a entrega do poder ao seu Partido (o Liberal) “pelo caminho que lhe abram as espadas e as baionetas do Exército”, dissecou o discurso de Cotegipe. Historiou os fatos. Mostrou a incoerência do Governo ao não anular de ofício as punições, depois de ter aceito consultar o Conselho Supremo, que entendeu não terem os oficiais abusado.

— “Este ato do Governo não tem justificação e provocou a fase em que ora se acha a questão. Não! — disse o nobre Presidente do Conselho — o Governo não pode ceder à pressão do Exército. Sem dúvida que não pode, nem deve; nesse dia deixaria de ser Governo, e este País estaria sob a ditadura militar. Reclamações vivas, instantes, enérgicas de alguns oficiais é o que até hoje o orador conhece. O Governo perderia seu prestígio

se mandasse cancelar as notas, independentemente dos requerimentos dos interessados, observou Sua Excelência. Mas, perda de prestígio, por quê? Nunca um Governo fortifica-se tanto perante a opinião pública, como quando se apressa em reparar a injustiça praticada e corrigir o erro cometido.”

A exigência do requerimento, contra o que se insurgira firmemente o Tenente-Coronel Sena Madureira, era considerada um capricho.

— “Pobre País — perorou — quando o capricho reina nas alturas governamentais, onde somente devem influir a moderação e a justiça. Assim como a disciplina é o primeiro requisito de um Exército regular, a obediência é a sua base essencial. Essa obediência, porém, não se pode ser a do autômato. Os exércitos passivamente obedientes não são defensores da nação, mas guardas pretorianas e facilmente se convertem em instrumentos de golpes de Estado, como o 2 de dezembro em França.”

O Visconde de Pelotas, assumindo a responsabilidade pela autoria do manifesto, foi à tribuna e declarou que se despia das imunidades parlamentares para que o Governo o sujeitasse a Conselho de Guerra. Recordando o gesto de Pedro I, em abril de 1831, fez apelo dramático a Cotegipe:

— “Mude de orientação por amor deste País e, quem sabe, se por amor das instituições!”

Recorde-se que estávamos a 18 de maio de 1888.

O Conselheiro José Antônio Saraiva, até então indiferente, passa a indagar se não haveria um meio de conciliar Exército e Governo, uma solução para a crise que já era assustadora. Para surpresa geral, quem secunda Saraiva é Gaspar da Silveira Martins, o impetuoso representante do Rio Grande, que poucos anos antes havia promovido, por interposto amigo, a acusação de corrupção ao Marechal Deodoro, enquanto administrador da província do Rio Grande. E obtivera, até, a pronúncia pelo tribunal local, anulada posteriormente, com o reconhecimento da lisura do Marechal. Pois é Gaspar da Silveira que, fazendo alusão ao conceito que tinha ainda do comandante das armas e presidente da Província do Rio Grande, como esbanjador dos dinheiros públicos, recolheu apoiados generalizados do Plenário, ao dizer:

— “Neste assunto não há que distinguir partidos. O Exército não é liberal, nem conservador, é nacional.”

Em seguida, formalizou moção nestes termos:

“Requeiro que, à vista da imperial resolução de 3 de novembro de 1886, tomada sobre consulta do Conselho Supremo Militar

de 18 de outubro do mesmo ano, o Senado convida o Governo a fazer cessar os efeitos das penas disciplinares, anteriormente à resolução, impostas a militares por uso indevido da imprensa, fora do caso especificado na Consulta do Conselho Supremo, como contrário à disciplina do Exército — S. R. — Silveira Martins.”

Francisco Otaviano, orador primoroso, entrou nos debates para, ironicamente, apiedar-se da solidão de Cotegipe, que ele via desertado de seus amigos. E arrematou:

— “Os honrados senhores membros do Partido Conservador parece que têm emudecido. Na hora em que o nobre Presidente do Conselho, como suponho, tenha de retirar-se da administração pública, aceitando o conselho do Senado, poderá dizer que o seu Waterloo foi a mais brilhante batalha que travou; e como o herói das lendas francesas, decantado nos versos de Béranger, repetirá que a mais brilhante de suas batalhas foi a que perdeu por lhe faltarem os auxiliares com que contava. Votarei pela indicação.”

A moção aprovada, com a resistência, entre outros, de Cândido de Oliveira e Dantas, o Gabinete Cotegipe atendeu ao “convite” e anulou as punições. Oliveira vê nisso a “revelação, mais uma vez, da prodigiosa fecundidade inventiva dos políticos civis, quando defrontados, inesperadamente, por uma situação de perigo”.

O Senado confirmou sua vocação conciliatória, que em geral é a marca da senectude, a que está ligado *senatu*, no latim.

Ainda assim, seria um interregno na marcha para a deposição do Imperador e a mudança do regime.

Caem os conservadores. Sobe ao poder o Gabinete Ouro Preto. Era 7 de junho de 1889. Temperamento diverso do de Cotegipe, ou de João Alfredo, não era dado a transigências. Já na sessão de apresentação do Gabinete, repeliu vivamente a impertinência do Padre João Manuel, que em plena cerimônia gritara:

— “Viva a República!

— Viva a República, não! — redarguiu o Visconde — Não e não, porque é sob a monarquia que temos obtido a liberdade que outros países nos invejam. Viva a monarquia, forma de governo que a imensa maioria da Nação abraça, e a única que pode fazer a sua felicidade.”

Voluntarioso e intrépido, o Visconde de Ouro Preto iria ser o detonador da crise final. Surge então o estopim. É Benjamin Constant, a quem o Imperador chamava de “excelente criatura e meu amigo”. Campeão de

primeiros lugares em concursos, fora sempre preterido. Convidado por D. Pedro para preceptor de Suas Altezas Imperiais, recusa o convite. Essa altivez já fora provada ao seu tempo de cadete. Haviam desaparecido, na Escola Militar, alguns objetos. Não localizando os culpados, o comandante, em ordem do dia, estende a acusação e a suspeita a todos os alunos. Tropa formada, um oficial começa a leitura do documento. Benjamin sai de forma e audaciosamente arrebatou o papel dizendo:

— “Esta ordem do dia não pode ser lida, porque é um insulto intolerável a todos os alunos!”

A conseqüência não podia ser outra. Preso, foi recolhido à Fortaleza de Santa Cruz. Intervenções generosas impediram o seu desligamento.

Estalara a guerra provocada por Solano Lopez. Logo chegou a ordem de embarque para o Tenente Benjamin, casado quando a noiva tinha apenas 15 anos de idade. Pede a esposa audiência ao Imperador. Apela para impedir o embarque do marido e já pai de duas filhas. Como professor, argumenta a angustiada Maria Joaquina, Benjamin seria mais útil que na guerra. Condoído, Dom Pedro acede ao pedido. Mas o tenente não se conforma. Vai, por seu turno, ao Imperador. A esposa, diz ele, com a melhor das intenções, era uma jovem de 18 anos e não atentara para a gravidade do pedido. Fazia questão de cumprir a ordem de embarque. Dom Pedro, mantendo o princípio de que “palavra de rei não volta atrás”, resistiu. Sua decisão ele a mantinha. Benjamin não se dá por vencido. Não se retira da presença de Sua Majestade. Audacioso, continuou a argumentar, até que o Imperador concordou, comentando com os áulicos:

— Tenente caprichoso!

Na guerra, portou-se com bravura nas missões da Engenharia. Impaludado, resistiu o que pôde até ser hospitalizado. Mal curado, regressou à frente de batalha, na faina de fazer croquis e mapas do terreno, para o estudo dos estados-maiores. Finalmente regressa à Corte, por ordem expressa de Caxias.

Em 1873, ei-lo finalmente professando matemática na Escola Militar. Em pouco tempo é ídolo dos cadetes. E os conquista para o positivismo, discípulo que era, dos mais brilhantes, de Augusto Comte. Pelo brilho de suas aulas, pela conduta pessoal irrepreensível, pela autoridade e respeitabilidade com que se havia como oficial e professor, os cadetes dele fizeram o seu símbolo da honradez. Em torno dele passou a gravitar a juventude ávida de justiça e de fraternidade entre os homens. Muito mais eficiente que os clubes republicanos, a cátedra de Benjamin Constant foi um pólo de onde se irradiou a mais poderosa das correntes abolicionistas e republicanas. Sem esse mestre admirado e venerado, não é exagero afirmar, talvez o 15 de novembro não tivesse passado de uma revolta militar, bem sucedida na deposição de um Gabinete, e não da monarquia.

Major ainda, Benjamin é o orador que empolga os oficiais reunidos no Teatro Recreio, sob a presidência de Deodoro, que, exonerado do comando das armas no Rio Grande, viera para o Rio.

Devotado à causa republicana, Benjamin foi o decisivo instrumento para obter a conversão de Deodoro, que até pouco antes, ainda em novembro, era monarquista convicto e nutria pelo Imperador uma amizade profunda e um respeito inalterado ao longo de uma vida. Visitando constantemente Deodoro, tudo fazia para convencê-lo de que a reação militar a tantas injustiças não podia deter-se na mudança de um ministério. Havia que ir mais longe. Era imperativo que se mudasse o próprio regime, já que o terceiro reinado se prenunciava desastroso.

Trabalhado vivamente por Benjamin, o Marechal Deodoro vacilava. Nos dias 10 e 11 de novembro, nova carga de Benjamin, ao qual se juntaram Quintino Bocaiúva, Aristides Lobo e Francisco Glycério. O sentimento de lealdade e a força da amizade pelo amigo que o cumulava de atenções levou Deodoro a balbuciar:

— “Eu queria tanto acompanhar o caixão do Imperador, que está velho, e a quem respeito muito.”

Percebendo o perigo da contaminação emocional e o efeito da ternura por Dom Pedro no brayo Marechal, Benjamin insistiu com o maior vigor. Vencido, afinal, Deodoro admitiu ainda com a maior relutância:

— “Pois então façamos a República.”

Dois dias depois, ao receber em sua casa o Marechal Ilha Moreira, que também pretendia catequizá-lo, Deodoro o surpreendeu:

— “Ilha, a República é a nossa única saída, a salvação do Exército. Depois, indo ao encontro da propaganda republicana, talvez possamos evitar o derramamento de sangue.”

As voltas do destino são caprichosas. O Visconde de Ouro Preto, que tivera papel relevante na defesa dos militares, nos casos Cunha Matos e Sena Madureira, e que dissera a Cotegipe não aceitar jamais uma ditadura militar e nem que seu partido, o Liberal, chegasse ao poder com o caminho aberto pelas baionetas, vai ser precisamente o detonador, ou o pretexto para a detonação da revolta militar que acabou destronando Dom Pedro II e fazendo a República.

Presidente do Conselho de Ministros, Ouro Preto não transigia, nem tinha a ductilidade de Cotegipe, ou a humildade de João Alfredo, que ao presidir o Gabinete a primeira coisa que fez foi escrever a Deodoro dizendo que nada faria nem deveria fazer, antes de ouvir e aconselhar-se com o Marechal. Defendeu Ouro Preto o que lhe parecia o direito, de o militar desagrar-se publicamente de injúrias e difamações, mas sempre ressaltou que as transgressões disciplinares não poderiam ficar impunes. Haveria de ser, porém, no seu Governo que a explosão final dar-se-ia.

Já agora não se tratava de defender a "honra da farda", o que unia militares. Era o verbo de Benjamin que, somado à doença do Imperador e ao receio quase generalizado de um terceiro reinado com o Conde D'Eu como regente de fato, provocaria a agitação republicana.

Não admitindo a indisciplina, Ouro Preto demite o comandante da Escola Militar por sua omissão quando, em cerimônia de recepção a oficiais chilenos, Benjamin discursa fazendo praticamente a apologia da República. Censura o Ministro da Guerra, Cândido de Oliveira, porque, presente à cerimônia, não deu voz de prisão ao tenente-coronel indisciplinado e apenas retirou-se em protesto silencioso. E foi além: não lhe bastava a exoneração do General Miranda Reis. Determinou a constituição de um conselho de oficiais professores, na Escola Militar, para o enquadramento de Benjamin nos regulamentos vigentes, de modo a puni-lo também. Até Dom Pedro, paternal e suasório, tentou demovê-lo.

— "Qual, Sr. Ouro Preto, não vá por aí. O senhor acredita no resultado desse Conselho? Lobo não come lobo. O Benjamin é uma excelente criatura, incapaz de violências; é homem de X mais B, e além disso muito meu amigo: mande chamá-lo, fale com franqueza e verá que ele acabará voltando ao bom caminho."

Ouro Preto, cioso de sua autoridade, respondeu respeitosamente, mas insistiu:

— "Sou Governo. Diante de um fato público como este, não sei como me posso entender com esse oficial, antes que ele seja punido e convencido de sua falta."

Irredutível, diante de uma indisciplina coletiva, que implicava o 22.º Batalhão, transfere-o para o Amazonas. Mais tarde, disse tê-lo feito a conselho de Floriano Peixoto, Ajudante General, em cujo perfil disciplinador tanto confiava.

Logo uma intriga bem urdida fez divulgar que Ouro Preto estava aplicando a tática de dispersar as unidades militares, para enfraquecer o Exército. Ademais, um boato tomara conta dos arraiais castrenses: o de que Ouro Preto não se contentava com a punição de Benjamin, e iria prender Deodoro, em cuja casa se sucediam reuniões. Consta que essa versão foi inventada propositalmente pelo Major Solon Ribeiro, republicano ardoroso, para forçar a reação do Exército. Outro rumor, esse com certo fundamento, divulgava a determinação de Ouro Preto de organizar, armar e adestrar a Guarda Nacional, como possível força a opor-se aos militares de linha. Pode imaginar-se a agitação que tomou conta dos quartéis da tropa regular. Finalmente, outro boato, já deposto Ouro Preto, visava motivar definitivamente o Marechal Deodoro para a República: o de que Dom Pedro encarregaria de formar o novo governo a ninguém menos que Gaspar Silveira Martins, que, inimigo de Deodoro, já o tinha feito passar pela ofensa de incriminá-lo como corrupto no Rio Grande.

Assim, de boato em boato, e diante da postura inflexível de Ouro Preto, que não admitia a indisciplina militar, chegou-se à República.

Deodoro, acamado embora, levanta-se na manhã de 15 e monta o seu cavalo baio, para investir contra o Governo, até aí sustentado militarmente pelo General Floriano Peixoto, Ajudante General. Ouro Preto recusara parlamentar com Deodoro que, à frente da tropa amotinada, pedira a Floriano que dissesse a Ouro Preto “que já estava pronto para conferenciar com o chefe do Governo”.

Inflexível, Ouro Preto respondeu asperamente:

— “Diga ao Sr. Deodoro que nenhum comando lhe foi confiado pelo Governo e que não posso conferenciar com um general que está no comando de um força de revoltosos”.

Em seguida, vem o diálogo que selou o destino do Governo e da monarquia. Estando a artilharia rebelde desdobrada metros em frente ao Quartel General, Ouro Preto interpela Floriano Peixoto:

— “Essa artilharia pode ser tomada a baioneta. No Paraguai os nossos soldados apoderaram-se de artilharia em piores condições”.

O Ajudante General fulmina as esperanças legalistas, respondendo:

— “Mas lá tínhamos em frente inimigos e aqui somos todos brasileiros”.

Mais tarde, em seu próprio livro, Ouro Preto escreveria:

“Se eu pudesse ainda manter ilusões, elas se teriam dissipado ante essa frase.”

Aclamado pela tropa que deveria defender o Governo, Deodoro adentra o Quartel General, sob os gritos de “Viva o Marechal Deodoro!” Dirige duras palavras ao Visconde de Ouro Preto, que lhe respondeu com altivez e dignidade. E conclui bruscamente como se se dirigisse a soldados:

— “Para as vossas casas, senhores ministros”.

Horas depois, estaria proclamada a República, com o sangue derramado somente do Barão de Ladário.

Há quem, abalizadamente, veja na renúncia de Zacarias de Goes a causa remota da queda da monarquia, pelo desencanto com o que foi denominado de “golpe imperial”, acusado Dom Pedro II de abuso do poder pessoal. E, ainda no Gabinete Zacarias, a escolha, contra sua vontade, de Caxias, para comandar o Exército brasileiro, estagnado na frente de Curupaiti. Desde então teria crescido a indiferença ou a hostilidade para com a Coroa, sentimento que aumentou com a abolição da escravatura, ressentidos os oligarcas rurais, até então um dos pilares da monarquia.

As causas imediatas estão na pregação do positivismo, especialmente nas aulas de Benjamin Constant na Escola Militar, em conexão com as idéias republicanas, irradiadas também e particularmente nas escolas de Direito. Estão, talvez principalmente, nos conflitos envolvendo militares e os "casacas", designação pejorativa dada aos políticos que assumiam o Ministério da Guerra, no regime parlamentar, e que passaram para a História como "a Questão Militar". Por fim, não se pode perder de vista o melindre da Igreja, em consequência da "Questão Religiosa".

Ainda assim, foi a farda, foi a espada, foi a influência intelectual de Benjamin Constant que transformou a reação militar contra o Gabinete Ouro Preto, na consequência muito mais profunda que a destituição violenta de um governo, para atingir mortalmente a própria monarquia vista com grande suspeição, quanto à sucessão de Dom Pedro II, com o risco de termos um príncipe consorte impopular como imperador de fato.

Fora de dúvida é que a República foi obra fundamentalmente dos militares. Os clubes republicanos do Rio de Janeiro ainda tiveram alguma influência, porque Quintino Bocaiúva, convencido de que somente o estabelecimento militar poderia derrubar a monarquia, aproximou-se dos oficiais republicanos. Os de São Paulo, onde eram em maior número e expressão, esses parece terem sido até surpreendidos no 15 de novembro de 1889.

Pedro Calmon localiza no episódio em que Zacharias de Goes é vencido, na decisão imperial, pelo Duque de Caxias, o embrião do "poder militar". Note-se que, no caso da vitória dos ideais republicanos, a tese de que o Império se sustentou no "Poder Moderador" de Dom Pedro é revigorada, na medida em que, seriamente doente o Imperador deixou de exercer esse privilégio de árbitro, ficando a vitória com os que tinham o privilégio da força.

Historiadores contemporâneos há que vêem, no "Exército de Deodoro", a gênese de uma suposta missão que as Forças Armadas se teriam auto-atribuído: exatamente a de "Poder Moderador", pois, desde então conscientizadas de que podem mudar não só governos como regimes, impõem-se a tarefa de intervir sempre, que a seu critério, devam fazê-lo com a intenção de salvar as instituições.

Embora nunca merecendo chamar-se um "partido militar", inserido na vida política brasileira, é esse mesmo Exército, são as Forças Armadas modernas que sucessivamente derrubam a oligarquia republicana de 1930; que sustentam a ditadura Vargas, no golpe de 1937, a ser por seu turno derrubada em 45; que intervêm em 54, 55 e 61, e pela primeira vez assumem diretamente o poder em 64, para promoverem elas mesmas a distensão e a entrega do poder aos civis 21 anos depois. Quase sempre, o apelo para a intervenção vem de fora, dos políticos que o Presidente Castello, lembrando palavras de Caxias em outras circunstâncias, chamou de "vivandeiras" dos quartéis. Ele mesmo, que na Escola de Comando e

Estado-Maior criticava duramente o envolvimento do militar na política, teve de compreender que, por vezes, isso é resultado de outro apelo: o que é interior, que resulta da consciência de inevitabilidade da intervenção, quando a omissão corresponderia à convivência com o solapamento das instituições e a ameaça à liberdade. Então, a impaciência e a consciência da gravidade do perigo impele os militares a saírem de seu papel fundamental. Foi o exemplo do próprio General Castello Branco, que teorizava convictamente contra desvios dessa natureza, mas se viu forçado a baixar, nos últimos dias de março de 1964, as suas famosas instruções de Chefe do Estado-Maior, abraçando a tese de que a ilegalidade estava não na ação sancionadora, mas em quem, no exercício do poder, afastara-se do cumprimento do dever constitucional.

Assim como, já no Segundo Império, os militares provinham da classe média que então nascia, entre o patriciado e o escravo, com o desenvolvimento da sociedade e seu estágio superior de complexidade, eles continuam sendo recrutados nesse segmento da população. Natural e até fatal é que sejam permeáveis aos anseios, aos sentimentos críticos e até à revolta desse estrato social. Mesmo hoje, quando o proletariado urbano apresenta razoável grau de organização, a classe média é, ainda, a grande formadora de opinião pública.

Se examinarmos com isenção o desenvolvimento político brasileiro veremos que, se o Exército de Deodoro e Floriano proclamou uma República a que o povo, no dizer do republicano Aristides Lobo, “assistiu bestializado”, todas as intervenções posteriores evidenciam que os militares têm-se curvado ao pensamento dominante que prepondera na opinião pública e, jamais, como intérpretes de privilégios de casta, que nunca foram nem serão.

BIBLIOGRAFIA

- OLIVEIRA VIANNA** — “O Ocaso do Império” — Cia. Melhoramentos de São Paulo — 2ª edição.
- TEIXEIRA MENDES** — “Benjamin Constant” — Publicação do Apostolado Positivista do Brasil — Rio de Janeiro — 2ª edição.
- IDÉIAS POLÍTICAS DE JÚLIO DE CASTILHOS** — Edição Conjunta do Senado, MEC e Casa de Rui Barbosa, 1982.
- SALIM DE MIRANDA** — “Floriano” — Biblioteca do Exército — 1963.
- A. DE LYRA TAVARES** — “Aristides Lobo e a República” — Editora José Olympio — Rio de Janeiro — 1987.
- AFONSO CELSO** (Visconde de Ouro Preto) — “Perfis Parlamentares” — Câmara dos Deputados em convênio com a Editora José Olympio — Brasília — 1978.
- GASTÃO PEREIRA DA SILVA** — “Prudente de Moraes — o Pacificador” — Zélio Valverde Editor.
- GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE** — Editora Delta — Rio de Janeiro.
- RUI BARBOSA** — Obras Completas — Tomo VII — Casa de Rui Barbosa.

O Estado brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da Constituição de 1988

CLÉMERSON MERLIN CLÈVE * e
MARCELA MORAES PEIXOTO **

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *Técnicas de distribuição constitucional de competências.*
3. *O princípio da autonomia do Estado-Membro na Federação Brasileira.*
 - 3.1. *Os poderes dos Estados-Membros.*
 - A. *O poder constitucional.*
 - A.1. *Princípios enumerados.*
 - A.2. *Princípios estabelecidos.*
 - B. *O Poder político-administrativo.*
 - 3.2. *As atribuições dos Estados-Membros.*
 - A. *Competência político-administrativa.*
 - A.1. *Competência internacional.*
 - A.2. *Competência militar.*
 - A.3. *Competência política.*
 - A.4. *Competência administrativa.*
 - B. *Competência financeira.*
 - C. *Competência legislativa.*
 - D. *Competência social-econômica.*
 - D.1. *A discriminação constitucional de rendas.*
 - D.2. *O problema do desenvolvimento.*
4. *Conclusão.*

(*) Procurador do Estado, advogado e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

(**) Procuradora do Estado e advogada no Paraná.

1. Introdução

A análise da forma do Estado brasileiro pode conduzir a duas leituras. Uma leitura federalista, como quer aparentemente o texto constitucional, e outra leitura unitarista. Um simples perpassar de olhos sobre o texto constitucional de 1988 lembrará a sentença de Marx a respeito das declarações burguesas de direitos humanos⁽¹⁾: *cada direito expresso ou reconhecido por um artigo é desmentido, logo a seguir, por outro*. Assim é com a Carta Constitucional brasileira no que se refere à Federação. Cada afirmação da autonomia do Estado-Membro implica em outra que a limita, a restringe, a desmente. Talvez por isso alguns juristas⁽²⁾ chegam a afirmar que o Brasil, hoje, não é mais do que foi durante o Império, após o Ato Adicional de 1834 que concedeu uma relativa autonomia política para as, então, Províncias⁽³⁾: um Estado unitário descentralizado. Ora, esta leitura, como veremos adiante, desde que relativizada suficientemente, é tão legítima quanto aquela que vê em nosso País a arquitetura de um Estado Federal. Quanto a nós, procuramos ver a divisão espacial do poder, no Brasil (como em qualquer país), enquanto processo dinâmico animado pela relação de forças⁽⁴⁾ entre as classes (e frações delas) que dominam a cena política. Não podemos, pois, apreender o nosso federalismo senão através de suas duas faces: a face unitária e a face federal. Conforme a relação de forças cristalizada momentaneamente no processo político, privilegiar-se-á o momento federal ou o momento unitário do Estado brasileiro⁽⁵⁾. Essa constatação não contraria, entretanto, a evidência de que a partir de 1964 e, principalmente, a partir de 1967/69 se multiplicam as variáveis que reforçam o momento unitário do Estado brasileiro. Essa evidência não desmente a tese de Kelsen, segundo a qual entre o Estado

(1) MARX, Karl, *A questão Judaica*, São Paulo, Editora Moraes, s/d.

(2) BONAVIDES, Paulo, "O Caminho para um Federalismo das Regiões", *Revista de Informação Legislativa*, a. 17. n. 65, jan./mar. 1980, pp. 115-126. O autor chega a afirmar: "... O que existe é o Estado unitário de 90 anos, nascido a 15 de Novembro de 1889 sobre as ruínas da monarquia. O unitarismo do Império fora incomparavelmente mais verídico e autêntico, na sua projecção histórica, do que aquele trazido pela distorção republicana de 89".

(3) Com efeito, o ato adicional de 1834 concedeu uma relativa autonomia política para as Províncias, podendo as Assembléas locais editar normas com o status de leis. Com o advento da República, as antigas províncias foram transformadas em Estados, por ato do governo provisório, formalizado definitivamente pela Constituição de 1891.

(4) Sobre isso, conferir Clève, Clémerson em *O Direito e os Direitos*. S. R. Acadêmica, 1988.

(5) É evidente que a centralização, bem como a descentralização do poder político (e económico) acompanham, além de outras, a lógica do capital. As forças sociais dominantes em cada momento histórico são determinantes da forma através da qual o Estado vai se estruturar. Essa visão decorre da leitura que fizemos de Poulantzas, Nicos, *O Estado, o Poder, O Socialismo*, Rio, Graal, 1981,

Federal e o Estado Unitário complexo ou descentralizado não há diferença de natureza, mas de grau de descentralização ou de autonomia (6).

A distribuição de poder na Constituição vigente suprimiu aquelas variáveis conceituadas por Luiz Roberto Barroso como "distorções" (7). Ainda no quadro da Constituição revogada, restabeleceu-se o princípio do autogoverno mediante a eleição direta dos governadores e vice-governadores de Estado (8); restabeleceu-se o princípio da participação (9) dos Estados-Membros no Governo federal mediante a restauração do processo de eleição direta dos Senadores, suprimindo-se a figura esdrúxula dos Senadores biônicos (10); restabeleceu-se a autonomia política dos Municípios antes considerados de interesse da segurança nacional, que tinham seus mandatários (prefeitos) nomeados pelos Governadores de Estado mediante autorização do Presidente da República.

Todos sabem que a Assembléia Constituinte de 1987/88 procurou redesenhar a configuração do Estado brasileiro. A sociedade reclamava uma distribuição de poderes equilibrada, ainda que mantendo o princípio do federalismo cooperativo (11) contemporâneo do Estado-providência. Isto para se restabelecer a lei da coordenação, isto é, da relação igual entre a União e as unidades federadas. Ontem, essa lei no direito brasileiro não passava de mito, tantas eram as esferas nas quais os Estados se viam de fato (e não poucas vezes de direito) subordinados à vontade todo-poderosa do poder central.

Também a regra da participação estadual no Governo federal devia ser reforçada. Ontem, o Presidente da República encarnava o Estado Federal, detendo uma competência tão extensa que acabava por monopolizar todas as decisões de maior relevo, restando para o Congresso Nacional o exercício de um papel secundário, incompatível com o federalismo. É verdade que o Presidente era eleito por um Colégio Eleitoral formado

(6) KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979.

(7) BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da federação*. Rio, Forense, 82.

(8) Emenda Constitucional nº 15, de 19 de Novembro de 1980.

(9) *Idem*.

(10) *Senadores (1/3 das representações estaduais no Senado) eleitos por um processo de votação indireta (Colégio Eleitoral), processo este imposto pelo Presidente da República de modo arbitrário visando, casuisticamente, a manutenção da maioria do governo na casa senatorial. Essa medida, tomada com base no Ato Institucional nº 5, entre outras, igualmente autoritárias, constituiu a Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 77.*

(11) Sobre a Cooperação intergovernamental no Estado brasileiro conforme Machado Horta, Raul, *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, Ed. Santa Maria, 1964. Tb. Barroso, Luís Roberto, op. cit. Ainda, Seabra Fagundes, Miguel. *Novas Perspectivas do Federalismo Brasileiro. A expansão dos poderes federais*. Revista de Direito Público, nº 10, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969.

pelos componentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, e por delegados das Assembléias Legislativas estaduais, o que pode indicar a participação da vontade dos Estados na escolha do chefe do Estado Federal. É verdade, ainda, que esse sistema de eleição indireta cedeu lugar, ainda na vigência da Constituição revogada, a um sistema de eleições diretas para a presidência, o que implica na manifestação da vontade dos povos dos Estados-Membros. Mas isso não é suficiente para que a regra da participação estadual se efetive. Necessário o crescimento das funções do Legislativo federal, notadamente por meio da multiplicação das atribuições do Senado da República, órgão por excelência de ligação entre a vontade do poder central e aquela dos poderes locais. Pois bem. A Constituição de 1988 aumentou as matérias de competência do Senado. Restabeleceu, pois, a regra da participação. Há dúvidas, porém, quanto ao restabelecimento da lei da coordenação.

Lei da coordenação, regra da participação: esses dois pilares do federalismo não subsistem sem a democracia. A história das instituições políticas brasileiras demonstra. A cada golpe, a cada ditadura ou regime de exceção, morria o Estado Federal para ceder lugar a uma espécie de Estado Unitário não assumido. Alguns autores atribuem o eterno mimetismo do federalismo brasileiro à sua origem⁽¹²⁾. De fato, nossa federação nasceu não do reconhecimento das autonomias locais reivindicantes, mas da deliberada vontade do poder central. Não cremos, porém, que essa origem influencie de maneira decisiva os destinos da distribuição espacial do poder no Brasil. Em nosso País, como a História demonstra, a questão federal tem sido companheira da questão democrática. Quando tivemos democracia, tivemos relativa autonomia estadual, e nunca o contrário. E de se aguardar, então, que com a nova lei fundamental outra vez o federalismo renasça em nosso País.

Tentaremos a partir de agora estudar o terceiro princípio indispensável à configuração do Estado Federal: o princípio da autonomia do Estado-Membro. O cerne deste princípio está na prévia distribuição de poderes, operada via Constituição⁽¹³⁾ (rígida). Sem uma repartição constitucional de funções, que atribua às unidades federadas um mínimo irredutível de poder, não há federação. Veremos como essa distribuição se opera na nova Constituição federal. Mas antes, vejamos as técnicas jurídicas que delimitam os campos de atuação dos governos estaduais e central.

2. *Técnicas de distribuição constitucional de competências*

A experiência jurídica tem mostrado uma variedade de técnicas, das quais são as principais: 1. Atribuição dos poderes enumerados à União,

(12) BONAVIDES, Paulo. *O Planejamento e os Organismos Regionais como Preparação a um Federalismo das Regiões*. In *Reflexões e Política*, Rio, Forense, p. 81.

(13) Cf. sobre o tema: *Ribeiro Bastos, Celso. Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 95-101. *Tb. Temer, Michel. Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983, pp. 45-65.

cabendo os remanescentes aos Estados-Membros. Essa é a técnica adotada pelos Estados Unidos da América e pela Suíça. 2. Atribuição dos poderes enumerados aos Estados-Membros, e dos remanescentes à União. Esta é a técnica preferida pelo Canadá. 3. Atribuição dos poderes enumerados para as duas esferas do governo. Esta é a técnica jurídica adotada pela Índia (14).

Quanto à federação brasileira, esta, desde a Constituição de 1891 optou pelo primeiro método. Ou seja, enumera as competências da União, cabendo aos Estados os poderes remanescentes. É o que estipula o § 1.º do art. 25 da Constituição federal, segundo o qual "são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição". Entretanto, essa regra sofre várias exceções, como teremos oportunidade de ver. Por exemplo, em matéria tributária a técnica adotada, e isto desde a Constituição anterior, é a da enumeração, para os três (15) níveis de governo, dos casos que autorizam o poder de tributar, ficando, porém, a União igualmente com a competência residual (16).

Alguns autores insistem que da técnica adotada decorre uma maior ou menor autonomia para as unidades federadas. Quer nos parecer que essa hipótese não é totalmente verdadeira. Não é a técnica adotada, mas o grau de assimetria ou simetria entre as forças atuantes na cena política que oferecerá o quadro a partir do qual uma maior ou menor centralização poderá ocorrer. Note-se que o Brasil vem utilizando o mesmo método desde a implantação da República Federativa, passando esta por vários regimes que influíram decisivamente sobre o comportamento da federação. Passamos de uma federação de caráter dualista, na qual as esferas de governo comportam-se como mônadas isoladas, detendo os Estados-Membros uma ampla autonomia política (17), para outra de caráter cooperativo, sem que o método de distribuição de competências fosse radicalmente modificado. Note-se que até nos momentos pelos quais passamos por um "federalismo de integração", eufemismo através do qual Buzaid (18) procurou caracterizar o quase desaparecimento da estrutura federal promovido pelo regime militar pós-64, aquele método foi mantido à custa evidentemente de um progressivo crescimento dos itens enumerativos indicadores da competência do poder central.

(14) Sobre as técnicas de distribuição de competências, consultar: da Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. P., Ed. RT, 1984, p. 53. Tb. Ribeiro Bastos, Celso, *op. cit.*, p. 56. Ainda, Brandão Cavalcanti, Themistocles. *Os Estados na Federação*. In *As tendências atuais do direito público. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio, Forense, 1976.

(15) Conferir arts. 153, 154, 155 e 156 da Constituição Federal.

(16) Art. 154, § 1º

(17) É o caso da federação durante a primeira República. Sobre isso ver Bonavides, Paulo. *O Federalismo e a necessidade de uma Revisão da Forma de Estado*, in *Reflexões: política e direito*, *op. cit.*, pp. 121-161.

(18) BUZAID, Alfredo, *O Estado Federal Brasileiro*, Brasília, 1971. *apud Barroso, Luís Roberto*, *op. cit.*, p. 56.

3. *O princípio da autonomia do Estado-Membro na Federação brasileira: a distribuição espacial de competências*

O federalismo hoje se estende por uma parcela considerável do solo universal. Ele nasce na América, passa pela Europa e pela África, cobre a Ásia e a Oceania. Dessa multiplicidade de Estados assumindo uma mesma forma de organização, decorre a multiplicidade de tipos possíveis de federalismo. O Estado Federal americano não é o mesmo que o alemão, e este não pode se confundir com o brasileiro, ou argentino, ou venezuelano, ou iugoslavo etc. De qualquer modo, todos esses Estados, notadamente a partir das últimas décadas, apresentam um ponto em comum. Uma tendência à centralização, exigida pelo *Welfare State*, que acaba por destruir a funcionalidade daquela classificação que distinguia os "Estados Federais de tendência unitária" daqueles "Estados Federais de tendência confederal" (19). Hoje, todo Estado Federal, com maior ou menor intensidade, vem-se aproximando do que se convencionou chamar de "Estado federal cooperativo". O Brasil não foge a essa regra. Mas ao lado desse ponto de convergência, há outro indispensável. Trata-se, como dissemos, da existência de um grau mínimo irredutível de descentralização, sem a qual não há federação.

A autonomia dos entes federados (Estados, Províncias, Cantões etc.) é a síntese de alguns elementos: 1. *Capacidade de auto-organização*, identificando-se com a possibilidade que cada Estado federado tem de se auto-organizar, por meio de uma Constituição própria, obra do Poder Constituinte decorrente (20). 2. *Capacidade de autogoverno*, consistente na escolha pelo próprio povo do Estado federado, e não pelo poder central, de seus representantes na Casa Legislativa, bem como do chefe do Executivo (21), o qual possui poder governamental submetido unicamente às Constituições federal e estadual, sem nenhum vínculo, seja hierárquico, seja de tutela, com as autoridades federais. 3. *Capacidade de autolegislação*, consistindo no poder de o Estado-Membro, por meio de seus órgãos competentes, editar suas próprias leis, as quais, no círculo de atribuições que lhe confere a Constituição federal, têm o mesmo valor que a norma oriunda dos órgãos legislativos federais; e 4. *Capacidade de auto-administração*, consistindo na faculdade (e mesmo dever) dos Estados disporem sobre a administração de seus serviços, bem como sobre o seu pessoal administrativo, podendo criar os órgãos que achar necessários ao cumprimento de

(19) PRÉLOT, Marcel. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* (revue et mise à jour par Jean Boulouis). Paris, Dalloz, 1984, p. 260.

(20) Sobre essa noção ver Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo, ed. RT, 1979. Tb. *Ferreira Filho*, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado*. São Paulo, J. Buschatsky — Ed. da Universidade de São Paulo, vol. 1, *O Poder Constituinte*, 1974.

(21) Escolha do Chefe do Executivo, ou do Executivo (simplesmente) conforme a federação assuma a forma presidencialista ou parlamentarista de governo.

suas atribuições, inclusive outras pessoas jurídicas de direito público com capacidade administrativa⁽²²⁾.

A essas condições soma-se a necessidade de um mínimo de recursos financeiros, obtidos pelas unidades de governo quer por meio de capacidade impositiva própria, quer por meio de transferência de rendas disciplinada pela lei, mas sempre de modo a não limitar, na prática, pela falta de rendas necessárias e pelas imposições informais dos órgãos centrais encarregados de operar a transferência retroanunciada, a autonomia formalmente oferecida pelo Constituinte⁽²³⁾.

É verdade que essas capacidades variam de grau, de federação para federação, de tal modo que a sua síntese evidencia a maneira pela qual uma mesma forma de Estado admite tantos graus distintos de autonomia para as coletividades políticas componentes.

No caso do Estado brasileiro, veremos que os Estados-membros possuem, constitucionalmente, uma certa autonomia. As linhas a seguir tentam retratar a maneira como ela se manifesta, assim como os seus limites.

3.1. *Os Poderes dos Estados-Membros*

A. *O poder constitucional*

Alguns autores negam a existência de um poder constituinte estadual, principalmente em razão de sua limitação⁽²⁴⁾. Entretanto, a doutrina brasileira vem-se manifestando no sentido de identificar no poder de auto-organização das unidades federadas uma verdadeira função constituinte. É o caso, por exemplo, de Anna Cândida da Cunha Ferraz, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de José Afonso da Silva, além de outros⁽²⁵⁾. Trata-se de um poder constituinte condicionado, subordinado aos poderes constituintes, originário e constituído, federais, e decorrente do primeiro. É, então, um "poder constituinte decorrente", o qual, de acordo com a distribuição de poderes autorizada pela Constituição federal, institucionaliza e organiza a unidade federada, dando-lhe caráter de Estado.

Esta capacidade de auto-organização limita-se ao espaço de atuação deixado pelo texto constitucional federal ao Estado-Membro. As últimas Constituições brasileiras, inclusive a vigente, reduziram drasticamente a função dos constituintes estaduais, de tal modo que, se formalmente estes continuam a se manifestar, a prática político-jurídica exige o questionamen-

(22) DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, pp. 60-61.

(23) BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, pp. 77-99.

(24) Veja-se, por exemplo, Dallari, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1972, p. 225 e Pacheco, Cláudio, *Tratado das Constituições Brasileiras*, Rio, Freitas Bastos, vol. I, 1965, pp. 319 a 320, apud Ferraz, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 59.

(25) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*, Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado; da Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, ob. cit.*

to e a relativização da noção de poder constituinte estadual. Afinal, os Estados ao organizar-se (por meio de suas Constituições) ⁽²⁶⁾ devem se conformar não apenas aos princípios explícitos, mas igualmente aos princípios implícitos, bem como às vedações ou proibições contidas na Carta federal. A descoberta dos princípios e vedações implica um trabalho de pesquisa minuciosa do texto constitucional, o que nem sempre pode ser feito sem algumas dificuldades. Diante disso, como afirma certo autor, “não é de espantar, pois (observe-se *a latere*) que o constituinte estadual praticamente “copie” a Constituição federal, induzido, talvez, pelo temor de “esquecer preceitos” ou, quem sabe, pela dificuldade de distinguir quais os preceitos que devem ser copiados, dos que devem ser assimilados ou adaptados e quais os preceitos da Constituição federal que não precisam ser necessariamente adotados pelos Estados” ⁽²⁷⁾.

Vigente a Constituição anterior, a melhor classificação dos princípios e vedações, explícitas ou implícitas, que deviam ser observados pelo constituinte estadual era aquela que dividia os princípios em *enumerados* e *estabelecidos* ⁽²⁸⁾. Os primeiros eram os que expressamente (i) obrigavam o cumprimento de certos preceitos sob pena de intervenção federal, ou obrigavam a observação de (ii) outros preceitos diretores da organização federal, mas extensíveis aos Estados federados. Quanto aos *princípios estabelecidos*, constituíam aqueles dispersos pelo texto constitucional, de tal modo que sua identificação demandava pesquisa, pois muitos deles eram implícitos ⁽²⁹⁾.

Essa tipologia, com algumas adaptações, pode subsistir com a nova Constituição.

A 1. *Princípios enumerados*

Os princípios enumerados, segundo a classificação de José Afonso da Silva, ⁽³⁰⁾ são os *sensíveis* e os *extensíveis*. Quanto aos primeiros, trata-se daqueles estipulados no art. 34, VII, da nova Constituição, cuja inobservância pode suscitar intervenção federal (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal e prestação de contas da administração pública, direta ou indireta).

Os princípios “enumerados extensíveis”, na Constituição anterior, eram os orientados para a organização federal mas transportáveis às unidades federadas, cuja inobservância, não sendo motivo de intervenção, desafiava o controle de constitucionalidade, notadamente por via de representação

(26) Art. 25 da Constituição Federal: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem...”

(27) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 158.

(28) DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 130.

(29) Cf. nota (28).

(30) Cf. nota (29)

ao Supremo Tribunal Federal ⁽³¹⁾. Constituíam basicamente aqueles dispositivos anunciados nos incisos II a IX do art. 13 da Constituição de 1969:

“Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitadas, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

I —

II — a forma de investidura nos cargos eletivos;

III — o processo legislativo;

IV — a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios;

V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal;

VI — a proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias;

VII — a emissão de títulos da dívida pública de acordo com o estabelecido nesta Constituição;

VIII — a aplicação aos deputados estaduais do disposto no art. 35 e seus parágrafos, no que couber; e

IX — a aplicação, no que couber, do disposto nos itens I a III do art. 114 aos membros dos Tribunais de Contas, não podendo o seu número ser superior a sete.”

Na nova Constituição abandonou-se o método utilizado pela Carta de 1967/69, no que se refere à disciplina da organização dos Estados, retornando-se ao sistema do constituinte de 1946. De tal modo que a Constituição de 1988 parece conferir mais liberdade para as coletividades federadas, quanto à sua organização. Com efeito, o art. 25 da nova Lei Fundamental dispõe que: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Com isso, parece não ser correto, atualmente, falar-se em princípio constitucional extensível, pelo menos na linha de pensamento de José Afonso da Silva.

A.2. *Princípios estabelecidos*

Tais princípios, como afirmamos, são os implícitos, ou ainda, conquanto expressos, espalhados pelo texto constitucional que determinam não normas básicas de organização do Estado-Membro, nem a extensão a estes dos princípios aplicáveis ao Estado Federal, mas antes de tudo, segundo

(31) Trata-se de um controle *abstrato* da constitucionalidade do texto normativo.

Raul Machado Horta, o “retraimento da autonomia estadual” (32). De fato, essas normas estipulam regras proibitivas aos Estados, como na Constituição anterior, a interdição aos Governadores de Estado de editarem decretos-leis (33) ou as relativas à magistratura e ao ensino. Além das regras expressas, há outras, implícitas e mesmo aquelas decorrentes da estrutura política adotada pelo país, ou seja, decorrentes do regime representativo, do Estado de Direito, do federalismo mesmo etc.

É de se ver que, mesmo na Constituição de 1988, muito pouco resta para o constituinte estadual. Seu espaço de ação é reduzido, resumindo-se, no mais das vezes, à adaptação do texto federal às condições do governo local, tantos são os princípios cuja observação é obrigatória. Não há como negar que boa parte da organização dos Estados-Membros já se encontra desenhada anteriormente à manifestação do *Poder Constituinte Decorrente*, bastando a este completar uma arquitetura que já tem seus alicerces (e mesmo seu projeto) definidos. De qualquer modo, ainda que com uma autonomia reduzida, não se pode negar que os Estados-Membros do Estado Federal brasileiro podem se auto-organizar (como se organizam) por meio de suas próprias Constituições, o que é impensável no contexto de um Estado Unitário.

B. O poder político-administrativo

Este poder diz respeito, antes de tudo, a três capacidades: capacidade de autogoverno, capacidade de auto-administração e capacidade de auto-legislação.

Sabemos que as coletividades territoriais das federações apresentam-se sob a forma estatal, ou seja, “como uma miniatura do super-Estado” (34). Elas possuem um governo próprio, autônomo e, portanto, sem qualquer relação hierárquica ou de tutela com o poder central. Esse governo constituído por titulares cujos cargos são preenchidos na forma indicada pela Constituição, se manifesta por meio das funções de administrar, legislar e julgar, que se distribuem por órgãos distintos e independentes entre si. Os governadores e vice-governadores de Estado são eleitos por voto direto e secreto mediante sufrágio universal, a cada quatro anos (art. 28); os deputados estaduais, eleitos igualmente (§ 1.º, art. 27), escolhem a mesa diretora das respectivas Assembléias Legislativas. Quanto aos membros do Poder Judiciário, ingressam na magistratura de carreira mediante concurso público de provas e títulos, ascendendo aos tribunais de segunda instância por meio de promoção por antiguidade ou merecimento. Os presidentes dos Tribunais de Justiça estaduais são escolhidos pelos seus respectivos membros.

(32) MACHADO HORTA, Raul. *Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, op. cit., pp. 225-226, apud Da Silva, José Afonso, op. cit., p. 133.

(33) Art. 200, parágrafo único da Carta Constitucional de 1969.

(34) GICQUEL, Jean et Hauriou, André. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Editions Montchrestien, 1985, p. 125.

Corolário da capacidade governativa é a capacidade de auto-administração, através da qual o Estado-Membro assegura o cumprimento de suas atribuições por meio de seus próprios órgãos, criados por suas próprias leis e disciplinados por suas próprias normas, obedecidos, é evidente, os princípios estabelecidos ou enumerados pela Constituição federal.

3.2. *As atribuições dos Estados-Membros*

No sistema brasileiro, como dissemos linhas atrás, a competência estadual, em princípio, é aquela remanescente, ou seja, aquela que resta, a partir da enumeração das atribuições da União e dos Municípios. A peculiaridade da técnica adotada impõe que descrevamos as matérias de competência da União para, daí sim, vermos o que resta para as unidades federadas.

A. *Competência político-administrativa*

A.1. *Competência internacional*

Os Estados-Membros como entidades constitucionais não aparecem no direito internacional⁽³⁵⁾. Não possuem personalidade internacional. Não podem manter relações com os Estados estrangeiros. Na federação brasileira compete exclusivamente à União aparecer no plano internacional, quer celebrando tratados e convenções, quer participando de organizações internacionais. Os acordos internacionais porventura efetuados pelos governos dos Estados-Membros não têm forma de acordos de direito público, sendo assimilados àqueles da órbita privada. Compete, ainda, unicamente à União declarar a guerra e celebrar a paz⁽³⁶⁾.

A.2. *Competência militar*

Compete exclusivamente à União organizar as forças armadas. Aos Estados cabe apenas, nos casos de requisição, colocar as respectivas polícias militares, organismos administrativos destinados à manutenção da ordem pública, à disposição das autoridades militares federais. De natureza militar, são as seguintes atribuições da União: 1. assegurar a defesa nacional (art. 21, III); 2. autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, III); 3. permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional e nele permaneçam temporariamente (art. 21, IV).

A.3. *Competência política*

Entre as competências políticas a cargo unicamente da União podemos citar a (i) decretação do estado de sítio e do estado de defesa (art. 21, V),

(35) Entretanto, algumas exceções confirmam a regra. A Baviera, no Império Federal Alemão de 1871 mantinha relações internacionais. A URSS decidiu, em 1944, dar à Ucrânia e à Bielorrússia competência internacional. Os Cantões Suíços também, em certos casos, aparecem na órbita internacional. Cf. *Gicquel, Jean et Hauriou, André, op. cit.*, p. 125.

(36) Art. 21, II da Constituição Federal.

bem como a concessão de anistia. Outra competência de natureza política exclusiva da União é aquela relativa à intervenção nos Estados (art. 21, II). É evidente que por ser este mecanismo a última garantia de permanência ou da unidade do Estado Federal, ele não pode ficar em outras mãos senão aquelas do Governo federal. Por outro lado, medida excepcional como o estado de sítio, pela importância que representa, e pelo perigo que suscita a sua utilização arbitrária, não pode ser decretada, ao mesmo tempo, por vários níveis de governo. Apenas a União é responsável pela segurança de Estado, e somente a ela cabe a possibilidade do uso de tais medidas. O estado de sítio, desde que utilizado com parcimônia, não é incompatível com o federalismo, como não é igualmente com a democracia.

A.4. *Competência administrativa*

Além das atribuições administrativas relativas à disciplina e organização de seus serviços e funções, cabe à União, com exclusividade, numa evidente manifestação de centralismo, explorar: I) diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações; II) diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (embora em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos); c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura portuária; d) os serviços de transportes ferroviários e aquaviários entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21 da CF). Compete, ainda, apenas à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), e organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (art. 21, XV); executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira (art. 21, XXII); explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, XXIII) etc.

Os Estados-Membros não possuem, o que é normal, competência internacional, nem competência militar. Quanto à competência política (no sentido que damos a essa locução no presente trabalho), as unidades federadas têm apenas atribuições relativas às suas capacidades de auto-organização, e autogoverno (inclusive autolegislação). Finalmente, em relação às matérias de natureza administrativa, o que se percebe é que a União, desde a Constituição de 1934, vem avançando sobre um terreno antes pertencente aos Estados. Veja-se como exemplo as matérias relativas à exploração dos serviços de energia elétrica e de telecomunicações. Atualmente, as administrações locais poderão participar da exploração de tais serviços,

mas mediante **autorização** (ou concessão) do governo federal, subordinando, portanto, sua política nesses setores à política instituída pela autoridade federal.

Em relação à função de polícia, a tradição brasileira tem sido no sentido de concedê-la, via de regra, aos Estados, cabendo ao poder central apenas excepcionalmente ⁽³⁷⁾. O que se nota, porém, é um constante crescer da Polícia Federal, de tal modo que ela hoje desempenha atividades outrora deixadas a cargo das polícias dos Estados.

Embora durante a Constituição de 1946 a União dispusesse de um Departamento de Polícia, ele desempenhava função restrita ⁽³⁸⁾, manifestando-se mais como órgão responsável pela censura de diversões públicas ⁽³⁹⁾. Foi em 1967 que se criou o Departamento de Polícia Federal, subordinado ao Ministério da Justiça, exercendo uma gama de atividades retiradas das administrações estaduais. Essa fórmula foi mantida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, e pela Constituição de 1988.

B. *Competência financeira*

A emissão da moeda (art. 21, VII), assim como a fiscalização das operações e crédito, capitalização e seguros, cabe apenas à União. Como lembra S. Fagundes ⁽⁴⁰⁾, a capacidade de emitir moeda representa um imenso poder, podendo, com simples medidas monetárias, o Estado Central interferir positivamente nas atribuições dos Estados-Membros.

Sob o aspecto financeiro, a autonomia dos Estados se restringe à elaboração dos seus orçamentos (anuais e plurianuais), bem como à decretação ou instituição dos tributos autorizados pela Constituição federal. Compete, ainda, como veremos adiante, legislar, concorrentemente, sobre direito financeiro.

C. *Competência legislativa*

Vimos, até aqui, que a enumeração das atribuições da União é feita de tal modo a conferir uma competência exclusiva para ela, funcionando os dispositivos que os deferem como verdadeiras vedações implícitas às esferas estaduais de governo.

Em relação à competência legislativa, a enumeração das matérias deferidas à União, em alguns casos, não exclui a ação dos Estados. Isto quer significar que, além da competência legislativa residual ou remanescente, nos casos indicados pela Constituição federal, há uma partilha entre a autoridade central e as autoridades estaduais de algumas matérias. Com efeito. A nova Constituição mudou sensivelmente a técnica de repartição de competências entre os entes federados. No quadro da Constituição revo-

(37) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo. Saraiva, 1983, p. 74.

(38) *Idem*.

(39) *Ib. id.*

(40) SEABRA FAGUNDES, Miguel, *op. cit.*

gada, salvo a matéria tributária, cabia aos Estados a competência remanescente. Na nova Constituição, além de serem alargados os domínios de competência da União, outras matérias foram tratadas sob a rubrica de *Competência Comum* e *Competência Concorrente*. No campo da *competência comum* todas as esferas federadas, nos respectivos âmbitos de governo, são igualmente competentes. Ocorre que as matérias inscritas nesse campo configuram antes obrigações, verdadeiros ônus, do que propriamente competências. Já no contexto da *competência concorrente* subsiste em mãos do Estado-Membro dois poderes. O poder, em primeiro lugar, de *complementar* (*competência complementar*) as normas editadas pela União (à União cabe editar, sobre tais matérias, apenas normas gerais). E mais, à falta da norma geral, o *poder supletivo* de exercer competência legislativa plena. É claro que, neste último caso, conforme dispõe o § 4.º do art. 23 da CF, “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

O art. 22 da Constituição federal fixa o domínio legislativo privativo da União. Compete privativamente à União legislar sobre: *a)* direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; *b)* desapropriação; *c)* requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; *d)* águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; *e)* serviço postal; *f)* sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; *g)* política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; *h)* comércio exterior e interestadual; *i)* diretrizes da política nacional de transportes; *j)* regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; *k)* jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; *l)* nacionalidade, cidadania, naturalização; *m)* populações indígenas; *n)* emigração, imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; *o)* organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; *p)* sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; *q)* sistema de poupança, captação e garantia da poupança popular; *r)* sistemas de consórcios e sorteios; *s)* seguridade social; *t)* diretrizes e bases da educação nacional; *u)* registros públicos; *v)* atividades nucleares; *x)* normas gerais de licitação e contratação, para a administração pública direta e indireta; *z)* propaganda comercial.

Não há dúvida que, apesar do mito segundo o qual a nova Constituição teria restaurado a federação, ela é centralizadora. Tanto que ampliou o leque de matérias de competência privativa da União.

Para contrabalançar a ampliação das matérias de competência legislativa da União, o constituinte fixou no parágrafo único do art. 22 que “lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”. Ora, isso não garante que tal lei complementar será editada. Por outro lado, é de se convir, essa técnica de transferência de competência legislativa do poder central para as coletividades periféricas, por via de norma infraconstitucional, não é própria do federalismo, mas sim do Estado Unitário descentralizado.

São as seguintes as matérias compartilhadas entre o poder central e os Estados-Membros, competindo a estes legislar em caráter complementar ou supletivo: *a)* direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; *b)* orçamento; *c)* juntas comerciais; *d)* custas dos serviços forenses; *e)* produção e consumo; *f)* florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; *g)* proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; *h)* responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; *i)* educação, cultura, ensino e desporto; *j)* criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; *k)* procedimentos em matéria processual; *l)* previdência social, proteção e defesa da saúde; *m)* assistência jurídica e defensoria pública; *n)* proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência; *o)* proteção à infância e à juventude; *p)* organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Como se depreende da leitura da Constituição federal, a autonomia legislativa dos Estados-Membros é exercida sobre uma área mínima de competência. Um domínio residual reduzidíssimo face a vocação totalizadora do constituinte federal, somado a outro domínio complementar ou supletivo, freqüentemente diminuído pela vocação totalizadora do legislador federal. Resulta daí que o campo incidente da legislação estadual não excede o "terreno administrativo, financeiro, de serviços sociais, administração e gestão de seus bens, e quase nada mais" (41).

É de se trazer aqui o desapontamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA para com a federação brasileira na Constituição de 1969, mas plenamente aplicável à atual.

"As Assembléias Legislativas compete, com a sanção do Governador, talvez não mais do que isto: elaborar e votar leis complementares à Constituição do Estado; votar o orçamento e os programas financeiros plurianuais de investimento; legislar sobre seus tributos, arrecadação e aplicação de suas rendas; dispor sobre a dívida pública estadual e autorizar a abertura de operações de crédito; criar e extinguir cargos públicos, fixando-lhes os vencimentos e vantagens; dispor sobre a divisão administrativa do território; legislar sobre organização de seu ministério público; autorizar a alienação, cessão e arrendamento de seus bens."

D. Competência social-econômica

A partir dos anos 30, quando o Estado brasileiro, seguindo tendência mundial, resolveu intervir nos domínios social e econômico, a preferência do legislador foi no sentido de que tal intervenção fosse confiada ao Governo federal. A par de uma intervenção econômica propriamente dita, com o objetivo de dirigir e regular a economia, instituiu-se outra, cujos

(41) DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 62.

objetivos menos econômicos visavam uniformizar certas medidas estatais necessárias à resolução de problemas que ultrapassavam as fronteiras estaduais, circunscrevendo-se ou estendendo-se, muitas vezes, por todo um espaço regional aglomerando várias unidades federadas.

A Constituição de 1891 orientou-se no sentido de construir um federalismo dualista, sem uma relação de cooperação entre os governos central e estaduais. Veja-se que a União ficava autorizada a prestar socorros aos Estados apenas nos casos de calamidade pública, e desde que solicitados (43). O papel da União sendo meramente complementar, cabia prioritariamente a defesa contra as calamidades aos governos dos Estados. A Constituição de 1946, centralizando essa atribuição, já confere à União o poder de "organizar defesa permanente contra os efeitos da seca, das endemias rurais e das inundações" (art. 5.º, XIII). Essa orientação foi seguida pela Constituição de 1969 e pela de 1988. O art. 21, XVIII, estipula que compete à União "organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações".

Como se vê, os Estados vêm sofrendo progressivamente a restrição de suas autonomias, nem mesmo podendo participar das decisões sobre as formas de ação a serem operadas pela União em seus respectivos territórios.

A centralização da política econômica conduz ao crescimento da estrutura administrativa da União que se fará acompanhar da quase monopolização dos recursos de origem fiscal.

Isto implica, como veremos, na diminuição da capacidade de auto-determinação dos Estados-Membros e, além disso, na diminuição de sua capacidade de auto-suficiência econômico-financeira. A autonomia política e jurídica aparece como a fachada de uma construção inacabada, cujas portas apenas conduzem à verdade da subordinação real dos Estados à boa vontade do poder central, detentor de todas as decisões.

A opção desenvolvimentista brasileira sempre se materializou às custas da autonomia das unidades federadas. A institucionalização dessa opção conduziu à ampliação dos poderes da União, tanto em matéria legislativa como em matéria administrativa e econômica, concentrando-se, ainda, nas mãos desta a maior parcela dos recursos públicos. Isto ocorre, inclusive, com a Constituição de 1988.

A burocracia federal cresce com a sua supremacia: "A Superintendência do Desenvolvimento da Fronteira Sudoeste (Sudesul), a Superintendência do Vale do São Francisco (Suvale), a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), a Superintendência do Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus (Suframa), e tantos outros organismos, anteriores ou posteriores a 15 de março de 1967, assinalam a presença dominante da União nos diferentes planos da economia e da administração" (44).

(42) *Idem.*

(43) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Comentários..." *op. cit.*, p. 78.

(44) SEABRA FAGUNDES, Miguel, *op. cit.*, p. 13.

O gigantismo da União, e a dependência dos Estados podiam, na vigência da Constituição anterior, ser aferidos pela observação da discriminação constitucional de rendas. A nova lei fundamental diminuiu o problema da pobreza dos Estados e Municípios, mas não o solucionou.

D.1. *A discriminação constitucional de rendas*

Afirma RAUL MACHADO HORTA que “a discriminação de rendas tributárias é uma questão crítica na organização federal”⁽⁴⁵⁾. Não obstante isso, o sistema tributário, regulado pelos arts. 145 a 162 da Constituição Federal, conferiu, mais uma vez, poderio econômico, financeiro e tributário à União, capaz de enfraquecer o regime federativo.

Como todos sabem, o governo militar racionalizou a discriminação de rendas entre as esferas de governo⁽⁴⁶⁾. O Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) veio institucionalizar essa orientação, coroada mais tarde pelas Constituições de 1967, 1969 e mantida pela de 1988.

A Constituição atual, como a de 1969, prevê três tipos de tributos: — a taxa, a contribuição de melhoria e o imposto⁽⁴⁷⁾. Além destes, mister incluir as contribuições parafiscais e os empréstimos compulsórios. Estes dois últimos são de competência exclusiva da União (salvo o disposto no art. 149, parágrafo único). As taxas e contribuições de melhoria pertencem à competência cumulativa dos Estados, União e Municípios. Quanto aos impostos, a Constituição define aqueles de competência de cada entidade governamental, cabendo o poder residual à União, a qual poderá instituir outros impostos desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos previstos para os impostos discriminados.

Compete:

a) À União os impostos sobre:

1 — importação de produtos estrangeiros; 2 — exportações de produtos nacionais ou nacionalizados; 3 — propriedade territorial rural; 4 — rendas e proventos de qualquer natureza; 5 — produtos industrializados; 6 — operações de crédito, câmbio, seguros, ou títulos ou valores mobiliários; 7 — grandes fortunas;

(45) MACHADO HORTA, Raul. *Reconstrução do federalismo brasileiro*, Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, nº 72 (out./dez. 81), p. 22.

(46) Cf. BALEEIRO, Allomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Rio, Forense, 1977.

(47) “Imposto é a contribuição obrigatória, de caráter geral, arrecadada pelo poder público sem qualquer contraprestação específica, destinada a cobrir as despesas realizadas no interesse comum ... Taxas são prestações arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou como remuneração de serviço público específico e divisível prestado ou posto à disposição do contribuinte. Contribuição de Melhoria é o tributo instituído para fazer face ao custo de obras públicas das quais resulte uma valorização de determinado imóvel, devendo ser arrecadada do proprietário deste”. Cf. Luis Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 83.

b) Aos Estados, os impostos sobre:

1 — transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; 2 — operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; 3 — propriedade de veículos automotores. Podem também os Estados cobrar adicional de até cinco por cento do que for pago à União a título do imposto de renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital.

c) Aos Municípios, os impostos sobre:

1 — propriedade predial e territorial urbana; 2 — transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como a cessão de direitos a sua aquisição; 3 — vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel; 4 — serviços de qualquer natureza, não compreendidos no ICM.

Os impostos mais significativos no sistema tributário brasileiro ficam nas mãos do Governo Central. Com isso, ele pode atingir dois objetivos: (i) subordinar a política fiscal àquela de natureza econômica por ele decidida; (ii) auferir os recursos indispensáveis à implementação da sua política econômica. Por outro lado, dos quatorze impostos previstos pela Constituição, 7 são da competência da União, 3 pertencem aos Estados e outros quatro pertencem aos Municípios.

O que é elogiável no novo texto foi a supressão do poder antes atribuído à União para, mediante lei complementar, conceder isenção de impostos estaduais e municipais (art. 19, § 2.º da CF de 1969). Hoje, apenas a coletividade com competência impositiva pode conceder isenção. Mas a alíquota do ICM, fixada pelas respectivas Assembléias Legislativas dos Estados-membros, tem seus limites máximos fixados por resolução do Senado Federal (art. 155, V, *b*, da CF). O mesmo ocorre com o imposto previsto no art. 155, I, *a*, da CF (art. 155, IV). Além disso, como cabe à União editar normas gerais de direito tributário, a obtenção de recursos estaduais de origem fiscal fica submetida a certos princípios que limitam a capacidade impositiva dos poderes públicos locais.

Os insuficientes recursos financeiros deixados aos Estados pelo Constituinte serão compensados por um sistema de transferência constitucional de rendas, que a pretexto de subsidiar um federalismo cooperativo através do qual as regiões mais ricas financiam o crescimento das regiões mais pobres, acaba por institucionalizar de vez, como na Carta revogada, a supremacia política do Governo federal sobre os governadores estaduais.

A autonomia financeira dos Estados se vê restringida por dois fatores: (i) insuficiência dos tributos de sua competência impositiva; (ii) subordinação desta capacidade impositiva à legislação federal.

Não há dúvida, porém, que a nova Constituição ampliou as possibilidades financeiras das coletividades locais.

A fragilidade dos recursos atribuídos aos Estados, na Constituição de 1969, podia ser medida pelos dados divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Social.

Em 1981 a composição da receita pública global, no Brasil, se verificou do seguinte modo: ⁽⁴⁸⁾

União	—	76%
Estados	—	22%
Municípios	—	2%

A participação dos Estados na Receita Pública ficava menor ainda quando comparada não apenas ao orçamento da União, mas igualmente àquele dos órgãos federais somados da administração indireta ⁽⁴⁹⁾. Com efeito, o orçamento federal, que representava o triplo dos orçamentos estaduais somados, não significava mais de 3,6% do total dos orçamentos acumulados das administrações direta e indireta.

A evolução do poder econômico da União, até a carta de 1988, pode ser medida pela seguinte informação: em 1955, embora o orçamento federal fosse superior à soma dos orçamentos estaduais e municipais reunidos, a superioridade em relação aos orçamentos estaduais não excedia de 40% ⁽⁵⁰⁾. Em 1981, a superioridade foi além de 350%.

Esses elementos demonstravam a necessidade da redefinição radical do federalismo brasileiro. Federalismo cooperativo, sim. Mas ainda federalismo. O que se processava ontem não conduziria a outra coisa senão à morte do Estado federal. Mas a nova Constituição, embora aumentando a capacidade arrecadatória dos Estados e Municípios, não deu a eles o que era reivindicado.

D. 2. O problema do desenvolvimento num Estado federal

A distribuição de riquezas não se efetiva de modo equilibrado em nosso País. Estados economicamente fortes, como os da região Centro-Sul, situam-se ao lado de outros, dotados de infra-estrutura econômica mais frágil, como os do Nordeste e mesmo os do Norte. Esse dado tem influenciado a arquitetura da Federação. Note-se que o Estado federal de tipo dualista proposto pela Constituição da primeira República não pôde manter-se. A

(48) Conferência do Ministro Ewald Pinheiro, do Tribunal de Contas da União, publicada no Diário Oficial da União, de 2 de janeiro de 1980, p. 52 *apud* MACHADO HORTA, Raul, *Reconstrução do Federalismo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 22.

(49) A administração indireta conta com aproximadamente "436 órgãos", entre os quais: "383 autarquias, 23 empresas públicas, 23 Fundações, 3 Territórios Federais, 3 órgãos autônomos e 1 fundo". Cf. MACHADO HORTA, Raul, *Reconstrução do ...*, *op. cit.*, p. 22.

(50) Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Cf. *Anuário Estatístico do Brasil — 1956*, IBGE), em 1955 a União arrecadou Cr\$ 55.870.936.000,00 enquanto os Estados arrecadaram Cr\$ 40.873.995.000,00 ou seja, apenas 40% menos que o Estado Federal. Ver Machado Horta, Raul, *Problemas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 2, 1958, p. 30.

autonomia política concedida aos Estados era insuficiente face a precariedade de recursos de alguns governos, incapazes até de manter um aparato burocrático simples de característica liberal, adstrito às funções de legislar, administrar e julgar. Não foram poucas as vezes em que sob a forma de "socorros" o Governo central transferiu recursos para as administrações estaduais em momento de conjuntura desfavorável. Embora os Estados detivessem ampla autonomia financeira, a economia de alguns deles não permitia que se bastassem a si mesmos. Percebeu-se, então, que numa federação não podem subsistir um regime de disparidade econômica entre as unidades que a compõem.

Relativizou-se a partir de então, a noção de autonomia local, procurando-se instituir um sistema que permitisse um relacionamento mais estreito entre os vários níveis de governo. Esse processo, entretanto, acabou sendo descaracterizado depois de 1964, notadamente por meio das Constituições de 1967 e 1969, quando os Estados-Membros ficaram praticamente sob a tutela do poder central. De qualquer modo, o desvio de seu verdadeiro sentido não invalida o que o federalismo cooperativo carrega de melhor.

É evidente que as disparidades regionais existentes no Brasil devem ser suprimidas. É evidente, ainda, que o combate a tais disparidades exigem políticas que superem os limites estaduais, movimentando recursos, muitas vezes, superiores àqueles produzidos ou arrecadados pelos Estados envolvidos.

O sistema constitucional atual não desconhece essa realidade. A repartição constitucional de rendas assim como a de competências parece ser uma resposta a ela. Com efeito, o poder central atua de dois modos principais: (i) transferindo recursos para os Estados-Membros; (ii) diretamente, promovendo o desenvolvimento, por meio de seus órgãos administrativos, nas diversas regiões e, notadamente, no Nordeste.

A transferência de rendas previstas pela Constituição, a qual privilegia, de certo modo, os Estados mais débeis financeiramente, acaba sendo anulada pela transferência informal de rendas que beneficia as unidades federativas mais fortes. Um exemplo: "em 1968, o Nordeste exportou para a região Sudeste Cr\$ 373.622.000,00 e importou Cr\$ 2.553.376.000,00 o que significa dizer que pagou de ICM àqueles Estados Cr\$ 333.006.400,00, e deles recebeu Cr\$ 56.043.300,00. Houve, pois, uma diferença contra o Nordeste, em valores de 1968, de Cr\$ 326.963.100,00⁽⁵¹⁾. Essa situação deve permanecer com a nova Constituição. Alguns autores defendem como solução a esse problema uma redefinição do ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), agora ICM, único tributo importante de competência dos Estados, chegando mesmo a sugerir o rateio igual dos recursos oriundos de operações de circulação de mercadorias entre os Estados importadores e os exportadores. Não nos parece ser esta a melhor solução. Substituir-se-ia a situação atual de superioridade econômica dos Estados produtores, para uma situação de penúria de todos os Estados (produtores e consumidores).

(51) BONAVIDES, Paulo. *O Federalismo e a Necessidade de uma Revisão da Forma de Estado*, in *"Reflexões: Política e direito"*, Rio, Forense, 1978, p. 151.

Quer nos parecer que, como já afirmado, a melhor solução é aumentar o transporte de rendas da União em direção aos Estados, favorecendo-se as unidades federadas menos ricas.

(ii) Quanto ao segundo modo de intervenção do Governo central, como dissemos, se manifesta pela atuação direta dos organismos federais nos territórios dos Estados-Membros. A técnica do planeamento regional instituída pela Constituição de 1946 foi mantida pelas demais Constituições. O principal objetivo é “alterar o desequilíbrio verificado na estrutura do País e promover o desenvolvimento do Nordeste, área marcada pelo investimento rarefeito”⁽⁵²⁾. A atribuição da promoção do desenvolvimento à União carrega alguns inconvenientes. De fato, tal atividade é desenvolvida por órgãos administrativos federais que adquirem, face aos recursos disponíveis, um peso significativo nas regiões que atuam, manifestando-se com uma carga de poder não poucas vezes superior aos próprios governos estaduais.

Esses órgãos dispõem de orçamentos superiores àqueles da maioria dos Estados da Federação. Já em 1963 a Sudene dirigia um montante financeiro superior “à soma da receita prevista no mesmo período nos orçamentos do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia, Estados que se situam na área de atuação do órgão federal”⁽⁵³⁾.

E o mais grave é que os recursos dos vários órgãos de promoção do desenvolvimento regional são aplicados tendo em vista planeamento realizado na órbita federal.

Face a esse problema começaram a circular na doutrina jurídica, e mesmo no cenário político, algumas propostas ousadas. Entre as teses, talvez a mais significativa seja aquela oferecida por Bonavides⁽⁵⁴⁾. Trata-se de transformar os entes administrativos federais de atuação regional em verdadeiras coletividades regionais autônomas, dotadas de capacidade política, constituindo um quarto nível governativo do Estado federal.

Em suas palavras: “... a questão é de extrema atualidade. Envolve necessariamente reformas constitucionais profundas que permitam criar e definir, em favor das regiões, uma instância política própria, convertendo-se em quarta esfera de governo dentro das dimensões federativas do novo sistema constitucional que venha, porventura, a estabelecer-se”.

Quer nos parecer que esta é uma tese que mereceria ser discutida e estudada. Sua institucionalização consistiria na realização de um casamento entre a doutrina do Estado Federal nascida nas Américas, com as novas técnicas de descentralização em curso atualmente na Europa, promovidas por vários países, entre os quais a Bélgica, a Espanha, a Itália e mesmo a França.

(52) MACHADO HORTA, Raul, *A Autonomia do ...*, op. cit., p. 135.

(53) Idem — p. 314.

(54) Sobre isso ler do autor citado *O caminho para um federalismo das regiões; O Federalismo e a Necessidade de uma Revisão da Forma de Estado e O Planeamento e os Organismos Regionais como Preparação a um Federalismo das Regiões*, obras citadas.

A Constituição de 1988, entretanto, não ouviu o reclamo de um bom número de juristas. Não há dúvida que inovou, ao prever, no seu próprio texto, a criação de organismos regionais. Mas na verdade, apenas elevou para o nível constitucional uma prática já presente há décadas no cenário político brasileiro. Dispõe o art. 43 da Lei Fundamental que "para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais". Lei Complementar disporá sobre a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes. Perceba-se que as regiões constituirão meras divisões administrativas da União, ligadas à ela e a ela subordinadas. Foi uma pena ter-se perdido a oportunidade de se instituir, desde logo, pessoas regionais, com capacidade, inclusive, política. Com isso a inevitável perda de poderes por parte dos Estados (a desigualdade dos Estados brasileiros, com efeito, dificulta a instituição de uma verdadeira federação) seria compensada pela descentralização política operada a nível regional, cabendo à União competência para legislar apenas sobre as matérias de nível nacional. Quanto às demais, haveria uma partilha entre os entes regionais, os Estados-Membros e os Municípios.

4. Conclusão

Não há dúvida que a Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações. É evidente que contribuiu para a consolidação do processo de democratização do País, processo esse que se desenrolava desde o governo Geisel.

No que se refere à Federação, a nova Lei Fundamental alterou sua configuração. Ela, por exemplo, deu mais liberdade aos Estados-Membros no que concerne ao seu poder de auto-organização. Atribuiu, inclusive aos Municípios, este poder. Por outro lado, ampliou a capacidade arrecadadora dos Estados (e, igualmente, dos Municípios), de tal sorte que os recursos que se encontravam em mãos da União foram, em parte, redivididos. Entretanto, o Governo federal continua com a maior fatia do bolo tributário.

Mas a Constituição de 1988 não pode ficar isenta de críticas. Ela aumentou, a despeito do que dizem os Constituintes, o processo de centralização, já que as matérias de competência da União foram significativamente ampliadas. De tal sorte que, hoje, como ontem, pouco resta para os Estados no que se refere à sua capacidade legislativa. A competência remanescente dos Estados-Membros é quase um nada, em face do número de matérias que são ou de competência privativa da União, ou de competência concorrente, cabendo neste caso, como se sabe, à União editar normas gerais.

Finalmente, no que se refere à política econômica (incluída a de desenvolvimento) foi uma pena a nova Constituição Federal não ter aproveitado a experiência descentralizadora emergente ora na Europa continental, instituindo um outro nível político representado pelas regiões.

afinal promulgado — a dar pronto cumprimento às normas constitucionais definidoras daqueles direitos e garantias fundamentais, cujo exercício não se pudesse verificar, desde logo, pela inexistência da respectiva regulamentação.

Posto o tema nestes termos tão singelos, parecerá ao estudioso menos atento que não tem sentido nem sequer formular essa questão, pois seria contraditório, para não dizer irônico ou até mesmo jocoso, se condicionar o uso desse instrumento à superveniência de sua regulamentação, se ele foi concebido, precisamente, para assegurar imediato exercício a direitos carentes de regulamentação.

O argumento, à primeira vista atraente e fascinante, afinal pode se mostrar enganoso ou, pelo menos, sem a força de convencimento que aparentemente possui, como se procurará demonstrar ao longo das considerações expostas a seguir.

II — *Aplicabilidade das normas constitucionais*

Embora concordemos com JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, RT, 2.^a ed., 1982, pp. 63/67), quando observa que a classificação, pura e simples, das normas constitucionais em *auto-aplicáveis* e *não auto-aplicáveis* não corresponde, com efeito, nem à realidade das coisas, nem às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das Constituições, pois sugere a existência de normas constitucionais ineficazes e destituídas de imperatividade — quando sabemos que todos os preceitos da Constituição, por sua peculiar natureza, são dotados da maior força imperativa, que lhes advém diretamente da fonte constituinte —, relembramos, aqui, a aludida distinção, pela sua utilidade para o desenvolvimento destas considerações.

De acordo com essa classificação — criada pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas e difundida, entre nós, pioneiramente, na obra de RUI BARBOSA —, considera-se que um dispositivo constitucional é auto-executável (*self-executing*), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fluir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, ou, ainda, quando contenha determinações para cujo cumprimento não se precise constituir ou designar nenhuma autoridade, nem criar ou indicar nenhum processo especial, ou, finalmente, quando o direito que ele institua se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação; diversamente, não seriam auto-executáveis aqueles preceitos constitucionais que se limitam a indicar princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a eles o vigor de lei (RUI BARBOSA. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1933, vol. II, pp. 477 e segs.).

Em outras palavras, ainda segundo a doutrina norte-americana, mencionada naquela obra de RUI BARBOSA, considera-se disposição executável por si mesma aquela que ministra a norma, ou os meios, pelos quais se possa exercer e proteger o direito, que ela dá, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que ela impõe (*op. e vol. cit.*, p. 488). Se, ao revés, tal norma ou tais meios dependerem de ulterior criação legislativa, enquanto não forem criados, paralisarão ou reterão a eficácia dos preceitos constitucionais, que deles dependam para se tornarem operativos.

Ainda segundo o magistério de RUI BARBOSA, as disposições constitucionais, em sua maioria, não são *auto-aplicáveis*, porque a Constituição não se executa a si mesma, antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos, o que não quer dizer, entretanto, possua a Lei Maior cláusulas ou preceitos a que se deva atribuir o valor moral de conselhos, avisos ou lições, porque todos têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos (*op. cit.*, pp. 488/489).

Mas, como distinguir, substancial e objetivamente, entre tais preceitos, para afirmar que uns são de si bastantes, enquanto outros dependem da mediação do legislador, para se tornarem plenamente eficazes?

Nesse terreno, em que pese ao prestígio de alguns dos modernos doutrinadores, que se debruçaram sobre o tema, as respostas oferecidas, em sua quase totalidade, embora pareçam nos ministrar novos critérios para resolver o problema, em verdade o que têm feito é repetir as teses expostas pelos antigos, sem avançar um passo sequer no ponto em que a questão permaneceu, desde e sempre, criticamente estacionada. Mais ainda, padecendo do mesmo vício tautológico das propostas que pretendem superar, acabam por afirmar, em linguagem rebuscada embora, que são auto-aplicáveis as normas que não dependem de outras para a sua aplicação...

Agora, felizmente, começam a surgir novos e promissores enfoques, como o que resultou da monumental tese de doutoramento de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO — intitulada “Constituição dirigente e vinculação do legislador” —, onde o consagrado constitucionalista português, enfrentando o problema das relações entre a Constituição e a lei, mergulha fundo no exame das chamadas normas constitucionais programáticas, com vistas a esclarecer “o que deve (e pode) uma Constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais” (Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1982, p. 11).

Com base nos estudos desse festejado jurista, forte na doutrina alemã, hoje em dia não há mais falar sequer na existência de normas constitucionais programáticas — tradicionalmente tidas como as menos eficazes dentre as regras integrantes do Texto Fundamental —, porque tais normas têm valor jurídico constitucionalmente idêntico aos dos restantes preceitos da Lei Maior, e a eventual mediação da instância legiferante, na concretização

de tais normas, não significa que elas dependam da *interpositio* do legislador; pelo contrário, é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legisladores, pelo que perdeu sentido a tradicional dicotomia *norma atual, norma programática*, já que “todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa” (*Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 4.ª ed. 1986, pp. 132/133).

1. Ora, se nem as chamadas normas constitucionais programáticas se admite sejam dotadas de menor carga eficaz, em face de outros preceitos da Lei Maior, como tradicionalmente se afirmava, sem maior discrepância, pode admitir-se que regras outras — tais como as definidoras dos direitos e garantias fundamentais — fiquem a depender da mediação legislativa para se tornarem eficazes?

Se admitirmos essa dependência, não só deitaremos por terra todos os avanços da moderna doutrina construída em torno da força vinculante das Leis Fundamentais, como retornaremos à ultrapassada concepção segundo a qual a Constituição deve mover-se no âmbito das leis, ao invés de as leis se moverem no âmbito da Constituição (Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 266).

III — Aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

Na trilha aberta pela Lei Fundamental de Bonn (art. 1.º, 3) e percorrida pelas Constituições de Portugal (art. 18, 1) e da Espanha (art. 53, 1), nossa Carta Política contém preceito determinando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, em ordem a afastar, desde logo, e como regra, as construções hermenêuticas que, no passado, lograram esvaziar o conteúdo das chamadas “Declarações de Direitos”, com o expediente de condicionar a sua concretização ao advento de normas infraconstitucionais que, muitas vezes, nem sequer eram previstas no Texto da Lei Maior.

A esse propósito vale lembrar, pela sua formulação pioneira, antiga lição de Rui Barbosa, que, mesmo no clima e no contexto de aceitação da menor densidade eficaz das chamadas normas programáticas, já nos primórdios da República incluía, entre as normas de aplicação imediata e autônoma, precisamente aquelas em que formuladas as declarações constitucionais de direitos, por ele consideradas atuantes *ipso jure*, pelo mero fato da sua existência nas Constituições onde se consignam.

Ao fundamentar essa tomada de posição, mais uma vez de forma pioneira entre nós, disse o grande jurista que o fazia por três motivos, assim expostos em sua linguagem peculiar:

“Primeiro, porque a declaração de um direito individual pela Constituição do Estado importa na imediata aquisição do direi-

to assegurado e na proibição geral aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem.”

.....

“Segundo, porque, ainda quando o Poder Legislativo não estabeleça medidas especiais em sua defesa, esse direito, pela simples razão de existir, encontra nos remedios geraes de direito commum os meios de se desaffrontar, reparar e manter.”

.....

“A terceira consideração, emfim, pela qual os direitos individuaes proclamados nas Constituições não são dependentes da lei, para se effectuarem, está em que, sendo o principal intuito dessas declarações constitucionaes cercar esses direitos de uma trincheira inacessivel ao arbitrio, assim dos Governos, como dos Parlamantos, ficaria totalmente annullada a garantia, de que ahi se cogita, se taes direitos se não pudessem reivindicar senão estribados em actos legislativos” (*op. cit.* págs. 484/485).

Comentando o antes mencionado dispositivo da Constituição de Portugal (art. 18, 1), GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA observam que a primeira característica do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias, assegurados naquela Carta Política, consiste em que os respectivos preceitos são, não apenas normas preceptivas — e não simplesmente normas programáticas —, mas sobretudo normas de *eficácia imediata*, que “não carecem de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para serem aplicáveis, pelo que se aplicam mesmo na *ausência de lei*” (*in Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, Coimbra Editora, 1984, 1.º vol., p. 164).

Tendo em vista, porém, que nalguns casos a própria Constituição remete para a lei a disciplinação do exercício de certos direitos fundamentais — como, por exemplo, o art. 52, 2, que assegura o direito de ação popular, *nos casos e nos termos previstos na lei* —, confessaram-se em dúvida, nesse ponto, aqueles ilustres juristas, sem apresentar, logo, qualquer proposta de solução para a questão suscitada.

Diante de igual dificuldade — decorrente da redação do art. 5.º da nossa Carta Política, que faz depender de ulterior mediação legislativa o exercício de muitos direitos ali anunciados (*e. g.* incisos VII, XIII, XV, XXVIII, *etc.*), mas, ao mesmo tempo, em seu § 1.º, declara que as normas definidoras desses e de outros direitos têm aplicação imediata —, os juristas CELSO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS propõem se considere como princípio vigorante o da imediata aplicabilidade de tais normas, salvo quando a própria Constituição, *expressamente*, declarar que o direito acenado só será executável nos termos e na forma da lei, ou quando o preceito

for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989, 2.º vol., p. 393).

Mas, qual o critério seguro para reconhecer ou afirmar que certo dispositivo não contém os elementos mínimos necessários à sua aplicação?

Ainda no contexto constitucional português, outro jurista de expressão — JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADÉ —, ao comentar o dispositivo que assegura aplicabilidade imediata aos preceitos reguladores dos direitos, liberdades e garantias, diz que a qualidade de direito imediatamente aplicável, assegurada a tais preceitos, significa, em primeiro lugar, a afirmação do seu carácter *jurídico-positivo* e não meramente programático ou proclamatório, já não se podendo dizer — a partir de agora — que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei ou que valem apenas com o conteúdo que por esta lhe for dado. (*Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 254/255).

Na Espanha, onde a regra constitucional referente à imediata aplicabilidade dos preceitos definidores dos direitos fundamentais não é tão explícita quanto à das Constituições da Alemanha e do Brasil, a opinião dos autores é unânime quanto à eficácia direta e imediata de tais preceitos, como registra CANO MATA, em seu estudo sobre o controle de garantias pelo Tribunal Constitucional (*El control de garantías por el Tribunal Constitucional y otros estudios*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, p. 17).

Ali, segundo o magistério do conceituado GARCIA DE ENTERRIA, essa opção do constituinte redemocratizador da Espanha — claramente inspirada pelos autores da Lei Fundamental de Bonn — deveu-se à necessidade de evitar a burla em que consistia o sistema de liberdades do regime franquista, no qual as leis continham enfáticas declarações de direitos que nunca se concretizaram, ou porque dependiam de leis que jamais foram editadas — o que ocorreu com a maioria daqueles direitos —, ou porque, ao serem legalmente disciplinados, o foram arbitrariamente, seja no conteúdo, seja no modo como poderiam ser exercidos (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985, 3.ª ed., p. 74).

IV — Aplicabilidade do preceito instituidor do mandado de injunção (CF — Art. 5.º, inciso LXXI)

O dispositivo da Constituição de 1988, em que foi instituído o mandado de injunção, é do seguinte teor, *verbis*:

“Art. 5.º (Omissis).

.....

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

Figurando, esse preceito, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, está obviamente compreendido no âmbito de incidência da regra estabelecida no § 1.º do aludido art. 5.º da Constituição. Conseqüentemente, tal preceito, em tese, tem aplicação imediata, segundo o critério genericamente proposto, entre outros, por CELSO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS (*op. e loc. cit.*).

Antes de procedermos ao exame crítico do aludido dispositivo da Constituição, a ver se ele contém aqueles elementos mínimos possibilitantes da sua imediata aplicação, sem necessidade de norma infraconstitucional que o atualize, cuidamos oportuno enfatizar — citando VICENTE GRECO FILHO — que a figura mais polêmica, dentre os novos institutos do texto constitucional, certamente é o mandado de injunção, não só pelo seu alcance, mas também pela indefinição com que foi tratado, sendo que a maior dificuldade para a sua interpretação deriva, essencialmente, de o constituinte não haver definido a sua finalidade, diversamente do que fez com os demais instrumentos afins, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o *habeas data* (in *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 179 e 181).

Abstração feita, por enquanto, desse aspecto do problema, vejamos como têm se posicionado os doutrinadores brasileiros a respeito da aplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional.

Sem que a ordem das citações traduza preferência ou hierarquia entre os diversos autores consultados, aqui se transcrevem as várias opiniões:

— CALMON DE PASSOS

“Afirou-se a inviabilidade do ajuizamento do mandado de injunção enquanto não regulamentado seu procedimento pelo Congresso Nacional. Discordamos. Insistimos em afirmativa que temos feito reiteradamente: não se outorga direito sem que, necessariamente, para ele exista remédio ou procedimento aplicável. Se inexistente algo expressamente previsto, constrói-se analogicamente, atendidos os princípios pertinentes e prescrições compatíveis.

O mandado de injunção é ação. E para toda ação já existe um procedimento adequado (no mínimo, o ordinário), que recolhe tudo quanto não tenha merecido disciplina especial. Mas não é este o caso do mandado de injunção. Os remédios constitucionais

de proteção aos direitos individuais e coletivos são de natureza sumária, dada a urgência que se reclama para a tutela que por intermédio deles se postula.

Como vimos, a inicial atende ao que se prescreve para toda inicial. E como em todo processo, a citação das partes é fundamental, sob pena de nulidade. O prazo para resposta é o do mandado de segurança, mais próximo do mandado de injunção que a ação direta de inconstitucionalidade. Cuida-se, por igual, de feito que não comporta audiência de instrução e julgamento. A ouvida do Ministério Público Federal se impõe. O órgão julgador poderá requisitar todas as informações que julgar convenientes. Devidamente atendidas essas diligências, se forem determinadas, haverá o julgamento. Da decisão, se proferida por órgão que não o Supremo, caberão os recursos adequados.

Não vimos, portanto, o que falta para que se possa disciplinar, satisfatoriamente, o procedimento do mandado de injunção, mediante a aplicação das normas pertinentes a outros procedimentos afins e as que presidem a todos os procedimentos instaurados em nossa ordem jurídica" (*Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*. Rio, Forense, 1989, p. 122).

— CELSO AGRÍCOLA BARBI

"E parece fora de dúvida que o mandado de injunção é garantia fundamental, porque serve para assegurar outros direitos constitucionais ameaçados de não uso por falta de norma regulamentadora.

Acresce que, na pior das hipóteses, o mandado de injunção, sendo ação judicial, terá curso pelo procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, que é o procedimento adequado a qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto no mesmo Código ou em lei especial.

Impõe-se, pois, a conclusão de que a norma sobre mandado de injunção está em pleno vigor e ele pode ser requerido independentemente de regulamentação" (RT, 637/Nov. 1988, p. 10).

— JOSÉ AFONSO DA SILVA

"Finalmente, cumpre esclarecer que o disposto no art. 5.º, LXXI, não depende de regulamentação para ser aplicado. O texto possui todos os elementos suficientes à sua imediata aplicação,

reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1.º do mesmo artigo, o que “significa que os juízes não poderão deixar de atender a toda e qualquer demanda que lhes for dirigida”, e não poderão deixar de decidir também dado o monopólio jurisdicional (*non liquet*)” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, RT, 1989, 5.ª ed., p. 390).

— IRINEU STRENGER

“Em nossos dias os principais doutrinadores admitem estar superada a teoria das normas auto-aplicáveis em contraste com as que não o são. Aceita-se que existem as normas de eficácia plena, as de eficácia contida e aquelas de eficácia limitada.

A hipótese do *mandado de injunção* classifica-se, ao que tudo indica, entre as normas de eficácia contida, pois não pode prescindir de providência normativa ulterior para a sua exata aplicação, dado que insitivamente existem dificuldades de execução.

Não queremos com esse posicionamento significar que a norma deva ficar à espera de seu regulamento para ser aplicável.

Somos de opinião de que as situações subjetivas positivas ensejam, desde logo, o seu exercício, cabendo ao julgador *si et in quantum* encontrar os mecanismos que possibilitem sua aplicação, utilizando-se dos meios que já foram anteriormente apontados neste trabalho.

.....

A maneira como foram propostas as diversas questões versadas leva-nos a formular a aplicação imediata do *mandado de injunção* através do que chamaríamos de *decisões discricionárias*, entendendo como tais as que são proferidas em razão de uma habilitação jurídica. A faculdade seria atribuída em função de determinados casos, segundo o estabelecimento de um fim de regulação definido e de acordo com os limites gerais da discricionariedade.

Assim, a discricionariedade estaria vinculada ao fim que a norma persegue” (*Mandado de Injunção*. Rio, Forense, 1988, 2.ª ed., p. 33).

— ULDURICO PIRES DOS SANTOS

“Não pode padecer a menor dúvida de que a ordem de injunção deva ser auto-aplicável. Qualquer tentativa no sentido

de regulamentá-la irá de encontro ao que dispõe o § 1.º do art. 5.º da norma constitucional que enfatiza: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (*Mandado de Injunção*. São Paulo, Paumape, 1988, p. 53).

— RITINHA GEORGAKILAS

"Concluímos este breve comentário assinalando que ausência de norma específica regulamentadora do mandado de injunção não deve obstaculizar a sua imediata aplicabilidade, o que seria um curioso paradoxo, inadmissível no caso, por uma questão elementar do bom-senso e tendo em vista, inclusive, a peremptória disposição do § 1.º do citado art. 5.º:

§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Consideramos razoável admitir a aplicação, por analogia, das disposições disciplinadoras do mandado de segurança, até que a norma processual inexistente seja editada, entendimento este que vem sendo adotado nas manifestações iniciais sobre a matéria, pela doutrina e pela jurisprudência" (*Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo, Atlas, p. 110).

— M. G. FERREIRA FILHO

"Acrescente-se, finalmente, que se tratando de uma garantia instrumental, ação especial que é, exige a previsão do procedimento a que será sujeito, em que pese à prescrição do § 1.º do art. 5.º, que prevê "aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais" (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1989, 17.ª ed., p. 277).

— ADHEMAR FERREIRA MACIEL

"A intenção do constituinte, não resta dúvida, foi a de conferir ao mandado de injunção aplicabilidade imediata. Tanto assim que o Projeto "B" suprimiu a expressão "na forma da lei" do Projeto "A". Por outro lado, a Constituição, no § 1.º do art. 5.º, é expressa: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata" ("Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão". Brasília, *Rev. Inf. Leg.* n.º 101, 1989, p. 129).

— MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO

“Se fôssemos nos deixar impressionar por uma leitura inicial do dispositivo mencionado, a conclusão inevitável, que daí haveríamos de tirar, seria no sentido de tratar-se de norma de eficácia contida (destituída, portanto, de auto-aplicabilidade), na medida em que o seu enunciado não indica, dentre outras coisas, o momento a partir do qual o direito de impetrar “mandado” de injunção pode ser exercitado; quem se encontra legitimado (ordinária ou extraordinariamente) a isso; qual o objeto da injunção; a sua finalidade; os efeitos que o pronunciamento jurisdicional produz; o processamento em juízo etc.

Uma tal inferência, porém, seria juridicamente aceitável se não fosse irônica — para não dizermos trágica e perversa.

Com efeito, pondo-se à frente o fato essencial de que a ação em pauta foi concebida, fundamentalmente, para tornar possível o exercício dos direitos e garantias constitucionais — assegurados aos indivíduos (e às coletividades) — sempre que o legislador ordinário se omitir na elaboração da indispensável norma regulamentadora do preceito — seria, no mínimo, render culto à ironia imaginar que a regra constitucional instituidora da ação injuntiva, para ter eficácia, dependesse, também, de regulamentação legislativa (ordinária ou complementar)!” (“Mandado de injunção e direitos sociais”. *Revista Ltr.*, vol. 53, n.º 3, São Paulo, 1989, p. 323).

— RANDOLPHO GOMES

“Como ação de origem constitucional, prescinde de regulamentação em lei complementar ou ordinária. O dispositivo que a criou é auto-suficiente e auto-aplicável, mesmo porque seria contraditório exigir-se regulamentação para um mecanismo destinado, ele próprio, a fazer cumprir normas constitucionais pendentes de regulamentação. Tendo a Constituinte optado por texto em que se eliminou a referência ao rito processual adotável para apreciação pelos tribunais do remédio, incumbirá a tais órgãos, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, construí-lo em seus regimentos, sem cuidar de restringir seu alcance ou impor obstáculos ao seu exercício. Não será ilícito, porém, que o Poder Legislativo chame a si tal tarefa, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança, editando lei que discipline o processo e o procedimento cabíveis para exercício do mandado de injunção. A falta do texto, no entanto, não poderá servir de obstáculo ao uso da medida” (*Mandado de Injunção*. Rio, Edições Trabalhistas, 1989, p. 25).

Escusando-nos pela plethora das transcrições, que fizemos apenas pelo desejo de trazer a exame o maior número possível de opiniões a respeito do tema, permitimo-nos observar que, salvo raras exceções facilmente identificáveis, os autores mencionados se limitaram a emitir simples opiniões, sem revelar as razões de seu convencimento, o que se explica, até certo ponto, pela complexidade do tema e o escasso tempo de que dispuseram para um exame mais aprofundado da novidade constitucional.

Diante desse problema e da evidente impossibilidade de resolvê-lo simplesmente invocando a regra do art. 5.º, § 1.º, da Constituição, pois apenas afirmar que um preceito é auto-aplicável não lhe confere, *ipso facto*, essa condição — até porque “a disposição constitucional só é executável por si mesma, até onde seja, realmente, suscetível de execução (RUI BARBOSA, *op cit.*, p. 492) —, diante de toda essa dificuldade, torna-se imperiosa uma análise mais detida da finalidade do mandado de injunção, a ver se, pela descoberta da natureza jurisdicional do provimento que, através dele, se irá obter, poderemos concluir, com alguma segurança, se o dispositivo da Constituição, que o instituiu entre nós, é suscetível de aplicação sem regulamentação infraconstitucional.

V — Finalidade do mandado de injunção

Dispensando-nos de incursões na história desse instrumento, não apenas pelo escasso valor dessa abordagem, para deslindar o problema da aplicabilidade do preceito constitucional, que o instituiu no Brasil, como também porque é grande e pouco esclarecedora a controvérsia doutrinária sobre as suas origens e o seu alcance no direito anglo-saxônico, por tudo isso, iremos, desde logo, ao exame da questão aqui proposta, referente à finalidade da injunção, como delineada em nossa Constituição.

Também aqui é extensa e profunda a divergência entre os doutrinadores nacionais, que não chegaram a um acordo, mínimo sequer, a respeito da finalidade do mandado de injunção, que, segundo uns, tem por objeto “... exclusivamente *definir a norma* regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso” (CALMON DE PASSOS, *op. cit.*, pp. 98/99), enquanto para outros tem “... por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 388).

Atribuindo-a à omissão do texto constitucional, que não definiu o objeto do instituto, VICENTE GRECO FILHO resume a controvérsia, no particular, indagando, como todo o mundo: “o mandado de injunção serve para atribuir o direito cujo exercício esteja obstado em virtude da falta de regulamentação ou o mandado tem por finalidade provocar a edição de

norma geral para o seu exercício, pelo próprio tribunal ou mediante determinação para que o Poder Legislativo o faça?" (*op. cit.*, p. 181).

De igual forma, CELSO BASTOS expõe e resume a controvérsia, alvitrando e criticando as três soluções que lhe parecem logicamente comportáveis para a questão, que, afinal, entende resolúvel, corretamente, apenas se conferida ao magistrado a possibilidade de, em cada caso, escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses do impetrante, sem a necessidade de transmudar-se o julgador em legislador (*op. cit.*, pp. 358/359).

Como o ilustre constitucionalista se inscreve entre os que defendem a auto-executoriedade da norma instituidora do mandado de injunção — para ele tão utilizável, desde logo, como o foram, no passado, o mandado de segurança e a ação popular, operacionalizados antes mesmo da respectiva regulamentação —, forçoso é concluir, diante da solução por ele proposta, que caberia ao Judiciário construir as fórmulas que viabilizariam o uso da injunção, mas apenas *caso a caso*, diante da impossibilidade constitucional de um Poder exercer as atribuições privativas dos outros (CF, art. 2.º).

A fórmula, de consistência duvidosa, se aparentemente resolve o problema da auto-executoriedade do preceito constitucional — porque deixa ao Judiciário a faculdade de conceder, *in concreto*, a prestação jurisdicional requerida —, não esclarece qual a natureza desse provimento judicial, *o que o julgador mandará fazer, nem quem o fará, para satisfazer a pretensão do impetrante*.

Noutra direção seguem os que, na linha proposta por Calmon de Passos — para nós aquele que até agora melhor e mais amplamente estudou o mandado de injunção —, associam esse instituto à chamada inconstitucionalidade por omissão, em ordem a concluir que aquele instrumento figura ao lado da ação direta declaratória de inconstitucionalidade omissiva (CF, art. 103, § 2.º), mas como “remédio para tutela do direito subjetivo frustrado em seu exercício em virtude de inconstitucionalidade por omissão” (CALMON DE PASSOS, *op. cit.*, p. 103). Mais adiante, veremos a utilidade dessa proposta, que resolve o problema da aplicabilidade da norma criadora do mandado de injunção, mas esvazia sua utilização.

Situando-se numa posição diametralmente oposta à daqueles que atribuem ao mandado de injunção a finalidade de obter a expedição da norma regulamentadora, norma cuja inexistência é que motiva o pedido de injunção, JOSÉ AFONSO DA SILVA enfaticamente afirma que tal entendimento é equivocado, porque não se pode atribuir a esse instrumento o mesmo objeto da inconstitucionalidade por omissão, reduzindo-o a uma ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*, utilizável quando os respectivos titulares se omitirem no seu exercício (*op. cit.*, pp. 388/389).

Para esse ilustre jurista, o conteúdo da decisão proferida no mandado de injunção consiste na outorga direta do direito reclamado, que, assim, o impetrante logra exercer independentemente da regulamentação (*op. cit.*, p. 389).

Em que pese à autoridade de quem defende essa interpretação, não vemos como conciliá-la com a definição constitucional dos sujeitos passivos do mandado de injunção — todos órgãos ou agentes públicos —, como se infere da leitura dos arts. 102, I, *q*, e 105, I, *h*, da nossa Constituição.

A esse propósito, observa MICHEL TEMER que o mandado de injunção somente pode ser impetrado contra pessoa jurídica de direito público, não apenas porque o dispositivo constitucional, que o instituiu, refere-se a matéria de ordem pública — liberdades constitucionais, nacionalidade, soberania e cidadania —, como também porque seria ilógico imaginar-se uma ação proposta contra particular, pleiteando direitos que não foram conferidos em razão de ausência de norma regulamentadora (in *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, RT, 1989, 6.^a ed., p. 210).

Igualmente ilógico seria pretender compelir qualquer daqueles sujeitos passivos do mandado de injunção — a quem se aciona na condição de responsáveis pela inexistência de norma, e para que a editem — a outorgar *diretamente* ao impetrante o direito por ele reclamado no pedido de injunção.

Se, diversamente, em razão do conteúdo da prestação, o direito concretamente reclamado, outro for o sujeito passivo obrigado a satisfazê-la — um empregador, por exemplo, que se tenha recusado a atender certa pretensão de empregado seu, alegando a inexistência de norma legal que lhe imponha o dever de fazê-lo —, não vemos como viabilizar essa hipotética pretensão, em sede de mandado de injunção, se aquele empregador não tiver figurado no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração.

Mas, acaso ajuizado o pedido contra esse hipotético empregador, como e onde chamá-lo à lide e compeli-lo ao cumprimento da prestação requerida, se ele não figura entre os órgãos ou pessoas indicados nos aludidos dispositivos da Constituição?

A falta de previsão constitucional sobre o órgão jurisdicional competente para processar e julgar esse hipotético pedido de injunção, formulado contra um particular, é quase certo que a petição nem seria conhecida, pois dificilmente qualquer juiz ou tribunal dar-se-ia por competente para apreciá-la sem que uma lei o habilitasse a fazê-lo. Ainda assim, essa lei poderia vir a ser impugnada, em face do princípio de que as competências fixadas na Constituição são insuscetíveis de ampliação ou redução, salvo, é claro, se o Pretório Excelso viesse a admitir que, por força do art. 125 da Lei Maior, o legislador estadual poderia atribuir competência aos órgãos judiciais lo-

cais para decidir sobre mandados de injunção requeridos contra órgãos ou pessoas não jurisdicionados à Justiça da União (CF, art. 92, incisos I/VI).

Por tudo isso e por outros problemas mais — que adiante ainda iremos expor —, é que entendemos inócuo, para resolver a questão, afirmar, também pura e simplesmente, que, na falta de norma legal definidora do procedimento adequado para impetrar mandado de injunção, poder-se-á utilizar o mandado de segurança ou no mínimo, ou na pior das hipóteses, o procedimento ordinário regulado no Código de Processo Civil, como sugerem, entre outros, os ilustres Celso Agrícola Barbi e J. J. Calmon de Passos.

Dizer isso não resolve o problema porque, essencialmente, ele está localizado na determinação da natureza do provimento jurisdicional, que se há de proferir no julgamento do pedido de injunção — *declaratório* da omissão regulamentar e da inviabilidade de exercício dos direitos em causa —, bem assim na definição dos efeitos de *constrição* e *mandamento* que, no plano executório da realização de suas conseqüências, ele possa e deva ter, como observou, com perspicácia, o emérito Professor CELSO NEVES (in *Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de Injunção*. São Paulo, Revista LTr. vol. 52, n.º 11, nov. 88, p. 1.319).

Usando, neste passo, as indicações feitas por Manoel Antonio Teixeira Filho, logo na abertura do trabalho antes indicado, diremos que *falta praticamente* tudo para que se torne aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção, eis que, a rigor, não se sabe o momento a partir do qual pode ser exercitado o direito de impetrar a injunção; quem se encontra legitimado para requerê-la; qual o seu objetivo; qual a natureza e quais os efeitos do provimento jurisdicional que, através da injunção, se tentará obter; que outros juízos ou tribunais, afora os já indicados na Constituição, poderão processar e julgar os mandados; finalmente, qual o procedimento adequado ao exame da impetração.

Trata-se, quer se queira, quer não, de ver as coisas como as coisas são: em que pese aos meritórios esforços de todos quantos se têm empenhado em sustentar que o mandado de injunção pode ser prontamente utilizado, para a fruição dos direitos, liberdades e prerrogativas mencionados no art. 5.º, inciso LXXI, da Constituição, não vemos como viabilizar desde logo essa utilização — *pelo menos para a fruição direta e imediata de tais direitos, liberdades e prerrogativas*, sem a edição de norma infraconstitucional, que lhe trace os contornos mínimos e permita ao Poder Judiciário, com segurança, dar a cada um o que for seu.

Sem essa regulamentação, de caráter geral, malgrado os atributos de serenidade e lucidez, que são *apanágio* da nossa magistratura, corremos o risco de, embalados pelo generoso *desejo* de assegurar imediata utilização a esse auspicioso instrumento, que é o mandado de injunção, acabar por des-

prestigiá-lo, seja pela ineficácia das decisões acaso proferidas sem balizamento legal, seja pela contradição de critérios, que fatalmente ocorreria se o aludido instrumento ficasse entregue à discricão, mesmo judiciosa, dos milhares de magistrados que integram o Poder Judiciário do País.

Assim, impõe-se reconhecer que não é auto-aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção — o art. 5.º, inciso LXXI, da Lei Maior — porque, inobstante o § 1.º desse artigo declarar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inobstante isso, aquele preceito não contém os elementos mínimos que permitam a sua imediata execução.

Soluções diversas, como as que assimilam o mandado de injunção à ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º), seja como procedimento *subsidiário*, seja mesmo como procedimento *autônomo*, posto ao lado daquela ação, mas destinado à tutela de direito subjetivo, cujo exercício possa ser frustrado pela inexistência de norma infraconstitucional regulamentadora, soluções como essas — insistimos — devem ser afastadas, porque, se por um lado permitem o uso imediato de mandado de injunção, por outro acabam esvaziando esse instrumento, tais os percalços a que terão de se submeter seus impetrantes, obrigados a bater mais de uma vez às portas da Justiça, como certamente observou JOSÉ AFONSO DA SILVA (*op. cit.*, pp. 388/389) e a honestidade intelectual impôs a CALMON DE PASSOS registrar com riqueza de detalhes (*op. cit.*, pp. 100, 103 e 107).

Diante do exposto, impõe-se concluir no sentido de que, enquanto não for regulamentado o preceito instituidor do mandado de injunção, este não poderá ser utilizado, assim como não poderão ser exercidos os direitos ou prerrogativas constitucionais, cujas normas consagradoras não possuam os elementos mínimos de que necessitam juízes e tribunais para a emissão de provimentos jurisdicionais.

Para dar eficácia a tais preceitos constitucionais, para tornar efetiva a fruição dos direitos e liberdades que neles se consagram, cumpre à Sociedade Civil manter permanentemente acesa a luta política e tornar atuantes os mecanismos democratizadores criados pelo constituinte de 1988, o que somente conseguiremos se exercermos pressão legítima sobre os nossos representantes, para que legislem e, assim, *concretizem e densifiquem* a Constituição.

Em suma, se nós quisermos, se o legislador quiser e se houver vontade política e *vontade de Constituição* (Hesse), poderemos regulamentar o exercício de todos os direitos, liberdades e prerrogativas de que cogita o art. 5.º, inciso LXXI, de nossa Carta Política, transformando em texto de ficção aquele preceito constitucional.

O objeto e a competência no mandado de injunção

ELCIAS FERREIRA DA COSTA

Professor Adjunto na Faculdade de Direito
do Recife

1. A regra constitucional

Ao instituir o mandado de injunção, como medida extraordinária, destinada à concretização de algumas normas constitucionais concessivas de direitos, quando frustradas pela omissão do órgão dotado de competência regulamentadora, o texto constitucional não é suficientemente claro e preciso, nem quanto à definição do objeto a ser impetrado com a aludida medida, nem quanto aos órgãos competentes para julgá-la.

Conforme se verifica do *art 102, I, q*, e do *art. 105, I, n*, o critério de atribuição de competência para julgar o mandado de injunção é determinado pela omissiva competência regulamentadora da norma concessiva de direitos. Assim, quando a norma regulamentadora for de atribuição do Presidente da República ou do Congresso, ou de qualquer das Casas do Congresso, ou da Mesa de qualquer daquelas Casas congressuais, ou do Tribunal de Contas da União, ou de algum dos Tribunais Superiores ou mesmo do próprio Supremo Tribunal Federal, a competência para julgar o mandado de injunção cabe ao Supremo Tribunal Federal. E quando a regulamentação da norma concessiva de direitos for de atribuição de algum dos órgãos, entidades ou autoridades federais, da administração direta ou indireta, desde que não se trate dos casos de competência regulamentadora do Supremo Tribunal Federal ou dos órgãos da Justiça Federal, da Justiça Militar, da Justiça do Trabalho ou da Justiça Eleitoral, a competência é do Superior Tribunal de Justiça.

Já de modo abstrato, isto é, sem discriminar quais os casos em que caberá aos Tribunais Superiores competência para julgar mandado de injunção, define a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar em grau de recurso ordinário (*art. 102, II, a*) as decisões dos mesmos Tribunais Superiores, prolatadas em única instância, quando denegatórias do mandado de injunção. A questão que, por imposição lógica, aqui se apresenta é a seguinte: estando a competência do Supremo Tribunal Federal, tal como a competência do Superior Tribunal de Justiça, determinada em função da competência regulamentadora da norma concessiva de direitos, quais seriam as hipóteses de atribuição de competência regulamentadora cuja omissão determinaria a competência dos Tribunais Superiores para julgar mandado de injunção?

Efetivamente, sabendo-se que da omissão de competência regulamentadora por parte dos Tribunais Superiores determina-se a competência injuncional do Supremo Tribunal Federal, sabendo-se outrossim, que da omissão de competência regulamentadora por parte dos *órgãos, das autoridades, das entidades federais, da administração direta e indireta*, enseja a competência do Superior Tribunal de Justiça, não disciplina a Constituição por parte de que *órgãos* a omissão de competência regulamentadora determinaria a competência para os Tribunais Superiores julgarem, *em única instância*, mandado de injunção.

Observa-se, por outro lado, que, estabelecendo para o Superior Tribunal de Justiça competência injuncional para as hipóteses em que a omissão regulamentadora for de atribuição de quaisquer *órgãos* ou autoridades, ou entidades federais, inclusive da administração direta e indireta, e tendo estabelecido a competência do Supremo Tribunal Federal para quando a competência regulamentadora for de atribuição dos Tribunais Superiores, o texto constitucional deixou de regular de quem será a competência injuncional, quando a competência regulamentadora omissiva for de atribuição dos *órgãos inferiores* da justiça federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

2. *Lacuna constitucional*

Entretanto, verdadeira lacuna — daquela espécie que U. KLUG designa como *lacuna de conflito*, e Zygmunt Ziembinski, como *lacuna lógica*,⁽¹⁾ — em suma, uma antinomia se verifica no texto da Constituição atual, ao estabelecer dispositivos inconciliáveis entre si, na matéria que estamos considerando.

Efetivamente, especificando no *art. 102, inc. II, alínea a*, as matérias sobre as quais o Supremo Tribunal Federal detém competência para julgar, mediante recurso ordinário, enumera explicitamente: “*a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção, decididos, em única instância, pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão*”.

Isso não obstante, no *art. 121, § 3.º*, depois de estabelecer a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, como regra geral, ressalva, *de modo taxativo*, apenas as hipóteses de decisões denegatórias de *habeas corpus* e de mandado de segurança, mantendo, conseqüentemente, como irrecorribéis, as decisões denegatórias de mandado de injunção.

Indubitavelmente, estamos diante de uma lacuna lógica, ou melhor, de uma lacuna de conflito, na medida em que, num dispositivo — precisamente, o *art. 106, alínea a*, se afasta do Supremo Tribunal Federal aquela competência recursal, que se lhe atribui noutro dispositivo, a saber, no *art. 102, inc. II, alínea a*.

(1) Cfr. DINIZ, Maria Helena, *As Lacunas no Direito*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 981, pp. 81 e ss.

Considerando, porém, que o texto constitucional deixou de caracterizar quais as hipóteses de ausência de norma regulamentadora, em que teria cabimento a competência injuncional do Tribunal Superior Eleitoral, prevista no *art. 102, inc. II, alínea a*, permite-se inferir que, face à não aplicabilidade do dispositivo, que atribui ao Tribunal Superior Eleitoral competência originária para julgar mandado de injunção, a lacuna de conflito ou antinomia, embora real, resulta mais lógica do que problemática.

3. A competência dos Tribunais Regionais

Quando, na Seção VI do Capítulo III do Título IV, a Constituição regula a composição e as competências dos órgãos da Justiça Eleitoral, atribui ao Tribunal Superior Eleitoral (*art. 121, § 4.º, V*) competência para julgar, em grau de recurso, as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, quando denegatórias de mandado de injunção. Entretanto, ao disciplinar, nas seções IV, V e VII do mesmo Capítulo III do Título IV, a composição e as competências, respectivamente, dos Tribunais Regionais Federais, do Tribunal Regional do Trabalho e dos Tribunais Militares, em nenhum lugar atribui a qualquer daqueles órgãos competência para julgar mandado de injunção. Atribuindo, assim, de forma explícita, ao Tribunal Superior Eleitoral, competência para julgar, em grau de recurso, as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais denegatórias de mandado de injunção; reconhecendo, em consequência, de forma implícita, essa competência aos Tribunais Regionais Eleitorais, e deixando de a deferir a qualquer dos outros Tribunais Regionais, permite inferir-se que tal competência não exista. (2)

A nível Estadual, estabelece a Constituição, como regra geral, no *art. 125*, que os Estados estabelecerão a sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na mesma Constituição, e que a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado (*art. 125, § 1.º*). Essa competência existirá, sempre que incida — e se incidir —, na atribuição de órgão estadual, regulamentar alguma das normas constitucionais concessivas dos direitos que podem constituir objeto de mandado de injunção.

(2) Cfr. nosso *Comentários Breves à Constituição Federal* (Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989) e a seguinte advertência em folha-separata anexada pelo editor: "Encontrando-se o livro impresso e encadernado, constatou-se redação truncada, inadvertida pela revisão. Roga-se ao leitor observar, em consequência, necessária alteração do texto na página 184, a partir da linha 31 até final do parágrafo, cuja correta redação é a seguinte: Superior Eleitoral, como aos demais Tribunais Superiores, a competência para julgar em única instância mandado de injunção está prevista no *art. 102 inciso II alínea a*, conforme deixamos claro ao comentar o aludido inciso II do *art. 102* (Cfr à pag. 176 deste livro) não estando evidente possa inferir-se daí competência para julgar em grau de recurso na mesma matéria. De igual maneira não está evidente atribuição de competência para julgar mandado de injunção aos órgãos da Justiça Federal.

Por razão similar, na página 195, a partir da linha 32 até o final do parágrafo, considere-se exata a seguinte redação: "tência para julgar mandado de injunção, o que não é atribuído a nenhum dos outros tribunais Regionais Federais. Apenas ao Tribunal Superior Eleitoral vem atribuída competência, para, em recurso, reapreciar as decisões denegatórias de mandado de injunção proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

4. O objeto do mandado de injunção

O objeto tutelado pelo mandado de injunção são “os direitos e as liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A primeira questão que se suscita refere-se, obviamente, ao que se deva entender pelas expressões “direitos e liberdades constitucionais”. Dando à expressão o significado de direitos assegurados pela Constituição, entende o professor José Afonso da Silva que a cláusula envolve tanto os direitos constitucionais individuais, como os coletivos, os políticos, os econômicos e os culturais. (*)

Em que pese a reconhecida autoridade do referido constitucionalista, quer me parecer que, em se aceitando tal interpretação, restaria ociosa e sem sentido a cláusula aditiva “e liberdade inerente à nacionalidade, etc.” Efetivamente, não se entende bem, como e porque, depois de incluir no conteúdo do objeto injuncional todos os direitos assegurados na Constituição — como quer o citado autor —, deveria o constituinte acrescentar, *como algo que estivesse por fora daquela generalidade*, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ninguém, de certo, ousaria afirmar que não sejam aquelas prerrogativas, direitos igualmente assegurados na Constituição.

Assim, pois, entendendo-se por direitos e liberdades constitucionais, apenas os enunciados nos incisos do art. 5.º, “as clássicas declarações de direitos individuais” (M. Gonçalves Ferreira Filho), a cláusula aditiva “e as liberdades inerentes” etc., encontra explicação conseqüente, precisamente porque, como privilégios que são, não poderiam figurar no rol daqueles direitos que são extensivos a toda pessoa, inclusive aos estrangeiros.

Por outro lado, a interpretação, segundo a qual o objeto do mandado de injunção abrange todos os direitos assegurados na Constituição, parece inconciliável com o princípio basilar da separação de poderes. (Cfr. C. F., art. 2.º, e art. 60 § 4.º, inc. III). O edifício constitucional assenta sobre o princípio da distribuição das funções específicas do poder estatal em três órgãos distintos e especializados, estando, igualmente, à base desse arcabouço, a interdependência, a harmonia e o equilíbrio entre os órgãos do poder, em suma, o chamado *sistema de freios e contrapesos*.

Em consonância com esse sistema de freios e contrapesos, surge o mandado de injunção, como uma solução, alternativa e rápida, para atenuar os efeitos de algumas hipóteses de *inconstitucionalidade por omissão*. Também

(3) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Mandado de Injunção e Habeas Data*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pág. 29. Qualquer que tenha sido a intenção dos constituintes que propuseram a instituição do mandado de injunção, o texto aprovado em sua redação final parece não favorecer a uma interpretação que o estenda a todos os direitos. Por outro lado, a discordância entre os autores quanto à extensão que se lhe deva atribuir evidencia que não é suficientemente claro o seu sentido.

não foi instituído para suprir possível lacuna de lei, circunstância esta que de forma alguma se pressupõe. Bem pelo contrário, enquanto a hipótese de lacuna da lei deriva precisamente da inexistência de norma ou de previsão legal concernente a um caso que, por ser carregado de repercussão no mundo jurídico, não pode ficar à margem da ordem jurídica, o pressuposto do mandado de injunção, ao invés, reside, precisamente, na circunstância de que a norma constitucional existe, não sobrando qualquer oportunidade para que o órgão jurisdicional efetue a integração do ordenamento, invocando para o caso uma norma que teria sido prevista para regular hipótese diversa, embora análoga. (4)

Se o mandado de injunção se destinasse a solucionar, por via jurisdicional, todos os casos de omissão legisferante regulamentar, estaria, sem dúvida alguma, invalidado e subvertido o alicerce constitucional da separação de poderes, em concentrando no órgão judiciário as funções não só regulamentar, mas também legislativa.

5. Os direitos sociais

Importante categoria de direitos, dos quais não poucos dependem, para serem concretizados, de norma regulamentadora, é, sem dúvida, a dos chamados *direitos sociais*, enumerados no art. 6.º da Constituição, a saber: "a educação, a saúde, o lazer, o trabalho, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados." Poder-se-á entender que também esses direitos sejam objeto do mandado de injunção. Alguns autores, como Celso Ribeiro Bastos e J.J. Calmon de Passos (5) afirmam claramente que nessa categoria se hão de incluir os direitos declarados no Título II da Constituição. Quer nos parecer, entretanto, que a natureza peculiar e complexa dos direitos sociais não permite inseri-los na categoria dos "direitos e liberdades constitucionais", tutelados pelo mandado de injunção.

É de se considerar que o conteúdo dos chamados direitos sociais é constituído sempre por uma relação jurídica de prestação econômica, tendo, num dos pólos da relação, como sujeito passivo, devedor da prestação, ora uma pessoa de direito privado (seja física, individual ou coletiva), ora uma pessoa jurídica de direito público, o Estado, ora a própria sociedade; sendo que, nos direitos surgidos da relação de trabalho, estará o Estado reduzido, para efeito de obrigações sociais e fiscais, à condição de pessoa privada (CF art. 173, § 1.º). Nos direitos concernentes à educação, à saúde, ao lazer, à previdência social, à assistência social, à infância, à maternidade etc., como sujeito passivo da prestação econômica, está sempre a sociedade como um

(4) Cfr. nosso *Analogia Jurídica e Decisão Judicial*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1987, e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 277.

(5) CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 222, J.J. CALMON DE PASSOS, *Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data — Constituição e Processo*, Ed. Forense, 1989, p. 111.

todo, na pessoa do Estado, e em alguns casos, como o da previdência social, da prestação à maternidade e à infância, lado a lado com a pessoa de direito público, está o contribuinte individual.

Considere-se, a título de ilustração, o direito social de participação nos lucros da empresa. A concretização desse direito implica, por parte do empresário, uma prestação econômica, cuja quantalização pressupõe difícil decisão de equidade, não menos do que política social podendo, obviamente, ser objeto de variável e arbitrária decisão do julgador, máxime quando for o caso de um microempresário, cujas atividades não dispõem de escritura contábil. Evidentemente que não se poderá, para efeito de viabilizar o exercício de um direito constitucional, mediante mandado de injunção, estabelecer diferença de tratamento entre empregador que tem contabilidade e empregador que não a tem. É que lucro é sempre plus-valia, qualquer que seja o tipo ou nível de empreendimento econômico, macro ou microempresa.

No que concerne aos direitos condicionados à prestação de natureza econômica por parte do Estado, tais como, saúde, educação, cultura, desporto, também aí preside outro princípio constitucional fundamental, qual seja, o da legalidade orçamentária, segundo o qual a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais é vedada, tanto quanto a abertura de crédito suplementar ou especial, *sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes* (art. 167, além do que estabelece o § 5.º do art. 195, a saber, "nenhum benefício ou serviço da seguridade social será criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio social").

O mandado de injunção em hipótese dentro do setor da seguridade social deixaria o agente político entre dois preceitos inconciliáveis: de um lado a vedação de realizar despesas que excedem os créditos orçamentários e adicionais, bem como a de abrir crédito suplementar ou especial sem a prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes, e de outro, o preceito injuncional, cuja execução implica em efetuar despesas, mesmo sem observar as aludidas vedações.

Os direitos sociais na área da seguridade, dependem, ainda para sua concretização, de participação da sociedade, mediante contribuições tributárias (CF art. 195 § 6.º). Sem qualquer dúvida, impetrá-los mediante mandado de injunção traria, como consequência, a necessidade de contribuições tributárias não previstas, as quais, também somente por autorização legal, podem ser instituídas ou cobradas. (CF art. 195, §§ 5.º e 6.º, e art. 150, inc. I)

De igual maneira, não teria sentido impetrar-se mandado de injunção, a fim de, por exemplo, obter a concretização dos direitos assegurados no inciso VI do art. 206 (gestão democrática do ensino), ou nos incisos IV e VI do art. 208 (garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade e oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando, respectivamente), ou ainda no inciso III do § 3.º do art. 227 (garantindo o acesso do trabalhador adolescente à esco-

la). A todos esses direitos se superpõe o princípio superior e inderrogável da legalidade orçamentária e tributária.

Em suma, a concretização dos direitos sociais implica numa obrigação de natureza econômica, imposta pelo poder público, e que deve ser efetuada, ou pelo particular (indivíduo ou empresa) ou pelo Estado, como executor do orçamento público, ou por entidade paraestatal de fins lucrativos, ou, enfim, pelo segmento da sociedade composto de contribuintes fiscais.

Ora, foi precisamente para impedir que o poder estatal atuasse como tirano ou déspota, que surgiu, com o constitucionalismo, o Estado de direito, no qual os poderes estatais têm a sua atuação limitada por um princípio fundamental, segundo o qual, *ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei*.

Assim, pois, parece que não podem incluir-se na categoria de “direitos constitucionais”, para efeito de mandado de injunção, os direitos sociais elencados, de modo genérico, no *caput* do art. 6.º, e de modo explícito, nos diversos dispositivos do corpo da Constituição. Resta, conseqüentemente, que se não de entender como direitos constitucionais, caracterizando o objeto do mandado de injunção, apenas aqueles direitos que a Constituição assegura nos setenta e sete incisos do art. 5.º, a saber, aqueles mesmos que sempre se designaram como *direitos individuais e garantias constitucionais*.

6. *As liberdades constitucionais*

Idêntica imprecisão conceitual envolve a expressão usada no texto “*liberdade constitucional*”, nada impedindo que, em analogia com a expressão “*direitos constitucionais*”, se lhe atribua o sentido de liberdades públicas, as quais J. Cretella Junior sintetizou como sendo aquelas liberdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro dos limites traçados pelo poder público” (6).

7. *As prerrogativas inerentes à nacionalidade*

Constituem ainda objeto do mandado de injunção “*as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*.”

Sinônimo de privilégio, a expressão “*prerrogativas*” conduz-nos aos costumes jurídicos vigentes no povo romano, à época do primeiro rei, Sêrvio Túlio, o qual distribuiu a população em tribos e centúrias, para viabilizar o processo de votação nos comícios. A votação era feita por ordem de chamada, daí a palavra “*rogatio*”. A ordem de precedência de uma centúria antes de outras deu origem à expressão *prae* (i.e., antes) *rogativa*, como adjetivo significando a qualidade da centúria que era chamada antes de outras a votar. Posteriormente a expressão passou a ser usada *substantivamente*, significando o privilégio, a atribuição privativa dos detentores de cargos ou das pessoas titulares de dignidades honoríficas. Neste

(6) *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

sentido, o próprio texto constitucional fala em prerrogativas do mandato parlamentar, em prerrogativas dos ministros. No sentido, pois, de privilégio e de atribuição privativa, se há de entender a expressão "prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Por *nacionalidade* se entende a qualidade ou condição jurídica de quem está vinculado a um povo ou Estado, por laços jurídicos, decorrentes, ou de fatores circunstanciais independentes da vontade, tais como a origem do sangue (*ius sanguinis*) ou o local do nascimento (*ius loci*), ou decorrentes de manifestação da vontade, mediante processo de naturalização.

O fato, porém, de estar alguém vinculado ao povo nacional, por laço jurídico de naturalidade, seja originária, seja derivada, confere-lhe o privilégio da cidadania. Esta, por sua vez, pode ser absoluta e ativa, ou relativa e passiva. É absoluta e ativa a cidadania de quem, sendo nacional, está no exercício de todos os direitos políticos, a saber, a alistabilidade, a elegibilidade sem restrição de cargos, associabilidade partidária, a propaganda política, o acesso a todas as funções de poder público, mesmo não eletivas, o acesso às Forças Armadas, o direito à tutela do Estado, quando colocado sob a jurisdição de país estrangeiro, a participação direta ou indireta nas decisões de poder, seja em plebiscito, seja em referendo, ou em iniciativa popular e à impugnação de mandato eletivo. É relativa ou passiva a cidadania quando, por fatores biológicos (idade) ou psicológicos (incapacidade) ou legais (naturalização), encontra-se o nacional impedido ou privado do exercício de alguns dos aludidos direitos.

Como se vê, nacionalidade e cidadania são situações juridicamente correlatas e interdependentes, atuando uma, a nacionalidade, como causa, e, surgindo a outra, a cidadania, como efeito. De tal forma, porém, que uma situação não se fenomenaliza sem a outra. Por ser nacional, se é cidadão, e por estar alguém juridicamente vinculado a um país ou a um Estado, se é nacional. Disso resulta ser difícil fazer uma rígida distinção entre prerrogativa inerente à nacionalidade e prerrogativa inerente à cidadania; a menos que se leve em consideração que a cidadania, quando ativa e absoluta, pode acarretar prerrogativa a mais que a simples nacionalidade, a qual pode ser, não só originária, porém, decorrentes de naturalização. Efetivamente, a circunstância de ter alguém nascido no Brasil ou de ter se naturalizado não é suficiente para pleitear cargos eletivos; requer-se o exercício pleno dos direitos políticos, o que é característico da cidadania ativa e que falta ao nacional menor de 16 anos, bem como ao que estiver condenado por sentença criminal transitada em julgado e ao que for impedido por incapacidade civil absoluta (CF, art. 15) ou condenado por improbidade administrativa, entre outros motivos.

Verifica-se, por outro lado, que a mesma Constituição, embora vedando qualquer discriminação entre brasileiros natos e naturalizados, (art. 12, § 2.º) atribui privativamente aos brasileiros natos o acesso a alguns cargos políticos, os quais são vedados aos brasileiros naturalizados (art. 12, § 3.º). Ora, estas são prerrogativas da cidadania ativa e absoluta, e que não são reconhecidas aos brasileiros naturalizados. Observadas essas diferenças que

separam a cidadania absoluta e ativa da cidadania relativa e passiva, resta concluir que as mesmas prerrogativas inerentes à cidadania o são também à nacionalidade.

São, pois, prerrogativas inerentes à cidadania e à nacionalidade os direitos políticos assegurados nos capítulos III, IV e V do Título II, bem como os regulados nos artigos do Capítulo VII do Título III que trata da administração pública, dos servidores civis e dos servidores militares.

8. *Prerrogativas inerentes à soberania*

Afim ao conceito de cidadania é também o conceito de *soberania popular*. Resulta esta da contingência que afeta um povo, ao se encontrar na titularidade do Poder Constituinte. Em razão dessa contingência, é válido dizer-se de um povo que ele é soberano, ao menos em sentido jurídico — ou seja, que é senhor de sua autodeterminação, livre que está de opressão, tanto interna como externa, tendo em seu poder decidir sobre o seu "*modus vivendi et constituendi*", tanto quando delega deputados para definirem uma Constituição estável e permanente, como quando, em concreto, investe no poder os eleitos, quando influi diretamente na legislação mediante plebiscito, referendo ou iniciativa de lei, e ainda, quando modifica a Constituição, servindo-se de outros delegados constituintes *ad hoc*. São prerrogativas, todas essas, privilegiadoras, que não podem ser estendidas a estrangeiros, a não ser, a título precário, tal como a respeito dos portugueses com residência permanente no Brasil, dispôs a Constituição de 88 (art. 12, § 1.º).

Os direitos políticos assegurados na Constituição aos cidadãos representam, precisamente, o exercício da soberania popular interna; por eles, o cidadão participa das decisões do poder ou se investe, ele mesmo, no poder. Sempre que a concreção de algum desses direitos — que constituem prerrogativas do cidadão, bem como da soberania popular, da qual é ele integrante — depende de norma regulamentadora, corporifica-se um pressuposto para o mandado de injunção. Destarte, no art. 37, os incisos VII, VIII, XII e XV, no art. 39 o § 1.º, e no art. 40 o § 5.º identificam-se hipóteses de prerrogativas inerentes à cidadania, nas quais a concretização pode ser inviabilizada por omissão do legislador, ensejando mandado de injunção.

Soberania nacional. Pode-se também entender a expressão "*prerrogativas inerentes à soberania*", como referidas ao sentido de soberania nacional, soberania externa da nação, do povo constituído em pessoa jurídica de direito público internacional.

No que concerne à soberania entendida neste sentido, convém observar, antes de tudo que, sobre ser um reverso da mesma soberania popular, quando considerada como sujeito de relações jurídicas com o exterior, a soberania nacional está valorada na Constituição como um dos *princípios fundamentais da República Federativa do Brasil*, no inc. I, do art. 1.º, e, indiretamente, no inc. I do art. 170. Embora alguns debatedores no "Seminário sobre os Novos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira",

celebrado no Rio de Janeiro em dezembro de 1988, tenham defendido que a expressão “soberania”, como sujeito das prerrogativas — pressuposto do mandado de injunção, refere-se exclusivamente à soberania popular, parece não ser válido restringir o seu sentido a este aspecto, precisamente e, sobretudo, quando se considera que não há soberania popular quando não for sustentada pela soberania externa, a soberania nacional. Efetivamente, pode haver soberania externa, sem que haja soberania popular; exemplo frequente são as ditaduras, de ontem e de hoje, em que o povo é oprimido, embora seja soberano nos relacionamentos internacionais. Não pode, entretanto, haver soberania popular, se o povo nacional está dominado por poder estrangeiro.

Considerada sob este aspecto, são configuráveis diversas hipóteses em que pode depender de norma regulamentadora a concretização de prerrogativas inerentes à soberania externa do País. Entre outras, a necessidade de regulamentar a passagem de forças estrangeiras pelo território nacional (art. 49, II) e a autorização para declaração de guerra ou de celebração de paz, a solução definitiva de tratados, acordos ou atos internacionais etc. (a. 49, I) são hipóteses que envolvem o destino da soberania nacional, a qual poderá ser afetada por omissão de competência regulamentadora.

Poder-se-á objetar quanto à natureza dessa prerrogativa, a saber, se constitui direito subjetivo — bem como sobre a natureza do titular de interesse obstaculado. Efetivamente, a questão sobre quem é o titular da ação injuncional, nessa hipótese, leva a outra questão correlata, precisamente, sobre quem o titular da soberania nacional. O Estado? O povo nacional? Não se faz necessária profunda indagação para se verificar que, se o povo nacional se manifesta, se individualiza e atua, perante outros países, mediante a institucionalização da pessoa jurídica do Estado, será esta, por qualquer dos seus órgãos o titular da soberania externa nacional, no que concerne aos atos internacionais. Quando, porém, se considera que o Estado é puramente a estruturação jurídica do povo nacional, que lhe serve de suporte ontológico e, sob este aspecto, é uma criação jurídica do próprio povo, titular único do poder constituinte, então o titular da ação injuncional, como sujeito da soberania popular e único legitimado para defesa da própria soberania externa e das prerrogativas a ela inerentes é qualquer integrante do poder constituinte, seja o cidadão comum, seja o cidadão investido no poder. Há uma perfeita analogia entre a titularidade do sujeito ativo da ação popular e a titularidade do interesse no mandado de injunção em defesa das prerrogativas da soberania. De igual maneira se deve considerar que o sujeito dos benefícios decorrentes da soberania externa nacional, tanto quanto dos riscos e males que ameaçam a mesma — a dívida externa, por exemplo — é, não a máquina estatal, mas o povo nacional, *como suporte ontológico da personalidade jurídica que sobre ele e com ele se institucionaliza*. Teoricamente, pois, se deverá admitir que qualquer cidadão, em caráter individual, está legitimado, como sujeito do interesse a ser protegido no mandado de injunção, quando destinado a viabilizar qualquer das prerrogativas inerentes à soberania nacional.

O Sistema Tributário na Constituição de 1988 — os princípios gerais

JOSÉ DE CASTRO MEIRA

Professor Assistente da Universidade Federal de Sergipe — Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Pernambuco).

SUMÁRIO

1. *Considerações iniciais.* 2. *A Emenda Constitucional nº 18/65.* 3. *Os tributos. Divisão.* 4. *Caráter pessoal dos impostos e o princípio da capacidade econômica.* 5. *Taxas. Base de cálculo.* 6. *Funções da Lei Complementar.* 7. *Empréstimos compulsórios.* 8. *Contribuições especiais.* 9. *Conclusão.*

1. *Considerações iniciais*

Costuma-se conceituar sistema como um conjunto ordenado e homogêneo de elementos interdependentes, vistos sob uma perspectiva unitária. A nova concepção da "tópica jurídica" de Viehweg e Perelman revela certo ceticismo quanto à possibilidade da unidade sistemática do direito. No entanto, mesmo esses autores não negam a importância do conceito de sistema para a teoria jurídica. Partindo-se das normas, é possível chegar-se aos seus caracteres específicos e comuns, bem como a interpretação dos

princípios fundamentais que irão orientar a interpretação, aplicação e a integração normativa.

A nova Constituição brasileira reúne no Título VI as normas relativas à tributação e ao orçamento. O capítulo dedicado ao sistema tributário está dividido em seis seções. Na primeira estão localizados os princípios gerais, básicos e fundamentais para todo o sistema.

No presente trabalho, após breve análise da Reforma Tributária instituída pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1965, examinaremos os diversos tópicos da seção, analisando-os sobretudo em face da Constituição anterior.

2. *A Emenda Constitucional n.º 18/65*

No caso brasileiro, pode-se falar em sistema tributário racional a partir da Reforma Tributária operada pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965, buscando-se a harmonia entre os objetivos financeiros e os meios utilizados, bem como entre a conjuntura econômica e a realidade social do Estado. Até então predominava o sistema histórico, em que a tributação seguia formas empíricas, sem atenção à realidade sócio-econômica.

Esclareceu a Comissão da Reforma Constitucional Tributária (Emenda n.º 18/65) que o seu trabalho partiu de duas premissas:

“1.ª) Consolidação dos impostos de idêntica natureza em figuras unitárias, definidas por via de referência às suas bases econômicas, antes que a uma das modalidades jurídicas que pudessem revestir.

2.ª) Concepção do sistema tributário no plano econômico e jurídico nacional, em substituição ao critério histórico, de origem essencialmente política, da coexistência de três sistemas tributários autônomos, federal, estadual e municipal.” (Publicação n.º 6, Fundação Getúlio Vargas — Comissão da Reforma do Ministério da Fazenda, p. 5.)

Em consequência, resultou uma acentuada centralização do poder fiscal, levando Hugo de Brito Machado a afirmar que a própria Federação fora abolida, por via indireta, pela Emenda Constitucional n.º 18/65 (Curso de Direito Tributário, 3.ª edição, Forense, p. 145). A Emenda veio a atender às circunstâncias históricas e políticas do momento em que foi elaborada. Tornou-se um instrumento de centralização do poder político. Concentrou na competência federal maior número de impostos e submeteu ao controle do poder central outros aspectos atinentes à tributação, inclusive quanto ao imposto estadual mais importante, o ICM.

Verificou-se, porém, uma tendência no sentido do aumento crescente na distribuição da receita tributária. Assim é que, de referência ao produto da arrecadação dos dois mais importantes impostos federais — IR e IPI —

passou-se de uma distribuição inicial de 12% (Emenda Constitucional n.º 1/69) para 20% (EC n.º 5/75), 24% (EC n.º 17/80), 32% (EC n.º 23/83) e, finalmente, 33% (EC n.º 27, de 1985).

Com o sistema de participação dos Estados e Municípios na arrecadação federal, a reforma instituída pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1965, encontrou a melhor fórmula de distribuição de receitas tributárias em uma federação como a nossa, marcada por flagrantes diferenças regionais.

A propósito, assinala GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

“Em 1965, uma das coisas importantes que fizemos, na minha opinião, foi dar corpo ao sistema das participações dos Estados e Municípios na arrecadação federal. Por que fazer isso, em vez de dar aos Estados e Municípios maior poder impositivo, no sentido de maior âmbito de tributos próprios? Por uma razão muito simples: uma grande parte dos Estados e a enorme maioria dos Municípios do Brasil não têm universo tributário que comporte a arrecadação da receita suficiente para fazer face às suas necessidades.

As estatísticas que conheço são de 1983, foram divulgadas pela *Revista de Finanças Públicas* e mostram um quadro muito curioso. Naquele ano, o Estado do Acre arrecadou de tributos estaduais, digamos, 3.1, e a União Federal arrecadou naquele Estado receitas próprias de cerca de 3.9; entretanto, a União entregou ao Estado do Acre como participação da receita federal 10.0, mais ou menos. Então, os senhores vêem que se nós tivéssemos dado ao Estado do Acre todo o campo impositivo brasileiro possível, Imposto de Renda, IOF, Imposto de Importação, todos os impostos que a União hoje pode cobrar, ele teria arrecadado, como os seus atuais impostos próprios, um total de 7.0, mas, na verdade, recebeu 13.1 (10.0 da União mais 3.1 próprios). E com essa mesma característica nesse mesmo período houve o Território do Amapá, o então Território de Rondônia, Rio Grande do Norte, Maranhão, Sergipe e Alagoas. Isso para não falar em outros Estados que receberam de participações na *Receita Federal* mais do que o total de suas próprias receitas. Então, os senhores vêem que a simples transferência do poder impositivo da União para os Estados e Municípios da necessidade de receita; para vários deles a solução é continuarem a receber participações na *Receita Tributária Federal*, arrecadada nos seus territórios ou alhures.”
(*A Constituição Brasileira*, Fundação Dom Cabral, pp. 306/307.)

Para os pequenos e médios Municípios brasileiros será antieconômico a arrecadação de impostos como o incidente sobre as vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos ou sobre os serviços de qualquer natureza.

Da mesma forma, teria sido melhor a criação de um imposto que englobasse os atuais IPI, ICMS e ISS, com distribuição de parte da receita aos Municípios.

Essa sugestão não é nova. Vem sendo lembrada há alguns anos por diversos estudiosos da área tributária. Em dezembro de 1982, por exemplo, a Revista de Finanças Públicas, n.º 352, publicou palestra proferida pelo então Secretário-Geral do Ministério da Fazenda, Dr. Mailson Ferreira da Nóbrega, na qual se propugnava pela seletividade do ICM e a incorporação a esse do ISS e do IPI. Se essa orientação fosse perfilhada no texto constitucional ganhariam todos: os contribuintes teriam diminuído os seus custos para escrituração de apenas um imposto, em lugar de três e as pessoas jurídicas de direito público, com a simplificação e diminuição do aparelho burocrático.

Faltou aos constituintes maior sensibilidade na análise e avaliação da experiência da Reforma Constitucional n.º 18/65. Perdeu-se uma oportunidade de corrigir-lhe alguns defeitos e, ao mesmo tempo, adotarem-se as diretrizes que se revelaram positivas.

Passo ao exame dos princípios gerais formulados pela nova Constituição.

3. Os tributos. Divisão

A nova Constituição, em linhas gerais, manteve a divisão dos tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria, como se vê no *caput* do art. 145:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I — impostos;

II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

III — contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2.º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

Não são essas as únicas espécies tributárias. Os arts. 147 e 148 deixam patente que a União poderá instituir empréstimos compulsórios e contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômica. Podemos, então, dizer que os tributos continuam sendo os impostos, as taxas, a contribuição de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

Seria preferível que fosse acolhida emenda como a de n.º 550784-7, apresentada pelo constituinte DIVALDO SURUAGY, que discrimina taxativamente as espécies tributárias, sob a seguinte justificativa:

“A boa técnica legislativa indica que o primeiro artigo do Sistema Tributário Nacional deva discriminar, desde logo, todos os tributos que o compõe, evitando, assim, que se dispersem pelos demais capítulos ou artigos outras prestações compulsórias, o que dificultaria a caracterização dos tributos, bem como a própria interpretação da Constituição” (Emendas oferecidas ao Substitutivo V — Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Centro Gráfico do Senado Federal, junho de 1988, p. 201).

Foi, também, nesse sentido o anteprojeto de autoria dos professores IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e HAMILTON DIAS DE SOUZA, proposta que teve a vantagem de incluir no conceito de tributo “qualquer outra prestação em dinheiro ou nele conversível, compulsoriamente exigida, que não constitua sanção por ato ilícito” (Ives Gandra da Silva Martins, *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, pp. 295/296). Desse modo, eliminam-se as dúvidas quanto às novas exações que vierem a ser instituídas pelo Fisco: estariam submetidos ao regime tributário com as limitações estabelecidas pelas normas constitucionais.

Em favor da redação do texto constitucional, deve-se reconhecer que, enquanto as espécies tributárias indicadas no *caput* do art. 145 poderão ser instituídas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, as demais são de competência exclusiva da União. Isso, porém, não justifica a técnica adotada. A distinção poderia ser efetuada através de simples parágrafo. Outra observação é quanto ao art. 147, *in verbis*:

“Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.”

Parece que tal dispositivo poderia ser tratado como simples parágrafo do art. 145, pois se trata de aspecto restrito aos impostos. Na redação vigente, o texto constitucional, depois de mencionar as principais espécies

de tributos, no artigo seguinte passou a estabelecer as matérias que serão objeto de lei complementar para, então, estabelecer a regra suso transcrita (específica dos impostos).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, ao examinar o art. 145, faz o seguinte comentário:

“Inexplicavelmente, manteve o constituinte a mesma omissão da Constituição de 1967, ao não dar perfil aos impostos, remetendo ao legislador complementar sua definição” (Idem, Sistema Tributário na Constituição de 1988, p. 62).

Se tal omissão é inexplicável, é curioso observar a inexistência de emenda para supri-la, inclusive na proposta do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF), entidades essas presididas pelos professores IVES GANDRA e GILBERTO ULHÔA CANTO, respectivamente, bem como no anteprojeto do próprio Prof. IVES GANDRA em colaboração com o Prof. HAMILTON DIAS DE SOUZA (cf. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, cit., pp. 48/60 e 195/307).

De referência às taxas, a redação permaneceu a mesma da Constituição de 1967, suprimindo-se apenas o termo “arrecadadas”. Permanece a distinção entre taxas pelo exercício do poder de polícia e taxas pelo exercício de serviços públicos. Prosseguirão as discussões quanto aos limites das taxas e dos preços públicos. A medida que se alarga o campo dos preços públicos, as taxas vêm perdendo importância. SACHA CALMON NAVARRO COELHO argumenta que a facultatividade da utilização de certos serviços é uma “meia verdade”, exemplificando com a energia, a telefonia, a água e o transporte coletivo, daí porque não se justifica a submissão apenas das taxas a rígidos e solenes princípios sem que os preços públicos sejam também sujeitos a um mínimo de proteção jurídica (cf. “Preços Públicos e Taxas”. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 15, n.º 1/2, dez. de 1986, pp. 135/155).

A redação do texto constitucional concernente à contribuição de melhoria foi estabelecida pela Emenda n.º 2.042 (“Projeto Centrão”) que suprimiu a expressão “pela valorização de imóveis”. Pretendeu-se retirar qualquer limitação à exigência dessa espécie tributária.

A contribuição de melhoria foi introduzida pela Constituição de 1934, que sobre ela assim dispôs:

“Art. 124. Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria.”

A Constituição de 1946 estabeleceu os limites objetivo e subjetivo, ao determinar:

“Parágrafo único. A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa realizada, nem ao acréscimo que da obra decorrer para o imóvel beneficiado.”

Sob a Constituição de 1967, permaneceram tais limitações até a Emenda Constitucional n.º 23/83 que suprimiu o limite individual. Chegamos, afinal, ao texto constitucional vigente, omitindo-se a referência a qualquer limite.

Não obstante, a doutrina tende a pronunciar-se pela permanência dos parâmetros tradicionais:

IVES GANDRA entende “que o limite deixou de ser princípio implícito, visto que na cobrança da contribuição, além dos custos da obra, à evidência, o excesso não guardaria relação com a exigência, perdendo sua natureza de contribuição, posto que afastado de sua exigência o elemento essencial que a justificaria, qual seja, o custo da obra pública” (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, p. 74).

WALTER BARBOSA CORRÊA assim se pronunciou: “Para instaurar-se a obrigação tributária decorrente de contribuição de melhoria deverá existir, necessariamente, vínculo pessoal do sujeito passivo com o imóvel valorizado por obra pública”. (“Contribuição de Melhoria e a Nova Constituição”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1.ª quinzena de janeiro de 1989, n.º 1/89).

Também GILBERTO DE ULHÔA CANTO critica o atual texto, argumentando que “uma obra pública de que não decorra nenhuma valorização imobiliária não pode gerar contribuição de melhoria, ela terá que ser custeada com recursos gerais de impostos do Estado, do Município, da União, mas não pode ser objeto de cobrança de contribuição de melhoria” (*A Constituição Brasileira*, Fundação Dom Cabral, p. 308). Entende ainda que se o valor da contribuição exceder o da própria obra, “em vez de uma Contribuição de Melhoria, vamos ter Imposto Sobre a Propriedade Imobiliária” (*Idem*, *ibidem*).

De qualquer sorte, permanecem os limites, pelo menos a nível de lei complementar, em razão do que estabelece o art. 81 do Código Tributário Nacional nos seguintes termos:

“Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.”

Esse discurso não é incompatível com o novo texto do Código Supremo e, em se tratando de medidas protetoras dos contribuintes, foram elas estabelecidas “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao Contribuinte” (art. 159).

4. *Caráter pessoal dos impostos e o princípio da capacidade econômica*

Esses princípios estão previstos no § 1.º do art. 145:

“§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Válida a crítica do Prof. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS quanto à imperfeição lingüística. A oração “sempre que possível” restringe-se ao caráter pessoal dos impostos. Muitas vezes, a natureza do imposto torna impossível a adoção do princípio. Já o mesmo não se verifica com a capacidade econômica que sempre deverá ser observada na fixação dos impostos. Aliás, a matriz desse dispositivo, o art. 202 da Constituição de 1946, ganhava em clareza e em extensão. É ler-se:

“Art. 202. Os tributos terão caráter pessoal sempre que possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.”

Como visto, abrangia “os tributos” e não apenas “os impostos”, como também deixava evidente que a oração subordinada “sempre que possível” se referia apenas à oração primordial — “os tributos terão caráter pessoal”.

Em recente monografia sobre a matéria, JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA sustenta que, não obstante a redação do dispositivo constitucional, o princípio é aplicável às demais espécies tributárias, “pois em todas elas trata-se de retirar recursos econômicos dos particulares para transferi-los ao setor público”. Além disso, argumenta que “sendo o princípio expressão tributária da igualdade, evidentemente que não se poderá admitir que as taxas e as contribuições de melhoria discriminem os contribuintes independentemente das suas diversas riquezas que estejam relacionadas com a atividade estatal ensejadora da instituição desses tributos” (*Capacidade Contributiva — Conteúdo e Eficácia do Princípio*, Ed. Renovar, pp. 50/51).

Esse ponto de vista merece aplauso porque está em consonância com a garantia prevista no art. 150, IV, que veda ao Fisco “utilizar tributo com efeito de confisco”, com ressalva à redação desse dispositivo, pois no conceito de tributo se exclui a sanção por ilicitude que, por sua vez, é o cerne do conceito de confisco.

5. *Taxas. Base de cálculo*

O § 2.º do art. 145 assim dispõe:

“§ 2.º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

A proposta do IASP-ABDF acrescentava: “nem serão graduados em função do valor financeiro ou econômico de bem, direito ou interesse do sujeito passivo” (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, pp. 49 e 81).

Dispunha a Constituição de 1967 (art. 18, § 2.º):

“§ 2.º Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.”

No exame desse dispositivo, entende HAMILTON DIAS DE SOUZA que a mudança não é apenas na linguagem:

“A alteração é extremamente importante, sobretudo em face de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. A base de cálculo é de fundamental importância até para o diagnóstico do fato gerador. Para se saber de que tributo estamos falando, se é uma taxa, se é uma contribuição, se é um imposto, ou que imposto é, muitas das vezes temos que recorrer à análise não só do fato econômico, mas também de sua base de cálculo. A base de cálculo há de ser uma expressão mensurável do fato gerador, não pode ser uma realidade estranha do fato gerador. É a medida do fato. Portanto, se nós tivermos uma base de cálculo que nada tem a ver com o fato, seguramente o fato descrito na norma, ou o fato pretendido, não é aquele fato que realmente se pretende atingir” (*A Constituição Brasileira*, Fundação Dom Cabral, pág. 312).

Com a nova Constituição, a base de cálculo das taxas deverá corresponder à atividade estatal específica em relação ao contribuinte, em face de sua natureza de tributo vinculado, segundo a clássica distinção de GERALDO ATALIBA.

6. *Funções da Lei Complementar*

O art. 146 cuida especialmente das matérias que serão objeto de lei complementar.

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I — dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II — regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III — estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.”

Na Constituição anterior, o mesmo tema foi enfocado no art. 18, § 1.º que assim dispunha:

“§ 1.º Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.”

A nova dicção põe fim à polêmica acerca das funções da lei complementar em matéria tributária. Para a corrente tradicional seriam as três enunciadas no texto vigente. PAULO DE BARROS CARVALHO interpretava o dispositivo supra transcrito, dando-lhe uma finalidade: “veicular normas gerais de direito tributário. Estas, por seu turno, exercem duas funções: dispor sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar” (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1985, p. 110).

A lei complementar é a que dispõe sobre algumas matérias expressamente previstas na Constituição, submetida a um *quorum* especial, a maioria absoluta (art. 69 da CF).

Tradicionalmente, costuma-se dizer que a lei complementar é superior à lei ordinária, na hierarquia das normas do processo legislativo.

Em monografia que já se tornou clássica, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES deixou claro que as leis complementares podem ser separadas em dois tipos: a) as que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam sua tarefa sem necessidade da edição de outras normas (cf. *Lei Complementar Tributária*, Rev. dos Tribunais, 1975, págs. 54 e segs.).

A distinção é oportuna para entendermos porque logo depois de especificar as matérias a cargo da lei complementar, aqui entendida como a norma explicitadora dos princípios constitucionais e que deverá ser observada pela legislação ordinária, a Constituição (art. 148) enuncia que “a

União, mediante *lei complementar*, poderá instituir empréstimos compulsórios" (grifei). É evidente que no art. 146 refere-se à primeira e no art. 148 à segunda espécie de lei complementar.

Observe-se que o art. 146 inovou ao situar entre as normas gerais de direito tributário o "adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas".

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS argumenta que a palavra "adequado" não assegura tratamento privilegiado em relação às demais sociedades (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Saraiva, p. 94). Ora, se o tributo é uma norma de rejeição social, como doutrina o citado professor, não se compreende a inclusão do dispositivo senão com o propósito de dotar o sistema cooperativo de um tratamento privilegiado no particular, sobretudo porque o poder público mantém organismos especialmente voltados para o estímulo do cooperativismo.

Outra questão concerne à interpretação relativa às matérias que constituirão as normas gerais em matéria tributária. Uma interpretação de que os casos são taxativos levaria a demorado exame para joear no vigente Código Tributário Nacional as normas consideradas gerais daquelas que não teriam essa natureza. O entendimento de que a enumeração é meramente exemplificativa tem a seu favor a expressão gramatical. Ao entregar à lei complementar a missão de estabelecer normas em matéria de legislação tributária, "*especialmente sobre*" as indicadas no texto, é evidente que aí apenas foram destacados temas considerados mais importantes, sem prejuízo de outras normas gerais.

A propósito, observa HAMILTON DIAS DE SOUZA:

"Penso eu que para salvar o Código e fazer com que determinadas matérias que lá estão, que são extremamente importantes, continuem num diploma de nível de lei complementar, a melhor interpretação será no sentido de que a enumeração é exemplificativa e não taxativa. Coloco entretanto isto aqui, como aliás tudo que estou colocando, à meditação dos senhores e para um eventual debate" (*A Constituição Brasileira*, Fundação Dom Cabral, p. 313).

7. *Empréstimos compulsórios*

Assim dispõe o art. 148:

"Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I — para atender a **despesas** extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II — no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, “b”.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.”

Com essa redação o novo texto constitucional pôs fim ao debate quanto à natureza tributária dos empréstimos compulsórios. A posição da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, especialmente dos Procuradores CID HERÁCLITO QUEIROZ e LINDEMBERG DA MOTA SILVEIRA, e do Prof. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES é de que a Constituição Federal anterior albergava dois tipos diferentes de empréstimos compulsórios: um, o do art. 18, § 3.º, que se referia aos “casos excepcionais”, seria disciplinado o regime jurídico extra-tributário; outro, o do art. 21, § 2.º, II, que se referia aos “casos especiais”, estaria subordinado ao regime tributário.

Outra corrente, defendida por inúmeros tributaristas, como HAMILTON DIAS DE SOUZA e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, entendia que a distinção não poderia subsistir.

A nova Constituição elimina as dúvidas. As disposições sobre empréstimo compulsório é um dos princípios gerais do Sistema Tributário Nacional.

O texto constitucional restringiu a competência para instituição dos empréstimos compulsórios à União. O Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização admitia sua extensão aos Estados e ao Distrito Federal “para atender a despesas extraordinárias provocadas por calamidade pública” (art. 175). Melhor o texto definitivo. Evitaram-se os conflitos de competência e as sucessivas cobranças do mesmo tributo.

A Constituição foi inovadora ao enumerar, desde logo, as hipóteses em que autoriza a instituição de empréstimos compulsórios, deixando de fazê-lo quanto à “conjuntura que exigia absorção temporária de poder aquisitivo” (art. 15, III, do Código Tributário Nacional).

Foi criada, porém, uma hipótese nova: “no caso de investimentos públicos de caráter urgente e de relevante interesse nacional”. O texto da Comissão de Sistematização não trazia o requisito da urgência.

Observe-se que, na hipótese de investimento público, o empréstimo compulsório deve observar o princípio da anterioridade. Nos demais casos, calamidade pública, guerra ou sua iminência, a própria natureza das situações indica a impossibilidade da observância do princípio.

Também a regra do parágrafo único não constava do Projeto da Comissão de Sistematização. É uma disposição louvável que vincula os recursos à despesa que ensejou a instituição do tributo.

8. Contribuições especiais

O art. 149 distingue as contribuições especiais em três subespécies: sociais, de intervenção do domínio econômico e de interesse de categorias sociais ou econômicas:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuições, cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e assistência social.”

Após a Emenda Constitucional n.º 8/77, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a entender que tais contribuições perderam o caráter tributário. É o caso do AI n.º 96.932 (Ag. Rg.) — 1.ª Turma (RTJ 111/1.152) e do RE 100.790-7 (DJU de 13-8-87). Para a Suprema Corte, tais exações, a exemplo do PIS, não teriam natureza tributária, sendo instituídas em face do art. 43, X da Constituição, tendo por finalidade cumprir o art. 165, V da mesma Constituição, na redação estabelecida após a EC 8/77.

Não obstante, houve autores que persistiram no ponto de vista oposto, pelo caráter tributário das contribuições especiais, como IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (cf. Manual das Contribuições Especiais, RT, São Paulo, em colaboração com IVES GANDRA FILHO).

Esse entendimento passou a ser adotado pela nova Constituição ao arrolar as três espécies de contribuições especiais-sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Anote-se que o salário-educação passa indubitavelmente a constituir uma sub-espécie das contribuições sociais (art. 212, § 5.º).

A criação de contribuições especiais far-se-á por lei complementar (art. 146, III) e deverão ser obedecidos os princípios da legalidade (art. 150, I), irretroatividade e anterioridade (art. 150, III, *a* e *b*), sendo que, em relação às contribuições sociais, será observada apenas o prazo de noventa dias da publicação da lei (art. 195, § 6.º).

Os Estados, Distrito Federal e Municípios podem optar pela instituição de seus próprios sistemas de previdência social. Nesse caso, estão autorizados a instituir contribuição de seus servidores, em benefício destes, para o custeio dos respectivos serviços.

9. Conclusão

No que tange aos princípios gerais do sistema tributário nacional, a nova Constituição apresenta aspectos positivos e negativos.

Entre os primeiros, destacam-se:

- a) o tratamento do tema em uma seção específica;
- b) a colocação dos impostos como um dos incisos, ao lado das taxas e da contribuição de melhoria, e não no *caput* do artigo, como acontecia na Constituição anterior;
- c) aprimoramento da redação relativa às taxas;
- d) a atribuição de natureza tributária aos empréstimos compulsórios e às contribuições especiais;
- e) a especificação dos casos, o requisito da urgência para o caso de investimento público e a vinculação da receita, quanto aos empréstimos compulsórios;
- f) a especificação das funções da lei complementar substancial em matéria tributária.

Quanto aos aspectos negativos, podemos apontar os seguintes:

- a) a não inclusão dos empréstimos compulsórios e das contribuições sociais entre as espécies tributárias arroladas no art. 145;
- b) a omissão quanto aos limites objetivo e subjetivo da contribuição de melhoria;
- c) a redação do § 1.º do art. 145, ao tornar equívoca a regra quanto ao caráter pessoal dos impostos e ao incluir no dispositivo diretriz referente à administração tributária;
- d) a restrição do princípio da capacidade econômica aos impostos, quando poderia ter sido ampliada aos tributos de modo geral;
- e) a inclusão do tratamento tributário do ato cooperativo como norma geral;
- f) a criação de nova hipótese de empréstimo compulsório para investimento público.

No confronto, creio que prevalecem os pontos positivos. É necessário, porém, que as leis complementares e as leis ordinárias sejam instrumentos adequados para a realização das diretrizes traçadas por esses princípios, através de ampla discussão, capaz de conscientizar o contribuinte para a exigência de maior racionalidade no emprego das receitas públicas.

A doutrina das taxas e o direito brasileiro

ADILSON RODRIGUES PIRES

Auditor Fiscal do Tesouro Nacional.

S U M A R I O

Noções gerais e preliminares. Conceito. A definição constitucional de taxa. Taxa: tributo vinculado. Características da taxa. Taxa pela prestação de serviço público. Conceito de serviço público. Taxa e preço público. Espécie de taxas de serviço público. Taxa pelo exercício do poder de polícia. Espécies de taxas pelo poder de polícia. Limitações ao poder de tributar. O aspecto quantitativo do fato gerador das taxas. Base de cálculo da taxa. A taxa e as demais espécies de tributos. Considerações finais. Bibliografia.

Noções gerais e preliminares

Conceito

Taxa é, sob a ótica do Direito Tributário, figura jurídica representativa de uma espécie do gênero tributo. Com ANTONIO BRAZ TEIXEIRA⁽¹⁾, podemos definir esta espécie tributária como a “prestação estabelecida pela lei a favor de uma pessoa coletiva de direito público, como retribuição de serviços individualmente prestados, da utilização de bens do domínio público ou da remoção de um limite jurídico à atividade dos particulares”.

(1) TEIXEIRA, Antonio Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, p. 43.

HECTOR VILLEGAS⁽²⁾ distingue a taxa das demais espécies de tributos enfocando o seu fato gerador. Para este autor, "taxa é um tributo cujo fato gerador está integrado com uma atividade do Estado divisível e inerente a sua soberania, achando-se esta atividade relacionada diretamente com o contribuinte".

Ressalta que esta atividade do Estado, em geral, produz uma vantagem em proveito do contribuinte, não sendo o proveito, entretanto, condição essencial ao nascimento da obrigação.

PEREZ DE AYALA⁽³⁾ critica aqueles que encaram a taxa como uma contraprestação, forma que permitiria distinguir taxa de imposto. No seu entender o critério é inteiramente subjetivo, pois baseia o tributo no benefício individual que se recebe do Estado. Sob este aspecto, na verdade, não há diferença alguma entre os dois tributos, uma vez que, também no imposto, obtém-se a vantagem. Crê o autor que melhor critério poderia ser o que identificasse a taxa como forma de pagamento de um custo.

A partir dos elementos contraprestação e tipificação legal, afirma PEREZ DE AYALA, é que modernamente se define a taxa uma vez que esses aspectos levam em conta o pressuposto de fato, que enseja a sua cobrança. Com essas considerações, conclui que "taxa é o tributo que se estabelece expressamente por lei a favor do Estado ou outro ente público e exigível quando se presta efetivamente um determinado serviço em forma individual, sendo o prestatário o obrigado ao pagamento do tributo"⁽⁴⁾.

ANTONIO THEODORO NASCIMENTO⁽⁵⁾, em sua notável obra *Preços, Taxas e Parafiscalidade*, também reconhece o caráter contraprestacional da taxa, informando tratar-se da "primeira característica diferencial da taxa em relação ao imposto".

Em ALBERTO XAVIER⁽⁶⁾ temos que "o fundamento do tributo é a prestação da atividade pública, a utilização do domínio e a remoção do limite jurídico", apresentando-se a taxa como contraprestação dessas realidades.

Esses são alguns dos conceitos de taxa encontrados nos mais renomados autores. Em todos eles se destaca a hipótese de incidência como o

(2) VILLEGAS, Hector, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 96.

(3) AYALA, Perez de, *Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, p. 55.

(4) AYALA, Perez de, *cit.*, p. 57.

(5) NASCIMENTO, Antônio Theodoro, *Preços, Taxas e Parafiscalidade*, Forense, Rio de Janeiro, Coleção Tratado de Direito Tributário, 1977, p. 107.

(6) XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Coleção Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Portugal, 1981.

principal elemento individualizador da taxa e diferenciador desta e das demais espécies tributárias. Com efeito, o art. 4.º do Código Tributário Nacional estabelece que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo seu fato gerador. O fundamento jurídico da taxa é, consoante o que dispõe o artigo citado, combinado com o 77 do mesmo CTN, e, também, a Constituição federal, fonte primeira da constituição das rendas no Brasil, em seu art. 145, inciso II, a atividade estatal dirigida ao contribuinte e que consiste no exercício regular do poder de polícia ou no serviço público divisível prestado efetivamente ou colocado à disposição do obrigado.

Ressalte-se, aqui, a prescindibilidade da vantagem obtida pelo contribuinte para a caracterização da taxa. O fato gerador do tributo é uma ação do Estado, como, por exemplo, o serviço de coleta de lixo nas residências ou a fiscalização de um estabelecimento para concessão do Alvará de Licença para Localização. Ainda que o imóvel esteja fechado ou, no segundo caso, que a licença não seja concedida, a taxa será devida, pois o resultado da atividade estatal não afeta o caráter obrigacional do tributo.

Já A. D. GIANNINI⁽⁷⁾ estabelece que a taxa é devida em função da "realização de uma atividade do próprio ente público, que afeta de modo particular o obrigado". O festejado tributarista, no mesmo sentido, enfoca a atividade estatal como geradora da obrigação, abstraindo-se, por desnecessário para a qualificação jurídica do tributo, de considerações outras que não aquele aspecto.

RICARDO LOBO TORRES⁽⁸⁾, com base nas teorias pluralistas, que "se preocupam, também, com os valores e princípios constitucionais que informam o conceito de taxa", define-a de maneira mais completa, como segue:

"... a taxa é o dever fundamental consistente em contra-prestação pecuniária que, embora não vinculada pelas liberdades fundamentais, é exigida, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e do custo/benefício, com a finalidade de remunerar a atividade essencialmente estatal desenvolvida em favor do obrigado, segundo lei elaborada de acordo com a competência especificamente outorgada pela Constituição."

A definição constitucional de taxa

A Constituição federal consagra o sistema rígido e inflexível de discriminação de receitas. Cada espécie de tributo exerce função específica e cada unidade da federação, munida de competência tributária, deve exercer esse poder nos estritos limites estabelecidos pela Lei Maior.

(7) GIANNINI, Achille Donato, *Instituciones de Derecho Tributario, Editorial de Derecho Financiero*, Madrid, 1957, p. 50.

(8) TORRES, Ricardo Lobo, *Sistemas Constitucionais Tributários*, Forense, 1986, pp. 343-344.

Quando ela elege o ente público competente para instituição de impostos, isto significa que este deve ser criado por aquele a quem a Constituição federal incumbiu de criar. O não-exercício desta competência não a difere a outro nível de poder. É o que ocorre, por exemplo, com o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, que, por razões que aqui releva comentar, não é cobrado na maioria dos Municípios brasileiros. Isto não faz com que o Estado onde se situa o Município, tampouco a União, venha a exercer esse poder.

A Constituição não enumera as situações específicas que a lei poderá considerar como fato gerador da taxa, da maneira como o faz com relação aos impostos. Limita-se a dizer que se poderá tomar o exercício regular do poder de polícia ou a prestação, ou colocação à disposição do contribuinte, de um serviço público específico e divisível, não precisando qual a atividade ou o serviço que deverá ser exercido ou prestado.

Assim também na previsão do fato a ser considerado como gerador da contribuição de melhoria, a Constituição federal dispõe apenas que se deverá levar em conta a obra pública da qual decorra um benefício imobiliário para o contribuinte.

São, por isto, taxa e contribuição de melhoria, tributos criados com base no exercício da competência comum, também chamada concorrente.

É de entendimento cristalino o conceito de taxa na Constituição federal e no Código Tributário Nacional, segundo os quais ela se apresenta como espécie do gênero tributo, que se individualiza, do ponto de vista jurídico-tributário, a partir do seu pressuposto de fato.

Diz a Constituição federal, em seu art. 145, II, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir:

.....;

II — “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;”

Sobre as hipóteses de incidência da taxa, estabelecidas pela nossa Lei Maior, falaremos mais tarde.

Taxa: Tributo vinculado

O Código Tributário Nacional dispõe, em seu art. 16, que imposto é a espécie tributária cujo fato gerador independe de atividade estatal específica em relação ao contribuinte.

Neste sentido, temos que os impostos são tributos desvinculados de uma ação pública voltada diretamente para o contribuinte. Ao criar o

imposto sobre a renda, por exemplo, não teve o poder federal a preocupação com o retorno mediante benefício material diretamente relacionado ao contribuinte. A atuação pública manifesta-se de forma indireta, como fica evidenciado na função exercida pelas forças armadas não específica nem diretamente relacionada com os milhões de brasileiros contribuintes.

A taxa, como já dissemos, tem por fato gerador o pressuposto de uma atividade do Estado diretamente vinculada ao contribuinte. Seja o exercício regular do poder de polícia, seja o serviço público prestado ou posto à disposição do obrigado, o certo é que a atuação do poder público é pressuposto básico e essencial para a instituição da taxa.

Por outro lado, a contribuição de melhoria, terceira espécie tributária prevista no art. 145 da Constituição federal, tem como hipótese de incidência a realização da obra pública de que decorra um benefício imobiliário para o contribuinte. A referibilidade, neste caso, apenas indireta, ainda assim, não deixa de ser, como na taxa, requisito essencial para a sua instituição.

GERALDO ATALIBA observou que a relação entre a atuação estatal e a instituição dos tributos taxa e contribuição de melhoria as diferenciava da espécie imposto. Atentando para os aspectos científicos envolvendo os tributos no ordenamento jurídico brasileiro, o notável tributarista pátrio buscou uma forma de sistematizar os tributos com fundamento em traço comum às duas espécies citadas, referindo-se a elas como "exações referidas à atuação concreta do poder público". Segundo o autor⁽⁹⁾, Cesarino Júnior encontrou uma expressão sintética para expressar a realidade que pretendia descrever e assim os chamou de tributos *vinculados* para distingui-los dos impostos, a que chamou de tributos *não vinculados*.

A classificação adotada não poderia ser mais feliz, visto basear-se no pressuposto de fato que caracteriza os tributos, critério que, como vimos ao mostrar as definições de taxas de alguns dos mais autorizados especialistas, melhor diferencia as três espécies e é modernamente aceito por tantos quantos se dediquem ao estudo do Direito Tributário no mundo. Com efeito, a taxa é espécie tributária que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, portanto, atividades do Estado voltadas para o contribuinte, traço marcante desse tributo.

Características da taxa

A taxa possui elementos próprios dos tributos, como seja o fato de se constituir uma prestação pecuniária, que a distingue de outras prestações como a que o Estado, desejando obter um bem móvel ou imóvel, procede a desapropriação ou a requisição.

(9) ATALIBA, Geraldo, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 137.

Em que pese à definição do art. 3.º do Código Tributário Nacional, admitindo o pagamento de tributos “em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”, não se deve entender que a obrigação tributária possa ser cumprida *in natura* ou *in labore*. Esta expressão, segundo BERNARDO RIBEIRO DE MORAES⁽¹⁰⁾, foi introduzida no art. 3.º do CTN em face de uma citação do tributarista argentino, Giuliani Fonrouge, que lembrou caso da província de Mendoza que, em período de crise econômica, certa ocasião permitiu a satisfação da prestação tributária em parte da colheita agrícola. No Brasil, entretanto, conquanto o Código consagre a expressão “ou cujo valor nela (em moeda) se possa exprimir”, não nos parece correto afirmar que o tributo, taxa ou qualquer outro, possa ser pago em bens ou serviços. A obrigação é, sempre, de caráter pecuniário, isto é, em dinheiro.

É também a taxa uma obrigação *ex lege*, como, de resto, o são as demais espécies de tributos. Esta característica vem consagrar a lei como fonte de toda obrigação tributária, pressuposto do princípio da legalidade, que rege o sistema tributário nacional. Somente quando houver previsão legal estará o cidadão obrigado ao pagamento da taxa.

Prosseguindo, uma síntese sobre as particularidades do enquadramento da taxa como tributo. Preliminarmente, temos que a exigência dessa espécie tributária decorre de atividade administrativa plenamente vinculada à norma legal, sob pena de responsabilidade funcional, civil e penal da autoridade que proceder ao lançamento e à arrecadação.

A taxa é um tributo cuja cobrança tem como origem uma atividade específica do Estado diretamente voltada para o contribuinte. Sendo o fato gerador o elemento caracterizador da natureza jurídica específica do tributo, tal afirmativa tem a virtude de extremar a taxa dos impostos impedindo a criação destes com denominação de taxas ou vice-versa. Foi comum, em outros tempos, a criação de impostos mascarados com o *nomen juris* de taxas. A instituição daquelas a partir de hipótese distintiva de outros tributos, como determinam o art. 145 da Constituição federal e o art. 77 do Código Tributário Nacional, tem levado nossos tribunais a decisões as mais acertadas para desqualificar tais exações.

Não havendo a prestação estatal específica e divisível relacionada diretamente com o contribuinte, não há como justificar a criação de taxa. “O que a extrema dos outros tributos não é a natureza bilateral, mas a especificidade, a divisibilidade e a efetividade da prestação pública” (p. 344), nos diz o consagrado mestre RICARDO LOBO TORRES na obra citada⁽¹¹⁾.

(10) MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Doutrina e Prática das Taxas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 62.

(11) TORRES, Ricardo Lobo, *Sistemas Constitucionais Tributários*, cit., p. 344.

E, sendo a atividade dirigida diretamente ao contribuinte, a este cabe a obrigação de pagar o tributo. Conseqüentemente, a ele deve ser dirigida a cobrança.

Todavia, não é condição indispensável para a exigência dessa espécie de tributo qualquer vantagem que possa ter o obrigado. É suficiente que o ente estatal desenvolva a atividade e que a coloque à disposição do contribuinte para que esta seja devida. Suponhamos que determinada pessoa deseje sair do país e requeira o passaporte à polícia de fronteiras. Esta, após consultar seus arquivos, não autoriza sua saída, por razões que aqui não importam. Nem por isso a taxa previamente paga lhe será devolvida, evidenciando o que dissemos acima.

Também se deve dizer que a taxa não constitui contraprestação de uma atividade estatal. Conquanto tenha a taxa caráter remuneratório de um serviço público, quando este for o seu fato gerador, forçoso é dizer que isto não indica uma contraprestação. O termo pressupõe uma perfeita equivalência entre a quantidade de serviço prestado e sua correspondente remuneração, o que se verifica ao se cobrar um preço. Não é o caso da prestação tributária, como veremos ao abordarmos a base de cálculo da taxa.

Algumas taxas, contudo, não guardam relação com atividade do Estado inerente a sua soberania. Algumas delas, como a Taxa de Educação e Saúde, foram um dia cobradas pelo particular sob a forma de preço. Theodoro Nascimento as chama de "taxa por definição legal". Dentre estas, cuja atividade bem poderia ser exercida pela iniciativa privada, são citadas pelo autor, além da taxa escolar, acima aludida, a taxa de entrada em museu, a taxa de água, a taxa aeroportuária, a taxa postal, etc.

Comunga dessa mesma opinião Gian Antonio Micheli⁽¹²⁾, afirmando que a estas "não é reconhecido o caráter de taxa verdadeira e própria por falta de um serviço administrativo que, pelo contrário, na taxa subsiste".

Caso interessante, cita Nascimento⁽¹³⁾, ocorreu com o antigo "imposto de faróis" que, por não corresponder à definição legal dessa espécie tributária, mas sim a um serviço, transformou-se em "taxa de farol". Posteriormente, ao se perceber que a autorização para entrada de embarcações em portos brasileiros não constituía atividade pública por excelência, mas serviço de interesse da coletividade prestado pelo Estado, foi a taxa transformada em "tarifa cobrada em retribuição à efetiva utilização dos serviços de sinalização náutica de proteção à navegação", conforme dispõe o § 3.º

(12) MICHELI, Gian Antonio, *Curso de Derecho Administrativo, Editoriales de Derecho Reunidas*, Madri, 1975, p. 62.

(13) NASCIMENTO, Antonio Theodoro, *cit.*, p. 134.

do art. 14 do Decreto-Lei n.º 34/66, tendo em vista tratar-se de atividade de caráter privado desenvolvida pelo Estado como forma de intervenção no domínio econômico.

Para melhor caracterizar a taxa, há também que se distinguir serviço de obra. Esta, quando realizada pelo poder público, redundando em benefício para o proprietário de imóvel, fato gerador da contribuição de melhoria. Serviço é uma atividade regular e ordinária dirigida ao contribuinte, que dele se beneficia ou tira vantagem ou, ainda, o tem à disposição para dele se utilizar ou usufruir vantagem. Obra tem caráter extraordinário e eventual, consistindo em algo que se acrescenta onde nada havia. Assim, a construção de uma ponte ou a pavimentação de uma rua são obras públicas, enquanto a coleta de lixo das residências e limpeza das vias urbanas é um serviço público, derivando ou podendo derivar, já que a competência tributária não é uma obrigação, mas uma faculdade, a criação de uma taxa.

Taxa pela prestação de serviço público

Conceito de Serviço Público

A utilização efetiva ou potencial de um serviço público prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição é fato gerador da espécie tributária taxa, como já vimos.

Mas essa redação não foi sempre a utilizada pelo direito brasileiro. O Decreto-Lei n.º 2.416/40 definia a taxa como sendo o tributo exigido a título de remuneração de serviços específicos prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Essa definição apresentava o grave defeito de ter como base a finalidade remuneratória da taxa, o que, segundo RUBENS GOMES DE SOUZA (14), “é a finalidade última de todos os tributos, de qualquer espécie”. O critério da finalidade só a distingue dos impostos, no sentido em que aqueles remuneram serviços divisíveis e mensuráveis, enquanto estes remuneram atividades públicas gerais indivisíveis e não mensuráveis, sentença daquele autor, em seguida.

Entende-se por serviço público o serviço prestado pelo Estado, diretamente ou por concessão, como expressão de sua soberania. Dir-se-ia que o Estado foi criado para esse fim, dentre outros, evidentemente. Há determinados tipos de atividades que só podem ser desenvolvidas pelo Estado, não comportando delegação. Ou o Estado realiza a atividade, manifestando explicitamente sua condição de soberano em relação aos cida-

(14) SOUZA, Rubens Gomes de, *Compêndio de Legislação Tributária*, 3ª Edição, Edições Financeiras S/A, Rio de Janeiro, 1960., p. 143.

dãos e aos interesses internos da coletividade que representa ou não pode ele ser chamado de Estado, na concepção jurídico-política do termo, ou seja, do Estado *a serviço* de uma coletividade. Quando essa atividade corresponder a um serviço específico e divisível prestado ou posto à disposição da coletividade, será ele objeto da cobrança de uma taxa.

Se, por outro lado, esse serviço pode ser prestado pelo particular e o ente público só se incumbe de sua prestação por razões de conveniência política ou econômica, dizemos que o serviço não é, absolutamente, expressão de uma soberania, e desse modo não enseja a cobrança de taxa, mas de preço público ou tarifa, como impropriamente também denominamos a contraprestação referida.

Com base nestas considerações, aperfeiçoou-se a definição de taxa, que hoje representa, sem dúvida, a melhor que se poderia ter, uma vez que parte da situação necessária é suficiente para a configuração do fato gerador da obrigação.

Mas, para que o serviço público possa em verdade constituir-se na hipótese de incidência da taxa, é preciso que ele seja específico e divisível, nos termos em que colocam a Constituição e o CTN.

O serviço público é específico, também chamado de indivisível ou particular, quando visa a proporcionar vantagem ou benefício a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. Em qualquer caso, deve estar presente o interesse da coletividade, como espécie de obrigação de natureza pública que é a taxa.

Contrapõe-se ao serviço público específico o geral, aquele em que o benefício ou a vantagem não é deferida a um só indivíduo ou a um grupo deles, mas a toda a sociedade a um só tempo sem que dele se possa particularizar o beneficiário por esta ou aquela parcela de serviço, como se verifica, já se disse, com o serviço prestado pelas forças armadas em tempo de guerra ou de paz, por sua natureza remunerado por impostos.

Diz o art. 79, inciso II, do CTN, que o serviço é considerado divisível quando possa ser destacado em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas.

Assim, somente os serviços específicos *ut singuli* podem dar lugar à cobrança de taxa.

O serviço público, além disso, tem que ser divisível, se se quer instituir, como consequência, uma taxa. Divisível, dizemos, é aquele que pode ser destacado do conjunto das demais espécies de serviços e atividades do Estado, permitindo, exatamente por isso, seja mensurável o serviço e a sua carga financeira repartida por todos aqueles que, individualmente ou em grupo, dele se utilizam.

Em resumo, o caráter de especificidade da taxa leva em conta o serviço propriamente dito prestado ou colocado à disposição do contribuinte; a divisibilidade tem em vista a identificação das pessoas a ela obrigadas, permitindo-se calcular o montante do tributo cabível a cada um.

Taxa e preço público

Já vimos, em poucas palavras, como conceituar taxa em função do serviço público prestado ou colocado à disposição do contribuinte. Em seguida, veremos alguns aspectos que envolvem o preço público, a fim de estabelecermos a distinção entre os dois.

Inicialmente, devemos afirmar que a noção de preço é típica do direito privado, a qual se transportou para o direito público.

Conquanto não se tenha, ainda, estabelecido a distinção perfeita entre a natureza jurídica de uma e outra figuras, é certo dizer que, uma vez haver-se decidido por uma ou por outra, as diferenças são gritantes.

ALIMAR BALEEIRO⁽¹⁵⁾ ressalta que o critério diferenciador de taxa e preço público é a base contratual deste último e a conformação das taxas à previsão legal. As taxas são, portanto, uma obrigação *ex lege*.

Mas essa forma de diferenciação não resolve a questão, visto não se aprofundar nas características essenciais de uma e de outro, analisando o problema apenas sob o aspecto da causalidade da instituição da obrigação. Talvez se se aprofundasse um pouco mais no exame da natureza contratual do preço público, quem sabe, não teria o mestre alcançado seu intento?

Sob outro ângulo, temos que a taxa remunera serviço público essencial, enquanto o preço público remunera serviço público não essencial. Mas aí também nos falta elemento científico para dar o caráter de definitividade à questão. De fato, a noção de serviço essencial é relativa, variando de lugar para lugar, e segundo a época, dependendo de fatores de ordem política, ideológica, social etc. O serviço público não essencial, também chamado de periférico⁽¹⁶⁾, é aquele prestado "via delegação ou concessão de poderes", como forma de intervenção do Estado no domínio econômico. O serviço não essencial ou periférico distingue-se do essencial pelo fato de ser este um serviço público, enquanto aquele, apenas um serviço de interesse do público, diríamos nós, prestado pelo Estado em função de uma lei, de um contrato ou de um ato administrativo concessivo de poderes.

(15) BALEEIRO, Alimar, *Direito Tributário Brasileiro*, 1ª edição, Forense, Rio, 1970, p. 292.

(16) GARCIA, Plínio Gustavo Prado, *Taxa ou Preço Público (A defesa do Consumidor)*, Resenha Tributária, São Paulo, 1985, p. 46.

Para MARCO AURÉLIO GRECO (17), na taxa, o serviço atende a interesse público primariamente estatal; no preço público, o serviço atende a interesse estatal secundário. Coerentemente com o que expusemos acima, vemos que o interesse público, primordial ou não, é elemento distintivo das duas espécies de exação. A afirmativa de que a taxa decorre do exercício de atividade inerente à soberania do Estado não é elemento suficiente para distingui-la do preço público, visto que este tipo de consideração varia, como vimos, no tempo e no espaço, ou seja, segundo a época e o lugar considerados.

Mário Marzagão, citado por Ricardo Lobo Torres (18), considera "essencial a atividade estatal de tutela de direitos, enquanto a facultativa se cifra na promoção do bem-estar geral e do progresso".

Em importante e memorável julgado, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da Tarifa de Lixo, instituída no Município do Rio de Janeiro, pelo Decreto n.º 196, de 12-1-75. O Relator, Ministro Moreira Alves, com a seguinte argumentação, justificou seu voto:

"Em face das restrições constitucionais a que está sujeita a instituição da taxa, não pode o poder público estabelecer, a seu arbítrio, que à prestação de serviço público específico e divisível corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público.

Sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo — o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública — a tarifa de lixo instituída pelo Decreto n.º 196/75, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa."

Acrescenta ser inconstitucional referido decreto, uma vez que, em se tratando de taxa, dever-se-ia atentar para o princípio da reserva legal, comum a todos os tributos, à exceção apenas de alguns impostos.

De todo o exposto, conclui-se que a doutrina jurídica ainda está a buscar a verdadeira distinção entre taxa de serviço e preço público. Pode-se afirmar o quanto ainda estamos longe de encontrar o marco divisor de águas nesta questão. Resta-nos, tão-somente, dizer que, até a instituição de uma ou de outra, prevalece uma decisão de natureza política que nos leve à opção entre as duas alternativas. Uma vez criada a obrigação, fácil é distinguir-se uma da outra pelas características acima vistas. Contudo, é de se observar que tal critério diferenciador nada tem de jurídico, uma vez

(17) GRECO, Marco Aurélio, *Taxa e Preço Público*, Revista dos Tribunais, pp. 466-39.

(18) TORRES, Ricardo Lobo, cit., p. 347.

que analisa as figuras do ponto de vista dos seus efeitos e não de sua natureza jurídica.

Por fim, cabe assinalar que tarifa e preço público são considerados pela doutrina, pela jurisprudência e, mesmo, pelo direito positivo como termo e expressões equivalentes, ainda que, etimologicamente, tarifa signifique rol, relação, tabela e preço o referencial de cada item dessa "tabela". A diferença, no entanto, é irrelevante do ponto de vista prático, mesmo porque, conforme explicita o art. 4.º do Código Tributário Nacional, a denominação do tributo não interfere na qualificação da sua natureza jurídica. Ainda que a espécie não seja de tributo, pode-se aqui tomar por empréstimo o dispositivo do código, tendo em vista sua adequação ao caso em estudo.

Espécies de taxas de serviço público

Após a tentativa de identificação de serviço público gerador da obrigação tributária concernente à taxa, que Theodoro Nascimento⁽¹⁹⁾ diz ser de natureza especial, em oposição ao de natureza geral, e dá origem ao preço público, divisível e mensurável e proporcionar ao contribuinte um proveito individualizado, passemos, agora, a citar alguns exemplos de taxas exigidas pela prestação, ou utilização de um serviço público, segundo o autor citado:

a) Taxa Judiciária, paga pela utilização dos serviços que compõem o Poder Judiciário (serviços da Justiça). Poderá ser cobrada com outros nomes: taxa de aprovação de testamentos, taxa de inscrição de atos no Registro Público, custas judiciais, emolumentos do Juízo;

b) taxa sobre celebração de atos civis, ou simplesmente taxa sobre atos civis, nome que alguns autores preferem reservar para a que incide sobre determinadas modalidades de atos que dependem de inscrição ou transcrição nos livros públicos para assegurar, transferir ou extinguir direitos;

c) taxa pela coleta de lixo exigida pela municipalidade para manutenção do serviço de remoção de detritos;

d) taxa de saneamento, limpeza e iluminação pública, com vista à preservação da higiene e saúde públicas e da segurança dos transeuntes (iluminação pública nas praças, avenidas e ruas);

e) taxa de incêndio, pela possível utilização do serviço de bombeiros;

(19) NASCIMENTO, Antonio Theodoro, cit., pp. 113 a 116.

f) taxa de *vigilância*, exigida para manutenção do policiamento noturno;

g) taxa *rodoviária* ou taxa para conservação de estrada de rodagem, cobrada dos proprietários de veículo para manutenção, em benefício da segurança e da prosperidade públicas, da rede de estradas do país;

h) taxa de *ancoragem* e taxa de *embarque e desembarque*, exigidas com a finalidade de manter o bom aparelhamento dos portos. Juntamente com essas podem ser mencionadas também as *taxas pela utilização de estações rodoviárias e de aeroportos*;

i) taxa de melhoramento dos portos, devida pelo serviço de movimentação de cargas de importação e exportação nos portos brasileiros."

Taxa pelo exercício do poder de polícia

"Poder de polícia é a faculdade que tem a administração de intervir na atividade privada, para regulamentá-la com o objetivo de assegurar o bem-estar geral." Assim se expressa A. THEODORO NASCIMENTO⁽²⁰⁾ para definir poder de polícia.

RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA⁽²¹⁾ cita Ruy Cirne Lima que, em seus "Princípios de Direito Administrativo Brasileiro", 2.^a edição, pág. 96, conceitua o poder de polícia como "toda restrição ou limitação coercitivamente posta pelo Estado à atividade ou propriedade privada, para o efeito de tornar possível, dentro da ordem, o concorrente exercício de todas as atividades e a conservação perfeita de todas as propriedades privadas".

BIELSA⁽²²⁾ vê o poder de polícia como a "faculdade ou o poder jurídico exercido pela administração pública com o fim de estabelecer limitações e exercer coativamente sua atividade no sentido de regular o uso da liberdade individual e promover o bem-estar geral".

O nosso Código Tributário não se afasta, de um modo geral, do conceito expendido pelos autores mencionados, quando, no art. 78, o define:

"Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de

(20) NASCIMENTO, Antonio Theodoro, cit., p. 118.

(21) OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Taxas de Polícia*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1960, p. 32.

(22) BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, tomo IV, p. 7.

fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Conquanto tenha sofrido modificações ao longo do tempo e na conformidade dos vários ordenamentos jurídicos existentes no mundo ocidental, o conceito de poder de polícia constitui a essência da própria atuação do Estado no exercício de sua soberania interna.

A noção de poder de polícia é divergente na Europa e nos Estados Unidos, por exemplo. Enquanto na primeira o seu objetivo é a ordem pública, na grande potência americana, a preocupação estatal extrapola para o campo do interesse público de índole acentuadamente econômica, como se depreende do julgado da Suprema Corte Federal no caso *Barbier V. Conolly* (113 V. S. 27), citado por THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO em sua obra “As taxas e seus principais problemas teóricos” (23), *verbis*:

“Poder de polícia é o poder de criar Regulamentos com o fim de assegurar ao povo a saúde, a paz, a moral, a educação e a boa ordem pública; é também o poder de legiferar para aumentar as indústrias no Estado, desenvolver seus recursos, crescer sua riqueza e sua prosperidade.”

A tendência do poder de polícia é, digamos, estreitar-se numa posição intermediária entre os dois conceitos, o que se confirma ao entendermos hoje o poder de polícia como um conjunto de medidas e atos administrativos que impõem restrições aos indivíduos, seja no que concerne aos seus direitos ou às suas liberdades, seja no disciplinamento de suas atividades sociais ou econômicas, sempre em nome do bem-estar social ou do cidadão isoladamente considerado. Em última instância, a limitação à liberdade individual, na medida em que resulta em um bem social, reflete-se indiretamente em um benefício para o próprio indivíduo.

O poder de polícia, segundo a doutrina e a definição do CTN, tem por escopo a segurança individual e a coletiva, a preservação da ordem, o disciplinamento do exercício de profissões, o planejamento urbano, a distribuição do mercado produtor e de distribuição, etc.

THEODORO NASCIMENTO, na obra citada, pág. 130, alude, mais, sobre a referibilidade ao benefício direto ou indireto por parte do obrigado.

(23) MONTEIRO DE BARROS FILHO, Theotônio, *As taxas e seus Principais Problemas Teóricos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1941, p. 67.

No primeiro caso, estão as "taxas pela aprovação de um projeto de loteamento, as de expedição de passaporte ou de um certificado de garantia de um produto industrial, além de outras. No segundo, encontramos as taxas de aferição, a sanitária, a de fiscalização de matadouros, etc. Nestes últimos casos o beneficiário do proveito não é o indivíduo, mas a população.

Espécies de taxas pelo poder de polícia

Ainda com ANTONIO THEODORO NASCIMENTO (cit. p. 125) seguem alguns exemplos de taxa pelo poder de polícia:

- a) taxa de aferição de pesos e medidas a que estão sujeitos quantos exerçam comércio com utilização de balanças, fitas métricas, taxímetros, medidores de gás ou de corrente elétrica, bombas de gasolina etc.;
- b) taxa de fiscalização de matadouros;
- c) taxa sanitária incidente sobre a inspeção permanente de alimentos;
- d) taxa de fiscalização e licenciamento de veículos, hoje não existente no Brasil;
- e) taxa de censura de filmes, teatros e diversões;
- f) taxa pela inspeção de motores de explosão;
- g) taxa sobre armazenagem;
- h) taxa de fiscalização pela instalação de máquinas, motores e equipamentos eletromecânicos;
- i) taxa de licença para execução de obras;
- j) taxa pela expedição de certificado de conclusão de obras, cobrada quando da concessão do "habite-se";
- k) taxa pelo concessão de porte de arma;
- l) taxa pela concessão de licença para caça e pesca;
- m) taxa de naturalização.

Limitações ao poder de tributar

Os princípios constitucionais limitadores do exercício da competência tributária são aplicáveis a todas as modalidades de tributo. Dessa forma, a taxa, como espécie tributária, também está sujeita a esses princípios, na

verdade garantias individuais contra possíveis arbitrariedades cometidas pela autoridade administrativa.

O primeiro desses princípios, talvez o mais importante de todos, exige que o tributo seja criado ou majorado somente em virtude de lei no sentido estrito. Trata-se do princípio da legalidade ou da reserva legal, consagrado no art. 150, I, da Constituição Federal. Algumas exceções são previstas no art. 153, § 1.º, da Constituição, não estando as taxas dentre elas enquadradas.

Daí, temos que é do Poder Legislativo a competência para estabelecer a tributação dos indivíduos por uma taxa e, mais, que a lei deverá conter todos os elementos configuradores do tributo.

Outro princípio aplicável integralmente às taxas é o da irretroatividade da lei. Previsto no art. 150, III, *a*, da Constituição Federal, este princípio indica a regência da lei para os fatos geradores ocorridos após a vigência da lei que criou ou majorou o tributo. Pelo que se tem notícia, é princípio universalmente aceito em matéria tributária, tornando-se supérfluo qualquer aprofundamento sobre o assunto.

No mesmo dispositivo constitucional, na alínea *b*, encontramos o princípio da anterioridade da lei assinalando que o tributo criado ou aumentado só poderá ser exigido no exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei que o instituiu ou aumentou. É também pacificamente aceito este princípio como um dos limitadores do poder de tributar, vez que está claramente expresso na Constituição Federal, além de representar importante fator de segurança e previsibilidade econômica para o contribuinte.

Lembramos, ainda, o princípio da isonomia tributária, prevista no art. 150, II, da nossa Carta Magna. O dispositivo assinala que em condições idênticas, a obrigação tributária do contribuinte deve ser idêntica. O mandamento não só é dirigido ao legislador ordinário por ocasião da elaboração do texto legal, quanto ao intérprete da lei ao aplicá-la.

Deixamos para o final deste título as considerações sobre o princípio da capacidade contributiva. Assevera este que o imposto deve levar em consideração, sempre que possível, a capacidade econômica do contribuinte.

Em primeiro lugar, cabe indagar o sentido da expressão "capacidade econômica" expressa no § 1.º do art. 145 da Constituição Federal. Não é fácil conceituá-la. Todavia, propomo-nos a um ensaio de conceituação, mais na tentativa de provocar a reflexão do que de definir a questão. A noção de capacidade econômica, a nosso ver, está ligada à idéia de patrimônio pessoal. Como patrimônio devemos entender o somatório de todos os bens e direitos do indivíduo descontadas as obrigações. O patrimônio, digamos, corresponde à capacidade financeira, ou seja, a disponibilidade do cidadão para responder por suas necessidades básicas relacionadas com a alimenta-

ção, transporte, saúde, vestuário etc. Satisfeitas estas, restaria a capacidade contributiva, representada pelas condições de cada um para contribuir com as necessidades coletivas do Estado.

Há quem diga que a capacidade contributiva deve ser obedecida quando da tributação por taxas⁽²⁴⁾. Assim não entendemos. Não fora pela forma clara expendida pela Constituição, que só determina a aplicação do princípio com relação aos impostos, podemos afirmar que a taxa não é espécie tributária compatível com o princípio em tela. Posto que a taxa remunera um serviço específico, a sua referibilidade está em conexão com o fato material que dá origem à obrigação correspondente e não com o aspecto pessoal da ocorrência do seu pressuposto. Ainda que se mencione a taxa pelo poder de polícia, mesmo neste caso, o valor da taxa guarda maior correlação com o custo assumido pela máquina administrativa para atendimento da solicitação do contribuinte e só indiretamente com a sua real capacidade contributiva.

THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, nas páginas 109/110 de sua magistral obra, já mencionada, expressa a mesma opinião. Diz o consagrado autor que não se aplica às taxas o princípio da capacidade contributiva, em face do seu caráter objetivo, já que corresponde o tributo, no caso, a uma contraprestação da atividade estatal.

Outros princípios de aplicabilidade mais direta e menos controvertida devem ser observados na instituição e na compatibilização do tributo com o fato concreto. Deles não falaremos por entendermos dispensável.

O aspecto quantitativo do fato gerador das taxas

A determinação do montante da obrigação relativa às taxas tem sido objeto de profundas divergências na doutrina.

Estas divergências têm surgido da idéia de equivalência entre a vantagem recebida e a importância paga ao Estado a título de contraprestação. Sobre a impropriedade da utilização deste termo para designar a prestação tributária já falamos linhas atrás.

Várias têm sido as propostas de quantificação do montante do tributo. Algumas aludem à equivalência entre o benefício auferido e a prestação. Outras supõem a equivalência entre esta e o custo do serviço prestado. Outros ainda pretendem correlacionar a vantagem individual com o custo do serviço.

MONTEIRO DE BARROS FILHO⁽²⁵⁾ invoca Vincenzo Tangorra, que na sua "Scienza della Finanza", pág. 548, ensaia uma solução para o problema, sugerindo que em todo serviço prestado pelo Estado há uma vanta-

(24) OLIVEIRA, José Marcos Domingues, *Capacidade Contributiva*, Editora Renovar, Rio, 1988, pp. 51 e 52.

(25) MONTEIRO DE BARROS FILHO, Theotônio, cit., pp. 35 e segs.

gem coletiva e outra suscetível de avaliação individual. Aquela seria remunerada pela arrecadação de impostos e estas com a receita oriunda das taxas.

Todavia, o próprio Tangorra admite a falta de cientificidade do critério proposto, considerando-o empírico, casuístico e perigoso. Reconhece que, afinal, não há critério definido para a avaliação do montante da prestação devida a título de taxa. Os critérios devem mesmo variar para cada caso, não se aplicando absolutamente um só critério, isoladamente, para se quantificar o tributo.

MONTEIRO DE BARROS FILHO⁽²⁶⁾ denomina de *taxa perfeita* aquela que “consiga exprimir, concomitantemente, o preço de custo do serviço para o Estado e o valor subjetivo da vantagem auferida pelo indivíduo”.

Citando Seligman, aduz que, segundo essa concepção de taxa perfeita, a importância excedente ao preço de custo do serviço para o Estado corresponderia, na verdade, a um imposto, visto a sua inequivalência com o serviço específico a cargo do Poder Público.

O renomado mestre propõe seja solucionada a questão do montante da prestação com base na coercibilidade ou não da taxa. Explicando melhor, afirma que nas taxas em que o serviço prestado tem natureza obrigatória, a equivalência deve dar-se com o custo do serviço; se a taxa for facultativa, a contraprestação, prossegue, dá-se na proporção subjetiva da vantagem recebida, regulando-a a medida de acordo com a intensidade da procura ou pela quantidade do consumo efetivo.

Por oportuno, lembremos que RUBENS GOMES DE SOUZA⁽²⁷⁾ classificava as taxas em facultativas, que remuneram serviços ou atividades que o Estado só fornece ou exerce a pedido ou mediante provocação do interessado, e obrigatórias, as que remuneram serviços ou atividades que o Estado fornece ou exerce independentemente de pedido ou provocação do contribuinte ou mesmo impõe contra a vontade deste.

De qualquer forma, não é lícito ao Poder Público cobrar pelo serviço ou pela atividade caracterizadora de polícia, a título de taxa, valor que supere o custo aproximado do exercício daquelas funções. Dizemos aproximado, visto que o valor exato jamais poderá ser determinado por razões, principalmente, técnicas. Retornando ao que dizíamos, caso se cobre uma importância mais alta do que seria razoável, não estaremos mais diante de uma taxa, cujo caráter, já vimos, é, fundamentalmente, remuneratório, mas sim de um imposto. Sabendo-se que este tem por base fato gerador que

(26) MONTEIRO DE BARROS FILHO, Theotonio, cit., p. 39.

(27) SOUZA, Rubens Gomes de, cit., p. 147.

não o serviço público nem o poder de polícia, podemos concluir que a cobrança seria, neste caso, inconstitucional.

Vale lembrar, ademais, o risco de se afrontar o disposto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, que proíbe a utilização de tributos com efeito confiscatório ou, no mínimo, não obedecendo ao princípio da isonomia tributária.

Base de cálculo da taxa

A base de cálculo de qualquer tributo deve guardar relação com o elemento material do seu fato gerador. No caso das taxas, já firmamos o ponto de vista de que o custo do serviço obrigatório ou da atividade de polícia é que deve ser tomada como referencial para estabelecimento ou base de cálculo. Quando se tratar de taxa de serviço facultativo, deve ser levada em conta a proporção da vantagem ou a medida da sua procura. Nesta ou naquela hipótese, a taxa poderá ter, conforme o caso, uma alíquota fixa ou variável a ela referida. Sendo variável, pode ser proporcional ou progressista.

Seja qual for o critério para quantificação da base de cálculo da taxa, forçoso é reconhecer que nenhum deles é distintivo da taxa como espécie tributária, tendo em vista que o fato gerador e não um dos seus elementos são configurativos da natureza jurídica do tributo.

Nem tampouco existe "fórmula capaz de encontrar o real custo da atividade estatal, de difícil apuração" (28). O critério, ao longo do tempo, tem sido político. A base de cálculo da taxa, bem como sua alíquota, têm sido fixadas unilateralmente pelo legislador, que toma os fatores acima assinalados como meros indicadores de uma grandeza razoável e aceitável juridicamente.

Esta foi a idéia que presidiu a escolha do metro linear de testada que dá frente para a via ou logradouro público, localização do bem imóvel segundo zonas fiscais e um valor fixo em cruzados novos por metro quadrado ao se eleger a base de cálculo da taxa de coleta de lixo e limpeza urbana.

Pelo mesmo critério, a taxa de Licença para Localização tem como base de cálculo um valor fixo em cruzados novos, que varia de acordo com a atividade objeto de tributação, a localização e o horário de funcionamento ou de expediente do estabelecimento.

A taxa e as demais espécies de tributos

A espécie tributária que estudamos possui características próprias que a distinguem das demais. Todavia, nem sempre foi assim. Em tempos remotos, o Estado cobrava prestações de seus concidadãos sob a denominação

(28) MORAES, Bernardo Ribeiro de, *cit.*, p. 182.

genérica de tributos. Seligman foi um dos pioneiros na identificação de uma prestação específica, de natureza diferente das outras exações.

Hoje, não cabe mais dúvidas quanto à natureza jurídica diversa das várias espécies tributárias. Imposto, taxa e contribuição de melhoria não mais se confundem, tanto no direito positivo quanto na doutrina ou na jurisprudência.

O imposto, segundo a corrente mais moderna adotada pelo nosso Código Tributário, o imposto é definido em função do seu fato gerador, que constitui uma situação independente de qualquer atividade específica do Estado relacionada diretamente com o obrigado.

Já a taxa tem fato gerador completamente distinto consistindo no exercício regular do poder de polícia ou no serviço público específico e divisível prestado ou colocado à disposição do contribuinte, portanto, funções diretamente relacionadas com o sujeito passivo da obrigação tributária.

O imposto é exigido com base na riqueza ou patrimônio do contribuinte; a taxa se justifica pela utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível. Enquanto aquele é "devido por uma generalidade de pessoas, a taxa só é paga por quem solicite a prestação individual do serviço" (29) ou da atividade, estatal de polícia acrescentamos.

Conquanto a coerção seja aspecto distintivo do imposto e da taxa, não é certo, como afirma alguns, que a obrigação da taxa se caracteriza pela voluntariedade, ao contrário da obrigação pelo imposto. Tal assertiva não leva em consideração o caráter de compulsoriedade comum às duas espécies, o que faz com que a taxa seja devida mesmo naquelas situações em que o serviço não seja solicitado, mas prestado de ofício pelo ente público (30) e que o imposto possa não ser devido caso o contribuinte opte pelo exercício ou não-exercício de atividade sujeita ou não ao tributo. No primeiro caso, temos a taxa de incêndio como exemplo e, para ilustrar o segundo, pode-se dizer que a pessoa que não deseja contribuir com o Imposto sobre Produtos Industrializados sobre cigarros é só não fumar.

THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO (31) sentença que "as taxas se destinam ao custeio total ou principal de serviços públicos *especiais*, enquanto os impostos cobrem, total ou parcialmente, a despesa resultante da prestação de serviços públicos *gerais* (o grifo é do original)".

(29) TELXEIRA, Antonio Braz, cit., p. 44.

(30) GIANNINI, Achile Donato, cit., p. 51.

(31) MONTEIRO DE BARROS FILHO, Theotonio, cit., p. 100.

O mesmo MONTEIRO DE BARROS FILHO, lembra que o limite da taxa está na vantagem individual auferida ou no custo do serviço, enquanto que a do imposto reside na capacidade contributiva do indivíduo.

Categoria diferente é a contribuição de melhoria, definida como a indenização de uma despesa havida pelo Estado com a realização de uma obra pública, após a anuência dos contribuintes, que resulte em um benefício imobiliário, de sentido mais amplo que a revogada "valorização", para o proprietário do imóvel. Corresponde, pois, a um acréscimo de benefício ao patrimônio imobiliário do indivíduo.

Em obras mais antigas, como a de THEOTONIO M. DE BARROS FILHO, de 1941, página 119, ainda observamos resistência quanto à autonomia, hoje incontestada, da contribuição de melhoria em relação à taxa. É compreensível esta posição, uma vez que só em 1946, nossa Constituição adotou a divisão dos tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria.

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES⁽³²⁾, porém, traz à colação questão discutível quanto à criação de taxa ou de contribuição de melhoria. Diz o autor, em sua importante obra, que a pavimentação de um trecho de rua constitui, ao mesmo tempo, uma obra pública e um serviço público. Qual dos dois tributos, então, se deve instituir por tal fato? A opção, assim como, em certos casos, na escolha entre taxa e preço público, é de natureza política. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, com o voto de Aliomar Baleeiro, ao apreciar R. E. Sobre a Taxa de Calçamento de Ruas do Município de Abaeté (SP).

Também das contribuições ditas parafiscais se afastam as taxas por se destinarem aquelas a entidades que não integram a estrutura do Estado, configurando intervenção no domínio econômico ou contribuição no interesse de categorias econômicas ou profissionais ou de previdência social.

Considerações finais

A Ciência do Direito está incluída entre aquelas que comportam uma inesgotável gama de pesquisas, a cujos resultados se somam, sempre, parcelas, maiores ou menores, de conhecimentos sobre aspectos não analisados pelos estudiosos da matéria.

No caso particular do Direito Tributário, sistematizado no Brasil somente a partir de 1966, essa possibilidade de descobertas torna-se ainda bem mais ampla.

O autor, se outro não tivesse, teve o indiscutível mérito de ler, selecionar, anotar e, agora, divulgar os resultados obtidos, com a pretensão de acrescentar sua colaboração em meio a tantos e tão valiosos trabalhos já existentes sobre taxa. Esperamos lhe tenha sido útil de alguma forma.

(32) MORAES, Bernardo Ribeiro de, cit., p. 89.

BIBLIOGRAFIA

- ATALIBA, Geraldo, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.
- AYALA, Perez de, *Derecho Tributario, Editorial de Derecho Financiero*, Madri, 1968.
- BALEEIRO, Allomar, *Direito Tributário Brasileiro*, 1ª edição, Forense, Rio, 1970.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo, El Ateneo*, Buenos Aires, 1974, tomo IV.
- GARCIA, Plínio Gustavo Prado, *Taxa ou Preço Público (A Defesa do Consumidor)*, Resenha Tributária, São Paulo, 1985.
- GIANNINI, Achille Donato, *Instituciones de Derecho Tributario, Editorial de Derecho Financiero*, Madri, 1957.
- GRECO, Marco Aurélio, *Taxa e Preço Público*, Revista dos Tribunais, 1981.
- MICHELI, Gian Antonio, *Curso de Derecho Administrativo, Editoriales de Derecho Reunidas*, Madri, 1975.
- MONTEIRO DE BARROS FILHO, Theotonio, *As taxas e seus Principais Problemas Teóricos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1941.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Doutrina e Prática das Taxas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.
- NASCIMENTO, Antonio Theodoro, *Preços, Taxas e Parafiscalidade*, Forense, Rio de Janeiro, Coleção Tratado de Direito Tributário, 1977.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues, *Capacidade Contributiva*, Editora Renovar, Rio, 1988.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Taxas de Polícia*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- SOUZA, Rubens Gomes de, *Compêndio de Legislação Tributária*, 3ª edição, Edições Financeiras S/A, Rio de Janeiro, 1960.
- TEIXEIRA, Antonio Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985.
- TORRES, Ricardo Lobo, *Sistemas Constitucionais Tributários*, Forense, 1986.
- VILLEGAS, Hector, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Coleção Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Portugal, 1981.

Incentivos fiscais para o desporto

(Lei nº 7.752/89)

ÁLVARO MELO FILHO

Membro do Conselho Nacional de Desportos. Advogado e Professor Universitário.

"Os abatimentos e deduções contribuem para encorajar e motivar uma participação ativa dos cidadãos e das empresas na vida desportiva nacional."

J. L. LENCLOS

(in "La fiscalité dans le domaine du sport")

A magnitude do desporto — dimensão essencial da educação e da cultura — exsurge, no plano individual, quando propicia o desenvolvimento da vontade, das atitudes e do domínio de si mesmo de cada ser humano, e, no âmbito social, quando enseja a aproximação entre os povos e as pessoas, além de incitar a solidariedade, a fraternidade, o respeito e a compreensão mútuos, reforçando, numa perspectiva humanista, os valores permanentes do homem e da sociedade.

Inobstante tal relevância do desporto, constitui drama visível a olho nu que aflige, indistintamente, a todas entidades desportivas do país — confederações, federações, ligas e associações — a peregrinação constante e ininterrupta de seus dirigentes, técnicos e atletas em busca de verbas e recursos para realizar e/ou disputar eventos locais, regionais, nacionais ou internacionais que realçam o caráter competitivo, educacional ou participativo do desporto.

Longe de pretender ampliar a retórica dominante, impende salientar-se que o regime autoritário trouxe, com ele, a exacerbação da função paternalista estatal, sedimentando a idéia de que é o Estado, e só o Estado, que deve sustentar o desporto, olvidando a concepção ainda não acolhida pela men-

talidade nacional, segundo a qual iniciativa privada e interesse social trabalham muito bem de mãos dadas.

Dentro desta ótica faz-se mister estimular, didaticamente, o povo brasileiro a se tornar responsável ele próprio, diretamente e sem maiores entraves burocráticos, pelo Desporto, ficando o Estado apenas como regulador do processo, corrigindo as distorções onde as houver e auxiliando os setores desportivos mais carentes. Somente através dessa linha de participação e de pluralismo onde "os financiadores desse novo surgimento sejam a própria sociedade brasileira, do indivíduo comum à grande empresa, conseguir-se-á erradicar o caráter acessório a que foi relegado o desporto no Brasil, adequando-o às exigências e contemporaneidade da vida nacional, além de resgatar a enorme dívida social para com o desporto brasileiro".

Pos isso, o intuito de criar mecanismos realistas e pragmáticos para superar as restrições de caráter financeiro que tolhem o desenvolvimento do desporto, o Congresso Nacional aprovou a Lei n.º 7.752/89 — sugerida pelo Autor, desde 1986, às págs. 111/115 do livro *Direito Desportivo Atual*, Forense, Rio — em cujo anteprojeto já estavam cristalizados os benefícios fiscais e estímulos específicos direcionados para o campo dos desportos, agora transformados em lei aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, regulamentada por decreto presidencial e normativos infralegais editados pelo CND.

Aduz-se, por oportuno, que os *estímulos fiscais* para o desporto comportam-se como autêntico *investimento social*, conquanto se trata de medida necessária à saúde, de grande efeito na prevenção de atitudes anti-sociais ao propiciar novas formas de convivência e integração social, evidenciando-se como "a mais econômica forma de medicina social".

Sem dúvida, o gasto com o desporto é investimento social, pois contribui, significativamente, para reduzir o número de leitos nos hospitais e de cárceres nos presídios. Do ponto de vista econômico, estes *incentivos fiscais* para o desporto configuram-se também como investimento, não só gerando mais empregos para o já expressivo contingente de profissionais envolvidos na área e vinculados à indústria do desporto (bens e serviços), bem como aumentando as exportações do setor desportivo. A par disso, com estes benefícios fiscais para o desporto fica assegurada a conjugação e operacionalização do direito à educação, direito à cultura, direito à saúde e direito ao lazer do povo brasileiro.

Com a corajosa e saudável derrubada do veto presidencial e conseqüente aprovação da Lei n.º 7.752-89 e do Decreto n.º 98.595-89, há de reportar-se os seguintes aspectos:

- a) deve-se criar e estabelecer critérios transparentes e mecanismo de controle de alocação de recursos decorrentes da instituição de benefícios fiscais na área desportiva, de modo a não torná-los vulneráveis a fraudes e desvios, seja porque comprometem a

credibilidade da área desportiva, seja porque implicam em pesadas apenações fiscais e sanções penais previstas na própria lei;

b) como outras leis instituidoras de incentivos fiscais, contempla a Lei n.º 7.752-89 um aspecto inovador no campo jurídico. Ao invés de impor uma determinada conduta, cuja desobediência importaria numa sanção, trata de condicionar o comportamento através de um estímulo encorajador, que pode ser formulado mediante a máxima: aplique no desporto e pague menos imposto;

c) este novo diploma legal induz a uma maior conscientização dos empresários quanto à responsabilidade social da empresa, sem afastamento radical da natureza habitual de suas atividades, propiciando uma maior utilização do desporto como instrumento de marketing, que pode não trazer lucros diretos e imediatos, mas, os benefícios indiretos e a médio prazo são incalculáveis. Investir em desporto é imprescindível para a formação de uma imagem, para abrir portas do mercado para os produtos da empresa e consolidar um bom relacionamento com a sociedade.

A propósito, a perspectiva que ora se descerra com a Lei n.º 7.752-89 vem somar-se a iniciativas outras, já existentes, promovidas pelos próprios empresários independentemente de benefícios fiscais, que vêm aplicando e investindo no desporto e que o marketing moderno tem mostrado compensador.

Pragmaticamente, a Lei n.º 7.752-89 estabelece 3 (três) tipos de operações: as doações, os patrocínios e os investimentos realizados ou a favor da pessoa jurídica de natureza desportiva, com ou sem fins lucrativos, cadastrada no Ministério da Educação, sendo que os incentivos não excluem, ou reduzem, outros favores fiscais da espécie, fixados em leis próprias.

Impende assinalar que a *pessoa jurídica de natureza desportiva* a que se refere o art. 1.º da Lei n.º 7.752-89 teve sua conceituação legal estatuída no art. 3.º do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 98.595-89, *verbis*:

“Art. 3.º — Pessoa jurídica de natureza desportiva é o órgão público, ou a entidade privada, com fins lucrativos, ou sem eles, que tenha como objetivo social prevalente, efetivamente realizado e explicitado em seu ato de criação, a prática, a administração, o ensino ou a pesquisa desportiva.”

Verifica-se, então, que a configuração da pessoa jurídica, de natureza desportiva, afasta-se dos parâmetros tradicionais, para albergar não apenas as instituições desportivas que tenham obtido inscrição no Registro Público, como também congrega os órgãos públicos — mesmo sem personalidade jurídica — que atuam nas esferas municipais, estaduais ou federal e cuja finalidade seja “a prática, a administração, o ensino ou a pesquisa desportiva”.

Em se tratando de *doação*, figura típica do direito civil caracterizada como ato de liberalidade realizado por alguém em favor de outrem pelo qual se dá, *inter vivos*, uma transferência definitiva de bens ou numerário, por via de instrumento formalizado onde se declare a irreversibilidade do ato, o que possibilita:

a) para a pessoa física, até 100% de abatimento do valor da doação ou fomento às categorias desportivas inferiores (até juniores), observado o limite de 10% da renda bruta (v. art. 2.º da Lei n.º 7.988-89);

b) para a pessoa jurídica, respeitado o limite de 4% do imposto devido, permite-se a dedução do *quantum* devido até 100% do valor da doação, ou, do fomento às categorias desportivas inferiores, até juniores (v. art. 2.º da Lei n.º 7.988-89).

Para usufruir dos benefícios fiscais, é preciso que o doador expressamente declare no instrumento de doação que a mesma é feita de forma irreversível (Lei n.º 7.752, art. 3.º, § 1.º), sem o que não há como cogitar de *definitividade* da transferência de bens ou numerário, exigindo-se ainda, como condição essencial, que a aplicação do objeto doado se faça em atividades desportivas.

É requisito inafastável e básico à validade da doação que o instrumento respectivo seja levado ao Cartório de Registro de Imóveis, qualquer que seja o valor do *imóvel*, ou, que seja inscrito no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, na hipótese de bem *móvel* de valor superior a 10.000 (dez mil) BTN.

Fica a critério do Ministério da Educação ou do Ministério da Fazenda “determinar a realização de perícia para apurar a autenticidade ou o valor do bem doado” (art. 13 do Decreto n.º 98.595-89). Se inferior o valor apurado pela perícia, as despesas decorrentes da avaliação serão de responsabilidade do doador que superestimou o valor do bem.

Por força do art. 6.º do Decreto n.º 98.595-89 “quando pagas pela pessoa jurídica doadora, são dedutíveis como despesas operacionais, somando-se, para fins do benefício fiscal, o valor das *doações* referentes:

I — a remuneração do perito que venha, por iniciativa prévia do doador, avaliar os bens doados;

II — os tributos incidentes sobre doação, inclusive o imposto de transmissão;

III — as despesas relativas a frete ou carreto e seguro do bem doado, desde o local de origem até o local de destino;

IV — as despesas com embalagem e remoção do bem doado, bem como a sua instalação no local a ele destinado;

V — as despesas cartoriais, relativas ao registro, translados e certidões, das operações de doação.

No caso de *patrocínio*, que é a promoção de atividades desportivas sem proveito pecuniário ou patrimonial direto para o patrocinador, enseja-se:

a) para a pessoa física, os mesmos benefícios previstos no caso de doação, só que restrito até 80% do valor gasto no *patrocínio*, sendo que sua dedução não poderá exceder a 5% do imposto a pagar (v. parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 7.988-89);

b) para a pessoa jurídica, idênticos estímulos outorgados na hipótese de doação, adstrito até 80% do valor aplicado no *patrocínio* (v. art. 2.º da Lei n.º 7.988-89).

Depreende-se da legislação (art. 5.º da Lei n.º 7.752-89 e art. 11, II, do Decreto n.º 98.595-89) que o *patrocínio* não pode ser indefinido, vago ou indeterminado, incentivando-se o *patrocínio* direto, certo e vinculado a determinada atividade desportiva em concreto. Este *patrocínio* deve contar com uma pessoa jurídica de natureza desportiva na relação ou elo de atividade ou evento que se deseja patrocinar, através de despesas com a promoção ou publicidade.

O art. 15 do Decreto n.º 98.595-89 dispõe que “o *patrocínio* admite o proveito *indireto* decorrente da divulgação da denominação ou marca da pessoa jurídica patrocinadora, ou de seus produtos ou serviços, nos termos autorizados pelas normas desportivas nacionais e internacionais”.

Desse modo, no *patrocínio*, veda-se o “proveito pecuniário ou patrimonial direto para o patrocinador”, mas admite-se expressamente o proveito indireto: divulgação da denominação ou da marca do fabricante, do produto ou dos serviços da pessoa jurídica patrocinadora.

Infere-se destes esclarecimentos que o aplicador, na *doação*, aproveita a aplicação por inteiro (100% para pessoa física e 50% para pessoa jurídica) mas não pode ter nenhum proveito além do próprio incentivo; no *patrocínio*, ao contrário, beneficia-se tão-somente de 80% para pessoa física e 40% para pessoa jurídica, porém pode ter proveito indireto. No entanto, para estimular a *continuidade* no *patrocínio* de atividades desportivas, tal incentivo será elevado em 5% a cada exercício social ininterrupto que o contribuinte patrocinar eventos desportivos até atingir o limite de 25%, como assegura o § 7.º do art. 1.º da Lei n.º 7.752-89, combinado com o art. 2.º da Lei n.º 7.988-89.

De toda sorte a pessoa jurídica desportiva deverá possuir controles próprios, nos seus livros contábeis, onde registre de forma destacada os custos e as receitas de eventos patrocinados, bem como manter em seu poder todos os documentos *comprobatórios* a eles relativos, de forma a permitir a verificação e a autenticidade das informações prestadas.

Há de realçar-se, outrossim, que as empresas que não se valerem da modalidade direta de aplicação, ou seja, abster-se, no período-base, de utilizar-se dos benefícios e favores concedidos pela Lei n.º 7.752-89, com as reduções impingidas pela Lei n.º 7.988-89 respeitado o limite de 25% de redutibilidade do imposto devido pela pessoa jurídica, poderão optar pela dedução de até 2,5% do imposto devido, montante este destinado ao Fundo de Promoção do Esporte Amador, gerido pelo Conselho Nacional de Desportos. Vale dizer, o CND, além de órgão normativo do sistema desportivo nacional, passa agora a ser o administrador dos recursos alocados ao Fundo de Promoção do Esporte Amador, ou desporto *não profissional*, na terminologia atualizada da Constituição Federal (art. 217, III).

Alerte-se que este Fundo de Promoção do Esporte Amador poderá ser reforçado em duas hipóteses previstas no Decreto n.º 98.595-89:

Art. 27 — Ocorrendo perda das quantias em favor da União, como consequência da decisão judicial condenatória (art. 91, inciso II, do Código Penal), a autoridade administrativa que as receber destiná-las-á ao Fundo de Promoção do Esporte Amador, para aplicação nas finalidades que lhes são próprias.

Art. 32 — Se, por justa causa, a entidade beneficiária estiver impossibilitada de dar às quantias recebidas a destinação desportiva devida, ser-lhe-á facultado regularizar a situação, incorporando-as ao Fundo de Promoção do Esporte Amador.

Aliás, por ter sido o Fundo de Promoção do Esporte Amador criado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se submete à ratificação pelo Congresso Nacional no prazo de 2 (dois) anos (art. 36 do ADCT), além do que é resultante de isenções fiscais que passam a integrar patrimônio privado, respeitadas as reduções dos incentivos fiscais fixados na Lei n.º 7.988-89.

O rol de *atividades desportivas*, no que concerne a *doações e patrocínios*, propiciadores dos abatimentos e deduções já explicitados, constam de um elenco arrolado no art. 2.º da Lei n.º 7.752-89:

Art. 2.º — Para os objetivos da presente lei, consideram-se atividades desportivas:

I — a formação desportiva, escolar e universitária;

II — o desenvolvimento de programas desportivos para o menor carente, o idoso e o deficiente físico;

III — o desenvolvimento de programas desportivos nas próprias empresas em benefícios de seus empregados e respectivos familiares;

IV — conceder prêmios a atletas nacionais em torneios e competições realizados no Brasil;

V — doar bens móveis ou imóveis a pessoa jurídica de natureza desportiva, cadastrada no Ministério da Educação;

VI — o patrocínio de torneios, campeonatos e competições desportivas amadoras;

VII — distribuição gratuita de ingressos, adquiridos para esse fim, de espetáculos desportivos;

VIII — doação de material desportivo para entidade de natureza desportiva;

IX — prática de jogo de xadrez;

X — doação de passagens aéreas para que atletas brasileiros possam competir no exterior;

XI — outras atividades assim consideradas pelo Ministério da Educação.

As atividades desportivas constantes dos incisos I a XI retrotranscritos tiveram o sentido e alcance fixados na Instrução Normativa n.º 003, aprovada pela Portaria n.º 4 do CND (DOU de 2-1-90) que assim as caracterizou, individualmente, nos arts. 2.º a 11, *verbis*:

Art. 2.º — Entende-se por formação desportiva, escolar e universitária, as atividades desportivas caracterizadas como desporto educacional, isto é, aqueles promovidos pelos sistemas de ensino, na escola, em ambiências do ensino básico e do superior, em outros ambientes, evitando a seletividade e a hipercompetitividade de seus praticantes, e tendo como finalidade a formação para a cidadania e o lazer (inciso I, art. 2.º)

Art. 3.º — Entende-se por desenvolvimento de programas desportivos para o menor carente, o idoso e o deficiente físico as atividades desportivas desenvolvidas objetivando interatuar com outras ações que evitem o desvio do menor em estado de carência; que preencham o tempo livre do idoso e que busquem a integração dos portadores de deficiência na vida social.

Art. 4.º — Entende-se por “desenvolvimento de programas desportivos nas próprias empresas em benefício de seus empregados e respectivos familiares” os programas desenvolvidos no âmbito das empresas, através de associação desportiva das mesmas, que envolvam empregados e respectivos parentes.

Art. 5.º — Entende-se por “conceder prêmios a atletas nacionais em torneios e competições desportivas realizados no Brasil” a concessão (doação) de troféus, medalhas ou congêneres, a atletas ou equipes nacionais, em competições constantes dos calendários oficiais das entidades desportivas de direção, aprovados por quem de direito, proibida, em qualquer hipótese, denominação que identifique o prêmio com a pessoa física ou jurídica.

Art. 6.º — Entende-se por “doar bens ou imóveis a pessoa jurídica de natureza desportiva, cadastrada no Ministério da Educação” a doação de áreas para futuras instalações desportivas, equipamentos desportivos e obras de arte de natureza desportiva.

Art. 7.º — Entende-se por “o patrocínio de torneios, campeonatos e competições desportivas amadoras” a realização de despesas a favor de pessoa jurídica de natureza desportiva, sem proveito pecuniário ou patrimonial direto para patrocinador, mas com a promoção em si, ou a publicidade desses eventos desportivos, respitada a legislação específica sobre publicidade.

Parágrafo único — Os eventos desportivos possíveis de serem patrocinados serão:

I — no esporte formal: aqueles constantes dos calendários desportivos não-profissionais, aprovados por quem de direito;

II — no esporte não-formal: aqueles constantes dos programas elaborados pelas instituições responsáveis pelo esporte não formal;

III — no esporte educacional e universitário: aqueles previstos nos calendários escolares e universitários;

IV — no esporte militar: aqueles previstos nos calendários desportivos das Forças Armadas e Auxiliares.

Art. 8.º — Entende-se por “erigir ginásios, estádios e locais para a prática do desporto”, a construção de instalações desportivas para as diversas práticas desportivas formais e não-formais existentes e, desde que sejam doados para órgãos públicos ou entidades sem fins lucrativos.

Art. 9.º — Entende-se por “doação de material desportivo para a entidade de natureza desportiva” a transferência de material desportivo para apoio às práticas desportivas formais e não-formais, desenvolvidas por entidades sem fins lucrativos, sem proveito pecuniário ou patrimonial para o doador.

Art. 10 — Entende-se por “prática do jogo de xadrez”, todas as práticas desportivas formais e não-formais desta modalidade, passíveis de incentivo por doação e patrocínio.

Art. 11 — Entende-se por “doação de passagens aéreas para que atletas brasileiros possam competir no exterior”, o fornecimento de passagens para atletas integrantes de delegações brasileiras que representam o país em competição internacional constante do calendário desportivo oficial, aprovado pelo Conselho Nacional de Desportos.

A estas 10 (dez) hipóteses específicas, minudentemente explicitadas, podem ser adicionadas a esta lista outras atividades que sejam consideradas desportivas pelo MEC contrariando, de certo modo, um princípio de direito tributário segundo o qual as leis que concedem isenções ou benefícios fiscais devem ser interpretadas de modo restritivo e literal, vale dizer, o elenco de atividades desportivas beneficiárias deveria ser exaustivo.

A propósito, o Conselho Nacional de Desportos, no uso de atribuição outorgada pelo Ministério da Educação (art. 2.º, inc. XI da Lei n.º 7.752) através da Portaria n.º 05 (DOU 2-1-90), dilargou o rol de *atividades desportivas* para fins de benefícios fiscais, insculpindo e aduzindo no art. 2.º da Instrução Normativa n.º 004 as seguintes *atividades* que passam a ser consideradas, também *desportivas*, beneficiando-as com legislação incentivadora fiscal *sub examem*:

I — concessão de bolsas de estudo e de pesquisa para atletas, técnicos e demais profissionais do setor desportivo, como forma de incentivo à sua capacitação;

II — patrocínio de pesquisas relacionadas às ciências do esporte;

III — edição por entidades sem fins lucrativos, de obras literárias, vídeos, filmes e outras formas de reprodução fonovideográficas, relacionadas ao desporto;

IV — fornecimento de recursos para cursos de formação e capacitação de recursos humanos, congressos, seminários, simpósios, conferências, encontros ou congêneres, relacionados à área do desporto, desenvolvido por entidades sem fins lucrativos;

V — patrocínio de exposições de equipamentos e material desportivo organizadas por entidades sem fins lucrativos;

VI — fornecimento de recursos para organização e manutenção de museus, bibliotecas e centros de informação e documen-

tação, relacionados ao desporto, localizados ou vinculados a entidades sem fins lucrativos;

VII — campanhas para promoção de prática de atividades desportivas, desenvolvidas por entidades sem fins lucrativos.

Cumpra-se que na definição das atividades desportivas complementares (Lei n.º 7.752, art. 2.º, XI), o CND buscou sua racionalização e ordenamento, de forma a melhor atender às exigências das políticas desportivas do país e a facilitar a compreensão e envolvimento dos usuários potenciais dos incentivos ao desporto (art. 35 do Decreto n.º 98.595/89).

Acresça-se que por força do art. 34 do Decreto n.º 98.595/89 as atividades desportivas incentivadas abrangem “qualquer das formas de manifestação desportiva reconhecidas em lei” que, nomeadamente são desporto-competição, desporto-educação e desporto-participação, caracterizadas nas Recomendações n.º 1, 2 e 3, de 1986, do Conselho Nacional de Desportos, e cristalizadas, de certo modo, pelo art. 217 da vigente Constituição Federal.

Quanto a *investimento* — que a lei define como aplicação de bens ou numerário com proveito patrimonial direto para o investidor —, permite às pessoas físicas e jurídicas os mesmos benefícios estatuidos para a doação, só que em percentual limitado a até 50% (pessoa física) e 25% (pessoa jurídica) do valor do investimento econômico-financeiro nas atividades expressa e exaustivamente albergadas e fixadas no art. 4.º da Lei n.º 7.752-89 a saber:

I — participação em títulos patrimoniais de associações, ou em ações nominativas preferenciais sem direito a voto, quotas do capital social ou de participações de sociedades que tenham por finalidade as atividades referidas no art. 2.º desta lei, e produções desportivas.

§ 1.º — As participações de que trata este artigo dar-se-ão, sempre, em pessoas jurídicas que tenham sede no País.

§ 2.º — As ações ou quotas, adquiridas nos termos desta lei, ficarão inalienáveis, não podendo ser utilizadas para fins de caução, ou qualquer outra forma de garantia, pelo prazo de 5 (cinco) anos. As restrições deste parágrafo compreendem também o compromisso de compra e venda, a cessão de direito à sua aquisição e qualquer outro contrato que tenha por objetivo o bem ou implique sua alienação, mesmo que futura.

§ 3.º — As quotas de participação são estranhas ao capital social e:

a) conferem a seus titulares o direito de participar do lucro líquido da sociedade nas condições estipuladas no estatuto ou contrato social;

b) poderão ser resgatadas, nas condições previstas no estatuto ou contrato social, com os recursos de provisão formados com parcela do lucro líquido anual;

c) não conferem aos titulares direito de sócio ou acionista, salvo o de fiscalizar, nos termos da lei, os atos dos administradores da sociedade.

§ 4.º — O capital contribuído por seus subscritores é inexistível mas, em caso de liquidação da sociedade, será reembolsado aos titulares antes das ações ou quotas do capital social.

Note-se que são múltiplas as modalidades de investimento incentivado (títulos patrimoniais, ações nominativas preferenciais sem direito a voto, quotas de capital social e quotas de participação societária) que devem contemplar, tão somente, pessoas jurídicas sediadas no País. Demais disso, os investimentos na aquisição de ações ou quotas devem ficar inalienáveis e impenhoráveis por 5 (cinco) anos, tempo mínimo reputado necessário pela lei para ensejar sua livre negociação, evitando, desse modo, investimentos meramente transitórios ou formais, com intuito de lesar o Fisco, sem trazer qualquer benefício para a pessoa jurídica desportiva.

Outrossim, permite o art. 6.º da lei incentivadora do desporto que as instituições financeiras públicas e privadas, ou seja, os bancos, com os benefícios fiscais obtidos em razão da Lei n.º 7.752/89, de acordo com normas expedidas pelo BACEN, possam constituir carteira especial destinada exclusivamente a financiar, apenas com a cobertura dos custos operacionais, os investimentos nas atividades desportivas já conceituadas, investimentos estes cuja escrituração em contas próprias no ativo permanente, far-se-á nos termos do art. 179, III da Lei n.º 6.404/76.

Em contrapartida, no seu art. 7.º, a lei proíbe expressamente o pagamento de “qualquer tipo de intermediação ou corretagem”. Acredita-se, no entanto, que não configura tal tipo de atividade a elaboração de projetos necessários à obtenção ou realização de doações, patrocínios ou investimentos, o que permite incluir nos incentivos despesas e contribuições para esse fim, como por exemplo, o pagamento a terceiros que prestem assessoria a empresa na elaboração (mas não na execução) das atividades desportivas beneficiadas pela lei.

Salvo o desenvolvimento de programas desportivos nas próprias empresas em benefício de seus empregados e respectivos familiares, a Lei n.º 7.752-89 veda a doação, o patrocínio e o investimento pelo contribuinte a pessoa a ele vinculada. E o parágrafo único do art. 9.º da referida lei considera vinculada ao contribuinte:

a) a pessoa jurídica da qual o contribuinte, seja titular, administrador, acionista, ou sócio à data da operação, ou nos 12 (doze) meses anteriores;

b) o cônjuge, os parentes até o 3.º (terceiro) grau, inclusive os afins, e os dependentes do contribuinte ou dos titulares, administradores, acionistas ou sócios de pessoa jurídica vinculada ao contribuinte nos termos da alínea anterior;

c) o sócio, mesmo quando outra pessoa jurídica.

Essa previsão da lei, na prática, inibe a possibilidade de formação de empresas subsidiárias ou coligadas desportivas, o que seria alternativa extremamente válida, dependendo do montante que se quisesse aportar para uma determinada atividade desportiva.

No entanto, para amenizar tais restrições que geram complicações e perplexidades, adotou-se, na regulamentação da Lei n.º 7.752/89, mais especificamente no art. 24, § 2.º do Decreto n.º 98.595/89 que não se consideram vinculados:

a) fundações ou associações cadastradas no Ministério da Educação, instituídas pela pessoa jurídica doadora ou patrocinadora, desde que não distribuam lucros ou bens, sob nenhum pretexto, aos seus instituidores ou mantenedores, nem remunerem, a qualquer título, seus dirigentes e membros de seus conselhos;

b) a pessoa jurídica de natureza desportiva, cadastrada no Ministério da Educação, desde que a participação societária se tenha originado de investimento decorrente da Lei n.º 7.752/89 e que a pessoa jurídica investidora não detenha ou venha a deter, pelo o novo investimento, mais de dez por cento do capital social da empresa.

Na operacionalização dos benefícios fiscais impende não olvidar algumas normas gerais e diretrizes fixadas na Lei n.º 7.752/89 e em sua regulamentação:

a) os beneficiários dos incentivos que trata esta lei deverão comunicar os aportes financeiros recebidos e comprovar sua aplicação ao Ministério da Educação a quem incumbirá a fiscalização (art. 8.º e parágrafo único da Lei n.º 7.752/89);

b) as operações superiores a 4.000 (quatro mil) BTN deverão ser previamente comunicadas, pelo doador, patrocinador ou investidor, aos Ministérios da Fazenda e da Educação, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, para fins de registro e fiscalização, cabendo ao Ministério da Educação certificar a realização de atividades incentivadas (art. 25, § 2.º do Decreto n.º 98.595/89);

c) exige-se que os valores recebidos em decorrência de doação, patrocínio ou investimento sejam depositados em conta ban-

cária especial pela entidade beneficiária e por ela registrados em sua contabilidade, em livros próprios, de forma destacada (art. 26 do Decreto n.º 98.595/89);

d) a entidade beneficiária de doações ou investimentos, efetuados em espécie, deverá aplicar as quantias recebidas em prazo que não ultrapasse o encerramento de exercício financeiro posterior ao seu recebimento, permitindo-se que o Ministério da Educação prorrogue este prazo de aplicação, a pedido da entidade beneficiada com a doação ou o investimento (arts. 30 e 31 do Decreto n.º 98.595/89).

Desbordando do âmbito de incentivos na área do imposto de renda, esta "Lei Áurea do Desporto Brasileiro" vai mais além para isentar os atletas de tributos, impostos extraordinários, empréstimos compulsórios ou quaisquer encargos financeiros sobre passagens e vendas de câmbio para viagens internacionais, desde que haja a prévia aprovação do Conselho Nacional de Desportos por se tratar de competição em caráter oficial (art. 12).

Outrossim, a isenção do Imposto de Importação à pessoa jurídica de natureza desportiva na aquisição de equipamentos e materiais desportivos de fabricação estrangeira, para uso próprio e sem similar nacional (art. 14) foi transformada em redução de 50% do referido imposto, consoante se vê do art. 5.º, II da Lei n.º 7.988/89.

A eficácia destas normas isentivas resultarão num contributo mínimo indispensável a uma performance condigna das representações nacionais no chamado desporto-competição de alto rendimento, nos casos específicos das disputas de nível olímpico, mundial e continental. Outrossim, não se pode olvidar o efeito-imitação do desporto de alto rendimento, repercutindo na popularidade e na multiplicação do número de participantes no desporto, realçando um interesse nacional na ação do Estado, conquanto a evolução de qualquer desporto resulta do exemplo vivo do craque, do ídolo da garotada nas quadras, campos e pistas.

O legislador no art. 14 não olvidou de fazer a tipificação penal para alcançar todos os envolvidos na utilização de meios fraudulentos para reduzir o imposto de renda ou usufruir de outros benefícios da Lei n.º 7.752-89, o que implica em "crime punível com detenção de 1 a 2 anos e multa". No "caso de pessoa jurídica, respondem pelo crime o acionista controlador e os administradores, que para ele efetivamente tenham concorrido". Sujeita-se à mesma pena "aquele que, recebendo recursos, bens ou valores, em função desta lei, deixe de promover, sem justa causa, atividade desportiva objeto de incentivo".

Aduza-se que, se as entidades beneficiárias de doações ou investimentos não aplicarem as quantias recebidas até o exercício financeiro posterior ao do seu recebimento, ou não obtiverem prorrogação de prazo pelo Ministério

da Educação, ou seja, se não derem às quantias a destinação desportiva devida ou fizerem a aplicação tempestiva, a autoridade administrativa que tomar conhecimento do fato comunica-lo-á a Ministério Público, para dar iniciativa às providências penais cabíveis (art. 33 do Decreto n.º 98.595/89).

No intuito de facilitar aplicabilidade imediata dos benefícios fiscais trazidos pela Lei n.º 7.752/89 e Decreto n.º 98.595/89, transcreve-se os práticos e objetivos dispositivos regulamentares sobre Cadastramento das pessoas jurídicas desportivas, passo inicial e pré-requisito para que tais incentivos fiscais saiam da retórica para a prática, integrando-se no dia-a-dia do desporto nacional, regras estas corporificadas na Instrução Normativa n.º 01, de 27-12-89 do CND, publicada no *DOU* de 2-1-90:

Art. 1.º — O Cadastramento de pessoas jurídicas de natureza desportiva, para efeito de aplicação de benefícios fiscais na área do Imposto sobre a renda obedecerá ao disposto na Lei n.º 7.752, de 14 de abril de 1989, no Decreto n.º 90.595, de 18 de dezembro de 1989, e nestas instruções.

Art. 2.º — São equiparadas às pessoas jurídicas de natureza desportiva:

I — os órgãos públicos, sem personalidade jurídica própria, com finalidade prevalente de supervisão, direção ou normalização, de atividades desportivas, ou de gestão dos programas governamentais voltados para o desporto;

II — os segmentos organizacionais, universitários destinados à formação de recursos humanos para o desporto, e a realização de pesquisas no campo desportivo e a realização de programas de extensão na área do desporto.

Parágrafo único — As entidades previstas neste artigo inscrever-se-ão com o número do CGC do órgão ou entidade com personalidade jurídica a que estejam subordinadas.

Art. 3.º — O pedido de inscrição no Registro Nacional de Entidades Desportivas — REDE, será encaminhado, por ofício dirigido ao Presidente do Conselho Nacional de Desportos — CND acompanhado de toda a documentação prevista no art. 4.º, parágrafo único — a documentação de que trata este artigo será apresentada diretamente, ou remetida por via postal, ao Conselho Nacional de Desportos, situado no Setor de Autarquias Sul — SAS, quadra 1, bloco “A”, 9.º andar; edifício Minter (antigo); CEP 70070; Brasília — DF; ou à instituição que tenha delegação de competência do CND para recebê-la.

Art. 4.º — O ofício de solicitação de cadastramento será acompanhado necessariamente, dos seguintes documentos:

I — formulário do Pedido de Cadastramento, em duas vias (modelo próprio);

II — contrato ou estatuto atualizado e registrado no órgão competente ou cópia autenticada e, no caso de órgão público, cópia do ato de criação publicado na imprensa oficial;

III — cópia do Cartão de Inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda;

IV — cópia das declarações de rendimentos dos dois últimos exercícios financeiros;

V — comprovante de regularidade das contribuições para a seguridade social;

VI — atestado de atividades desportivas, passado pelo Conselho Regional de Desportos da Unidade da Federação;

VII — alvará de localização;

VIII — alvará desportivo atualizado, emitido pelo Conselho Nacional de Desportos ou Conselho Regional de Desportos, de acordo com as normas em vigor, apenas para as entidades integrantes do Sistema Desportivo Nacional.

§ 1.º — O CND só constituirá processo dos pedidos que estiverem instruídos com toda a documentação exigida.

§ 2.º — Formalizado o processo, o CND devolverá à entidade interessada a segunda via do Pedido de Cadastramento (item I).

§ 3.º — As entidades constituídas antes de 18 de abril de 1989 com menos de dois anos de existência legal, deverão apresentar cópia de declaração de rendimentos de, no mínimo, um exercício financeiro.

§ 4.º — Os formulários do Pedido de Cadastramento poderão ser obtidos nas sedes dos CND e Conselhos Regionais de Desportos.

Art. 5.º — Durante os procedimentos de análises das solicitações de inscrição, os técnicos do CND poderão solicitar informações adicionais aos interessados, com vistas ao esclarecimento de questões julgadas importantes para a concessão.

Art. 6.º — As entidades cadastradas no REDE como pessoa jurídica de natureza desportiva receberão, no CND, Certificado

de Registro Específico em modelo exclusivo, declarando essa condição, o qual será o único documento hábil para obtenção dos benefícios fiscais concedidos pela Lei n.º 7.752, de 14 de abril de 1989.

§ 1.º — Em nenhuma hipótese serão concedidos registros a título precário ou expedidos documentos provisórios de cadastramento.

§ 2.º — O documento de protocolo dos pedidos de inscrição no REDE e a segunda via do Pedido de Cadastramento não constituem documentos hábeis à obtenção dos benefícios fiscais ao desporto previstos na lei.

Art. 7.º — São considerados inexistentes ou nulos para os efeitos da Lei n.º 7.752/89, quaisquer registros já efetuados pelo Conselho Nacional de Desportos, referentes ao Registro Nacional de Entidades Desportivas de que trata o Decreto n.º 80.228/77.

Art. 8.º — Em caso de extravio do Certificado de Registro a entidade correspondente encaminhará ao CND, detalhadamente, a comunicação do fato com a respectiva explicação, anexando-lhe publicação da declaração da perda na imprensa diária, ou cópia da ocorrência policial em caso de furto ou roubo.

§ 1.º — A expedição de novo Certificado de Registro obedecerá a todas as exigências previstas para as situações rotineiras.

§ 2.º — Configurada negligência na perda do Certificado de Registro, a entidade faltosa terá cancelada definitivamente sua inscrição no REDE.

Art. 9.º — Os casos omissos nestas instruções serão resolvidos pelo Presidente do Conselho Nacional de Desportos.

Com esta análise e informações é possível vislumbrar, de logo, que a Lei n.º 7.752/89 e sua regulamentação implicam em renúncia voluntária do Estado na arrecadação de recursos públicos, que *in casu*, tomaram a roupagem de incentivos fiscais específicos para fomentar as atividades desportivas materializando, em parte, o ditame constitucional insculpido no art. 217, II da Lei Maior. Com a legislação fiscal motivadora ilumina-se com novos faróis as práticas desportivas, lança-se sementes fertilizantes no campo desportivo e propicia-se fecunda mutação na política nacional de desportos, estimulando, sobretudo, a mobilização da livre iniciativa para implementar a simbiose desporto-democracia, ou seja, permitindo o acesso universal, equânime e permanente à prática desportiva. Somente assim o desporto poderá, na praxis, categorizar-se como direito do cidadão, converter-se em dever do Estado e transfundir-se em responsabilidade social de todos.

Dificuldades na democratização do Orçamento Público

GILBERTO TRISTÃO

SUMÁRIO

- 1 — *A Lei de diretrizes orçamentárias.*
- 2 — *Participação a nível do Executivo.*
 - 2.1 — *Planejamento e orçamento participativos.*
 - 2.2 — *Lobby.*
 - 2.3 — *Victos no modelo participativo de elaboração orçamentária.*
- 3 — *Participação a nível do Legislativo.*
- 4 — *Participação a nível da sociedade.*
- 5 — *Participação a nível do Judiciário.*
- 6 — *Conclusão.*

As democracias reservam ao Poder Legislativo papel da maior relevância na defesa dos interesses da sociedade, já que ele é o representante do povo na divisão tripartite do poder. No que se refere especificamente ao Orçamento Público no Brasil, o Congresso Nacional deve zelar, dentre outros aspectos, para que a carga tributária se mantenha dentro de limites toleráveis e que seja distribuída adequadamente aos diferentes segmentos da sociedade; o endividamento interno e externo ocorra apenas nos legítimos interesses de financiar ações inadiáveis sob a ótica do crescimento econômico ou do desenvolvimento social; os gastos públicos observem as prioridades nacionais. Compreende-se, ainda, que os senhores Deputados e Senadores

Programa de Pós-Graduação em Administração — UnB.

zelem pelos interesses regionais e locais das comunidades que representam, desde que não percam a visão sistêmica da federação.

Assim sendo, deve competir ao Congresso Nacional não somente o debate e a aprovação do Projeto de Lei Orçamentária enviado pelo Poder Executivo, mas também sua modificação. É sobretudo através da apresentação de Emendas que os parlamentares combatem os excessos tecnocráticos e burocráticos, evitam desequilíbrios, corrigem desvios, reajustam distanciamentos das prioridades, impedem injustiças a grupos sociais e adequam o orçamento aos interesses regionais e locais. Entretanto, a Constituição Federal anterior ⁽¹⁾ tornava inócua a participação do Congresso Nacional no processo de elaboração do Orçamento Geral da União. Ou seja, o dispositivo do parágrafo primeiro do artigo 65 significava, na prática, que os Deputados e Senadores poderiam discutir o Projeto de Lei de Orçamento à vontade, mas não poderiam introduzir-lhe nenhum tipo de modificação, uma vez que a Constituição em vigor vedava a deliberação de Emenda que produzisse "aumento de despesa global ou de cada órgão, fundo, projeto ou programa" ou que lhe modificasse "o montante, a natureza ou o objetivo". Restava-lhes apenas o direito de não aprová-lo, devolvendo-o ao Poder Executivo para reformulações, expediente que nunca foi colocado em prática.

A nova Constituição Federal ⁽²⁾ sanou essa indesejável situação. É evidente que limites foram estabelecidos visando à racionalidade do processo, destacando-se dentre eles o que exige a indicação dos recursos necessários para ocorrer as despesas acarretadas pelas Emendas. Todavia, esses limites não inviabilizam a participação do Congresso Nacional no processo de elaboração do Orçamento Público Federal.

(1) Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969: "Art. 65. É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, autorizem, criem ou aumentem a despesa pública. § 1º Não será objeto de deliberação a emenda de que decorra aumento de despesa global ou de cada órgão, fundo, projeto ou programa, ou que vise a modificar-lhe o montante, a natureza ou o objetivo."

(2) Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988: "Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...) § 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I — sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II — indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou III — sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei."

1. *A Lei de Diretrizes Orçamentárias*

Até o Orçamento de 1989, as Diretrizes Orçamentárias foram elaboradas pela Secretaria de Orçamento e Finanças — SOF — e encaminhadas sob a forma de Exposição de Motivos — E.M. — do Ministro Chefe da Secretaria de Planejamento ao Presidente da República, que deveria apor, no canto superior direito da referida E.M., o seu *Aprovo*. Cumprido o ritual, que dava maior coercitividade ao documento, o Órgão Central do Sistema de Planejamento e Orçamento distribuía aos Órgãos Setoriais a “E.M. de Tetos”, como era conhecida no Sistema Orçamentário, juntamente com os formulários e o Manual Técnico de Orçamento — MTO/02, que continha as instruções para elaboração do orçamento. Cada Órgão Setorial encaminhava essa documentação às suas unidades orçamentárias, iniciando-se o processo de elaboração do Orçamento Geral da União.

A nova Constituição Federal⁽³⁾ transformou as diretrizes orçamentárias em lei de iniciativa do Poder Executivo, sujeita a ritual estabelecido pelo processo legislativo. Enquanto não entrar em vigor a Lei Complementar prevista pelo artigo 165⁽⁴⁾, que disporá sobre a lei de diretrizes orçamentárias, vigorará o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁽⁵⁾. Ele estabelece que o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, portanto, até 15 de abril do ano anterior, àquele para o qual está sendo elaborado o orçamento.

2. *Participação a nível do Executivo*

Neste ano a E.M. n.º 054, de 14 de abril de 1989, assinada pelos Ministros do Planejamento e da Fazenda, submeteu ao Presidente da República o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ele aprovou-o e encaminhou-o ao Congresso Nacional⁽⁶⁾, onde se transformou na Mensagem

(3) Idem, “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I — o plano plurianual; II — as diretrizes orçamentárias; III — os orçamentos anuais.”

(4) Idem, “Art. 165. (...) § 9º Cabe à lei complementar: I — dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;”

(5) Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 5 de outubro de 1988: “Art. 35 (...) § 2º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas: (...) II — o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa; III — o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”

(6) O Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias foi encaminhado ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 159, de 14 de abril de 1989, assinada pelo Presidente da República.

n.º 63, de 1989-CN. No Congresso Nacional, a Comissão Mista de Orçamento estabeleceu o seguinte *Cronograma* para discussão da Lei de Diretrizes Orçamentárias: 26/4 — Leitura em Sessão Conjunta, 27/4 — Distribuição de avulsos, 28/4 a 12/5 — Apresentação de Emendas na Comissão Mista, 15/5 — Distribuição de avulsos das Emendas, 16/5 a 31/5 — Discussão do Projeto na Comissão Mista, 30/5 — Parecer do Relator, 30/5 — Discussão do Parecer do Relator, 31/5 — Votação do Parecer do Relator, 7/6 — Parecer da Comissão Mista sobre o Projeto e as Emendas, e 9/6 — Publicação do Parecer da Comissão Mista e Distribuição de avulsos. Segundo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias será devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da Sessão legislativa, que ocorre em 30 de junho, podendo ser prorrogado até a aprovação desse Projeto de Lei, quando o mesmo não tiver sido aprovado até à data prevista para o encerramento do primeiro período da Sessão legislativa (7).

Na vigência da Constituição anterior o processo de elaboração orçamentária era deflagrado em março; neste ano deverá ocorrer só em julho. Entretanto, o prazo máximo para encaminhamento do projeto de lei orçamentária da União continua sendo até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, ou seja, até 31 de agosto de cada ano. No sistema anterior, o processo de elaboração orçamentária a nível do Poder Executivo tomava seis meses, agora disporá de cerca de dois meses. Sem dúvida é um prazo muito exíguo, uma vez que a lei de diretrizes orçamentárias é encaminhada pelo Órgão Central aos Setoriais e esses a distribuem às suas unidades orçamentárias, que precisam absorvê-la e preparar suas propostas obedecendo as diretrizes nela expostas. Essas propostas são encaminhadas aos Órgãos Setoriais que as analisam, discutem, produzem cortes e solicitam reformulações. Aprovadas as propostas das unidades orçamentárias são elas consolidadas nas diversas propostas setoriais que, por sua vez, são encaminhadas ao Órgão Central que as analisa, discute, produz cortes e solicita reformulações. Aprovadas as propostas setoriais são elas consolidadas no projeto de lei orçamentária, elabora-se a Mensagem de Encaminhamento do Poder Executivo ao Legislativo e o projeto de lei orçamentária é formalmente entregue ao Presidente do Congresso Nacional.

2.1 — *Planejamento e orçamento participativos*

As sociedades democráticas estão evoluindo do modelo de planejamento tecnocrático e centralizado para o modelo participativo. Segundo Paulo Haddad, "o planejamento governamental deve ser um processo aberto de

(7) Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988: "Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro. (...) § 2º A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias".

negociação permanente entre o Estado e as instituições da sociedade civil. Negociar significa, entre outras coisas, assumir o conflito e reconhecer nos conflitos de interesse a própria seiva da experiência e dos compromissos democráticos. As lutas, os conflitos, os dissídios, as dissidências são as formas pelas quais a liberdade se converte em liberdades públicas, em liberdades concretas. Assim, o compromisso democrático impõe a todas as etapas do processo de planejamento o fortalecimento de estruturas participativas e a negação dos procedimentos autoritários que inibem a criatividade e o espírito crítico⁽⁸⁾.

As diretrizes e objetivos estabelecidos pelo planejamento precisam receber recursos adequados no orçamento ou não passarão de sonhos. Caiden e Wildavsky descrevem a importância do orçamento para o planejamento: "O orçamento é de especial interesse para os planejadores porque eles necessitam de dinheiro para tornar seus planos operacionais. Os planos podem falhar quando são implementados, mas a implementação não pode ser tentada sem que as necessárias alocações de recursos sejam efetivadas no processo orçamentário"⁽⁹⁾. Assim sendo, o orçamento como instrumento do planejamento deve, também, ser negociado com as instituições da sociedade civil.

2.2 — Lobby

Segundo Badia, "o termo *lobby* é de origem norte-americana e já é empregado em outros países. *Lobby*, no seu sentido próprio, denota a parte de um prédio que se encontra aberta ao público: trata-se do corredor, vestibulo e, mais especificamente, os corredores do Parlamento. Em um sentido derivado e translático, nos Estados Unidos a palavra *lobby* se utiliza, como diz Sauvy, para designar a ação de pessoas vindas de fora do Congresso e que se misturam aos parlamentares nos corredores do Congresso (e também fora do mesmo) para influenciá-los"⁽¹⁰⁾. Preocupado com a precisão terminológica, TOLEDO acrescenta: "nota-se uma certa uniformidade de conceitos e na terminologia empregados pela doutrina, sendo utilizados, via de regra, indistintamente, as expressões *grupo de interesse*, *grupo de pressão* e *lobby* para designar o mesmo fenômeno. Na verdade, elas devem ser empregadas com maior critério na identificação de aspectos diversos da mesma realidade"⁽¹¹⁾ (...). "Assim, partindo de

(8) HADDAD, Paulo Roberto. *Participação, Justiça Social e Planejamento*. Rio. Zahar, 1980, p. 42.

(9) CAIDEN, Naomi e WILDAVSKY, Aaron. *Planning and Budgeting in Poor Countries*. Nova Iorque, Wiley-Interscience Publication, 1974, p. 20.

(10) BADIA, F. "Grupos de interesse, promoção e pressão." In: INSTITUTO TANCREDO NEVES. *Partidos e Grupos de Pressão*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 25.

(11) TOLEDO, Gastão Alves de. *Grupos de Pressão no Brasil*. Brasília, Programa Nacional de Desburocratização / Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 2.

uma generalidade maior, temos os grupos de interesse convertidos em grupos de pressão no momento em que suas forças se concentram na ação, e por último, o *lobby*, forma sob a qual essa ação se materializa" (12).

As origens levam os estudos sobre *lobby* a definirem o Poder Legislativo como o seu *locus* predileto. Entretanto, SOUZA E SILVA observa, em 1980: "Com a redução da capacidade do Congresso em legislar sobre matéria econômica e financeira, as entidades privadas deslocaram o *lobby* do Legislativo para o Executivo, onde é muito mais fácil influenciar um técnico que vai emitir um parecer do que influenciar quatrocentos e vinte deputados e sessenta e sete senadores". (13) Infelizmente, no Brasil, o *lobby* adquiriu uma forma inadequada e espúria. Alguns escritórios de representação e despachantes procuram canalizar forças políticas e/ou suborno para a obtenção de favores e benefícios. Destaque-se que os salários da administração pública foram tão abastardados que alguns servidores se vendem bem barato, a troco do que foi denominado pela cultura burocrática de presente: "às vezes um presente — um queijo, um quilo de carne — ajudam a desembaraçar alguns nós da burocracia" (14). Torna-se necessário redimensionar e redirecionar o *lobby* em nosso País, colocando-o como força viva do processo democrático e como canal de representação de determinados segmentos da sociedade.

2.3 — Vícios no modelo participativo de elaboração orçamentária

O modelo de elaboração ascendente do orçamento adotado no Brasil é, teoricamente, democrático porque permite a participação dos executores na criação de projetos e atividades e na alocação de recursos. Todavia, há alguns vícios do modelo anterior que permanecem, dentre eles destacam-se a existência de tetos orçamentários e a eliminação do debate orçamentário a nível da Secretaria de Planejamento da Presidência da República — SEPLAN/PR.

O teto orçamentário é um limite imposto pela SEPLAN/PR aos Órgãos Setoriais, acima do qual não se aceitaria solicitação de recursos. Ele foi o principal fator responsável pela queda de qualidade no orçamento, já que até o limite do teto os recursos já estavam assegurados, não havendo risco de cortes. O teto desestimulou a concorrência inter-órgãos, responsável pela apresentação de projetos e atividades relevantes e bem fundamentados, disputando prioridade na distribuição de recursos. Na prática

(12) Idem, *ibidem*, p. 19.

(13) SOUZA E SILVA, Celso. *Lobby*. Jornal do Brasil. Rio, 15 de setembro de 1980, p. 3.

(14) JORNAL DO BRASIL. Despachante, um negócio rendoso. Rio, 27 de outubro de 1985, p. 33. O Editorial descreve o trabalho da SEVAL — Serviços de Assessoria Ltda., "um entre uma dezena de escritórios especializados na liberação de verbas para as prefeituras municipais, em Brasília" e comenta que o pagamento a escritórios, por serviços prestados, não constitui ato ilegal, "o que é discutível é a ética desse tipo de procedimento".

constatou-se ser o teto um instrumento autocrático que desestabilizou a democracia embutida no modelo de elaboração ascendente do orçamento.

O corte orçamentário é outro instrumento autocrático de desestabilização do modelo em análise. Ele ocorre sempre que a solicitação de recursos é indeferida ou reduzida de forma unilateral. Quando as demandas são adaptadas à realidade do volume de recursos disponíveis, mediante debate entre o solicitante e o gestor dos recursos, denomina-se *ajuste*. Teoricamente, haveria três oportunidades para ocorrer o ajuste orçamentário: quando as unidades administrativas apresentam suas propostas às unidades orçamentárias, na apresentação das propostas das unidades orçamentárias aos órgãos setoriais e quando da apresentação das propostas setoriais ao Órgão Central. Entretanto, a Secretaria de Orçamento e Finanças da SEPLAN/PR passou a não aceitar a apresentação de proposta de recursos extra-teto e passou a aceitar integralmente a proposta adaptada ao teto, acabando tanto com o corte quanto com o ajuste do orçamento a nível do Órgão Central, bem como eliminando o debate orçamentário no âmbito da SEPLAN/PR. Esses debates que o Ministro Mário Henrique Simonsen fez questão de presidir e que o Ministro Delfim Netto delegou ao Secretário-Geral, José Flávio Pécora, eram realizados entre as equipes da SEPLAN/PR e as de cada um dos setores, produzindo os necessários ajustes finais do orçamento, mas também efetuando um salutar entrosamento entre os diferentes níveis da Administração Pública Federal. Por ironia do destino, esse processo democrático dos governos da revolução foi abandonado na elaboração do primeiro orçamento da Nova República.

As modernas teorias de planejamento, orçamentação e gestão entendem que a participação dos diferentes escalões no processo decisório da Administração Pública é fundamental. E isso é salientado desde o modelo de administração japonesa, eleito na atualidade como paradigma de boa administração, até o modelo de co-gestão, bastante divulgado em termos de Brasil. Inclusive, em recente artigo sobre uma "Teoria Cultural da Orçamentação", o professor Wildavsky diz: "A teoria cultural, em resumo, é um procedimento para trazer à orçamentação o que diferentes pessoas pretendem e quais as razões dessas pretensões" (16).

A participação é prescrita e desejada, embora nem sempre praticada. Além disso, para que ela possa ocorrer é preciso que o processo de elaboração orçamentária não seja atropelado por um prazo tão exíguo como o estabelecido pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. Participação a nível do Legislativo

Ana Maria Brasileiro aplica a definição do cientista político norte-americano LASSWELL à administração local. Ela escreve que, "política

(16) WILDAVSKY, Aaron. *A Cultural Theory of Budgeting*. *International Journal of Public Administration*. Nova Iorque, 11 (6): 676, nov. 1988.

na cidade refere-se ao processo através do qual se faz a distribuição das coisas valorizadas pelos habitantes: quem obtém essas coisas, quais são elas, como e quando são elas obtidas e, em contrapartida, quem delas fica privado, em que circunstâncias e por quanto tempo" (16).

MOURA CASTRO e ARAÚJO E OLIVEIRA, em "A essência do planejar é orçamentar", afirmam: "Planejamento é alocação de recursos. Quem aloca, de fato, é quem planeja. Integrar o orçamento no planejamento deve significar que quem pensa as prioridades deve alocar os recursos. A função substantiva da orçamentação precisa ser integrada na função de planejamento" (17). Sem dúvida, o orçamento governamental é o principal instrumento operacionalizador das políticas públicas. Através dele, os recursos são alocados aos objetivos valorizados pela classe dominante e/ou pelos cidadãos. Por isso, a fase de elaboração orçamentária deve ser o momento adequado para o debate das questões políticas mais relevantes em uma determinada sociedade.

Nos Estados Unidos há uma corrente teórica que procura ampliar o prazo destinado ao debate orçamentário, passando o orçamento de anual para bienal. Alice M. Rivlin, primeira diretora do Escritório Orçamentário do Congresso Norte-Americano, argumenta: a nível do Executivo "o processo, longo e repetitivo, tem início 18 meses antes do começo do ano orçamentário e culmina com uma proposta orçamentária aproximadamente nove meses antes do início do ano orçamentário" (18). (...) "O Congresso assumiu com extrema seriedade suas responsabilidades e destacou uma prodigiosa quantidade de tempo e esforço de equipe para desempenhá-las" (19). (...) "A pretensão de rever todos os programas anualmente em níveis diferentes, tanto nos ramos Executivo quanto Legislativo, leva a uma intensidade de trabalho excessivamente custosa, que impede a concentração sobre questões sérias" (20). Meyers assinala que "os argumentos a favor e contra tornar bienal o orçamento federal passa, freqüentemente, pela analogia com o processo de orçamentação nos Estados" (21). E ele mostra que há uma tendência para os Estados norte-americanos adotarem orçamentos bienais.

(16) BRASILEIRO, Ana Maria. "A Cidade: aspectos políticos". In KACOWICZ, Mateus et alii. *Desenvolvimento e Política Urbana*. Rio, IBAM, 1976, pp. 19-40.

(17) MOURA CASTRO, Cláudio de e ARAÚJO E OLIVEIRA, João Batista. *O País está organizado: vamos planejar?* Brasília, Centro de Treinamento para o Desenvolvimento Económico — IPEA/SEPLAN/PR, 1985, p. 6 (texto mimeografado).

(18) RIVLIN, Alice M. *A elaboração do orçamento no Congresso dos EUA*. Brasília, Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos EUA, set. 1987, (texto mimeografado distribuído no Seminário Internacional "A Participação do Poder Legislativo no Orçamento Público"), p. 5.

(19) Idem, *ibidem*, p. 5.

(20) Idem, *ibidem*, pp. 2-3.

(21) MEYERS, Roy T. *Biennial Budgeting by the U.S. Congress*. Public Budgeting & Finance, Syracuse, Nova Iorque, 8 (2): 23, summer 1988.

Enquanto o Congresso dos Estados Unidos da América, com nove meses para debater a proposta orçamentária, reclama que esse tempo é curto, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias manteve o mesmo prazo da Constituição anterior, cerca de quatro meses, para tramitação do projeto de lei orçamentária no Congresso Nacional.

Observa-se, ainda, que o Congresso Nacional vai gastar dois meses e meio com *questões metodológicas e de processo* — o projeto da lei de diretrizes orçamentárias — e dedicar menos de quatro meses ao Projeto de Lei do Orçamento Federal, que contém questões de conteúdo e de produto. Ora, o foco das atenções do Poder Legislativo não deve desviar-se do orçamento para documentos menores, que podem ficar a cargo do Poder Executivo. O que o Legislativo deve fazer é ampliar o prazo de debate e votação do Projeto de Lei Orçamentária da União, adicionando mais tempo para sua análise por Subcomissões da Comissão Mista de Orçamento, que promoveriam um amplo debate com especialistas, instituições e grupos de pressão. Essa proposição está inserida na visão de planejamento participativo de FERREIRA, segundo a qual o processo de planejamento “não corresponde ao simples encadeamento da montagem de planos, seu acompanhamento e avaliação, mas à articulação e organização de ocasiões e instâncias diversas de encontros, discussões, assembléias, revisões coletivas” (22).

No processo acima proposto de interação entre o Poder Legislativo e forças representativas da sociedade, ganharia o processo democrático, aperfeiçoar-se-ia o processo político e aproximar-se-ia a alocação dos recursos das aspirações do povo.

4. *Participação a nível da sociedade*

Segundo PAULO HADDAD, “ao lado das informações estatísticas, que permitem analisar o comportamento das principais variáveis econômicas e sociais, e das informações políticas que orientam os programas e projetos promovidos pelo Governo, não há como ignorar os interesses, aspirações e propostas dos segmentos da sociedade, os quais, de algum modo, possam contribuir para solucionar problemas e divisar potencialidades de desenvolvimento, no sentido amplo, para a população” (23).

O Governo precisa abandonar sua postura impositiva, típica de governos autoritários e caminhar para um processo de intensa negociação, característico de administrações democráticas. FRIEDMANN já ensinava, em obra clássica, que “o interesse público deve ser encontrado no público;

(22) FERREIRA, Francisco Whitaker. *Planejamento participativo: possível ou necessário?* Revista de Educação AEC. Brasília, (54), 1994, p. 8.

(23) HADDAD, Paulo Roberto. *Ob. cit.*, p. 112.

ele flui única e exclusivamente de uma interação com o público. Este tem de aprovar seu próprio futuro" (24).

Cabe, ainda, ao Poder Legislativo transformar-se em permanente fórum das questões nacionais, interagindo com as representações formais e ocasionais da sociedade, sob pena de transformar-se em sistema fechado.

Na evolução do processo participativo em nosso País, será com o passar do tempo e a acumulação de erros e acertos que o povo aprenderá a importância de fazer uso das diversas instâncias de participação e dos vários canais de influência para aproximar-se das aspirações da comunidade a distribuição de recursos e a ação governamental.

5. *Participação a nível do Judiciário*

"Cabe dizer algo a respeito da ação dos grupos de interesse junto ao Poder Judiciário. Este, pela nobreza de sua função, não se deve curvar a qualquer deles, nem atender a apelos e pedidos, ou a circunstâncias outras que não as ditadas só pelo Direito. Porém, é claro que, muitas vezes, a relevância da questão, seus aspectos materiais e políticos, podem levar a que grupos se mobilizem para pressionar, no sentido de que as decisões judiciais se conformem a seus propósitos" (25). Não há como discordar de Toledo. O Judiciário deve ser o árbitro das dissidências entre Executivo, Legislativo e povo. O contencioso judicial, como o próprio nome indica, se resume na divergência de interesses, a que cabe ao juiz dirimir. Por isso, espera-se o equilíbrio dos magistrados ao enfrentarem pressões, ao serem testados pelo entrechoque de forças contrárias.

No campo orçamentário, o Judiciário tem sido demandado na área da Receita, sobretudo quando se cria novo tributo ou é ampliado o nível de exigência dos existentes. Entretanto, com o fortalecimento da democracia e o aprimoramento do grau de politização da sociedade, questões surgirão também na área da Despesa. E elas abrangerão desde questionamentos na esfera da legalidade e da malversação de recursos públicos, até sobre a legitimidade de certos projetos ou de certas despesas.

6. *Conclusão*

A filosofia que orientar a elaboração da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º, I e II, da nova Constituição da República Federativa do Brasil será fundamental para o processo de democratização do Orçamento Público no País. Espera-se que o Congresso Nacional opte por centrar sua atenção no projeto de lei orçamentária da União e ampliar o nível de debate sobre o mesmo.

(24) FRIEDMANN, John R. P. *Introdução ao Planejamento Democrático*. Rio. FGV, 1959, p. 179.

(25) TOLEDO, Gastão Alves de. *Ob. cit.*, p. 64.

Os orçamentos na nova Constituição

ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI

Universidade de Brasília

À obrigatoriedade do orçamento, na Constituição anterior, correspondem agora o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos (anuais) propriamente ditos. Todas essas leis são de iniciativa do Executivo, de competência do Congresso Nacional e sujeitas a sanção do Presidente da República.

O plano plurianual é uma novidade como instituto legal. No que diz respeito às despesas de capital e outras delas decorrentes, bem como às relativas a programas de duração continuada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública deverão ser evidenciados de forma regionalizada. Ao plano plurianual deverão compatibilizar-se os planos e programas regionais e setoriais, também sujeitos à apreciação do Congresso Nacional.

Deixa de ser obrigatório o orçamento plurianual de investimentos, mas supõe-se que ele possa ser utilizado para materializar — definir metas mais precisas, estimar valores — o plano, inclusive pela necessidade de acompanhamento e avaliação dos programas que ultrapassam o exercício.

A lei de diretrizes orçamentárias (LDO) é a maior novidade, estando a primeira — para 1990 — em vias de aprovação. Seu alcance é restrito ao exercício financeiro cujo orçamento segue a orientação da LDO. Além de conter as metas e prioridades da Administração Pública Federal, compreende as despesas de capital, as alterações na legislação tributária e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

O orçamento anual se subdivide em três:

— fiscal, obedecendo-se aos princípios da unidade e especialmente da universalidade. Inclui todos os Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações (públicas) instituídas e mantidas pelo poder público. Compreende inclusive as operações de crédito;

— de investimento das empresas estatais, incluindo as despesas de capital (não as de custeio) das empresas sob controle direto ou indireto da União. Vale lembrar que, na sistemática anterior, as estatais tinham sua programação aprovada pela SEST, apenas no âmbito do Executivo, figurando no antigo orçamento fiscal restrito tão-somente as transferências que lhes eram efetuadas, em valores globais (por exemplo, para aumento de capital, adiantamentos etc.), à conta de recursos do Tesouro. Este orçamento não tratará das aplicações das agências financeiras oficiais de fomento;

— da seguridade social, abrangendo todos os seus órgãos e entidades a ela vinculados, inclusive fundos e fundações. Compreende, pois, também, a aplicação dos princípios da unidade e da universalidade, sendo de notar que, na sistemática anterior, as entidades integrantes do sistema (que inclui as áreas de previdência, saúde e saneamento e assistência social) submetiam suas programações tão-somente à SEST, figurando no antigo orçamento fiscal restrito basicamente as despesas de custeio efetuadas pelos órgãos mantidos com recursos do Tesouro.

A exemplo do plano plurianual, com o qual deverá compatibilizar-se, a lei orçamentária (orçamentos fiscal e investimentos) deverá vir acompanhada da indicação da região ou das regiões macroeconômicas beneficiadas pelos projetos. A finalidade é a de redução das desigualdades interregionais, e o critério a ser levado em conta é o populacional, tomando-se por base a situação do biênio 1986/7. Seu cumprimento se dará de forma progressiva, e é bom que se diga que:

1 — a aplicação dos recursos se refere naturalmente a *projetos* e não a *atividades* (orçamento fiscal) e aos investimentos (despesas de capital, no orçamento das estatais);

2 — o § 1.º do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias exclui várias despesas para efeitos de aplicação do critério; e

3 — a distribuição dos recursos se fará proporcionalmente à população, não havendo menção expressa ou recomendação específica no sentido de equalização da renda *per capita*;

4 — a aplicação do critério para as empresas estatais foi muito criticada por alguns segmentos, pois a finalidade da atuação do Estado através de suas empresas — salvo casos especiais, como, por exemplo, o de uma agência de desenvolvimento regional — é o de reduzir desigualdades e sim o de promover o desenvolvimento de um setor de atividade. Aliás, a Constituição anterior era bem mais genérica; previa, apenas, no orçamento plurianual de investimento, a consignação de dotações para a execução dos planos de valorização das regiões menos desenvolvidas no País.

Também deverá acompanhar a lei orçamentária um outro demonstrativo regionalizado; o do efeito sobre as receitas e despesas, de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. Trata-se de salutar inovação; além da mensuração das renúncias, ter-se-á o seu efeito ao nível regional, o que — entendemos — deverá ser conjuntamente considerado com a alocação de recursos referida anteriormente, sobretudo pelo vulto que hoje apresenta no Brasil (1).

(1) Só os incentivos fiscais federais, segundo estimativa recente da Receita Federal para 1989, representam 1,61% do PIB e 22,43% da receita tributária. A maioria desses incentivos tem prazo indeterminado, e muitos percentuais devem estar subestimados, pois — em inúmeros casos — o montante da renúncia não pode ser identificado. Citado por PISCITELLI, Roberto B. "O Sistema Tributário na Nova Constituição", 2ª ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1989.

Dando-se ênfase igualmente à questão do acompanhamento, geralmente tão negligenciada, previu-se a obrigatoriedade de publicação, até 30 dias após o encerramento de cada bimestre, de um relatório resumido da execução orçamentária. Os dois primeiros — anexos a este trabalho — já foram publicados e estão muito aquém do desejável; não são analíticos e limitam-se a evidenciar os percentuais de realização da receita prevista e da despesa autorizada. Neste sentido, o substitutivo do Deputado José Serra, ao projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 1990, prevê a demonstração, por categoria de programação de cada órgão, fundo ou entidade (dos orçamentos fiscal e da seguridade), das despesas realizadas com diárias, passagens, locação de mão-de-obra, consultoria e publicidade e propaganda.

Uma nova lei complementar deverá substituir a atual Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964. A ela caberá dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da LDO e da lei orçamentária anual, bem como estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, além de condições para a instituição e funcionamento de fundos.

A propósito dos fundos, os existentes na data da promulgação da Constituição — 5 de outubro de 1988 — extinguir-se-ão se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos. Excetuam-se os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional. É bom lembrar que os órgãos autônomos, de um modo geral, dependem essencialmente dos fundos.

Até a entrada em vigor da nova lei, serão observadas as normas a seguir descritas.

1.^a O plano plurianual terá vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente; seu encaminhamento se dará até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e será devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa. Isto significa que 1990 será o ano de elaboração do primeiro plano; com mandatos presidenciais quinquenais e legislativos quadriennais, de cinco em cinco legislaturas o Congresso (pelo menos os deputados) não terão a oportunidade de examinar e aprovar um plano. Aliás, a diferença na duração dos mandatos cria situações inconvenientes, como a da aprovação de um plano no último ano de uma legislatura. Quanto à elaboração no primeiro exercício do mandato presidencial, o texto constitucional parece estar muito adequado e coerente, tendo em vista a natureza do presidencialismo. Por outro lado, o primeiro ano de qualquer mandato, na prática, só pode ser cumprido dentro de uma programação anteriormente estabelecida. Quando as instituições têm estabilidade, razoável continuidade e credibilidade, essa prática é adequada.

2.^a O projeto de LDO será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro — isto é, 15 de abril, pela sistemática adotada no Brasil — e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa — isto é, 30 de junho, pela nossa

sistemática — não podendo o Congresso entrar de recesso antes de sua aprovação. Está em consonância com o calendário do orçamento.

3.^a O projeto de lei orçamentária continuará sendo encaminhado até o encerramento da sessão legislativa, que se prolongará até quatro meses antes do encerramento do exercício — isto é, 31 de agosto — e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa, que se prolongará até deliberação do Congresso Nacional. Aqui também fica evidente o fortalecimento das prerrogativas do legislativo, pois, pela Constituição anterior, a não-devolução até 30 de novembro para sanção implicava em sua promulgação como lei. Se, entretanto, o Legislativo não receber a proposta no prazo constitucional, será considerada como proposta a lei orçamentária vigente no próprio exercício (2).

Em 1989, tivemos uma experiência sui-generis, com o impasse surgido entre o Legislativo e o Executivo. O Congresso aprovou a lei (com alterações em relação ao projeto do Executivo) em meados de dezembro de 1988. O Presidente da República sancionou-a (Lei n.º 7.715, de 3 de janeiro de 1989), com vetos. Segundo a atual Constituição — Parágrafo 4.º do art. 66 — “O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto”. O acordo só foi obtido através da Lei n.º 7.742, de 20 de março de 1989, data até a qual não se sabia sobre o orçamento a ser executado. É bom lembrar que — após a lei — cabe ao Executivo, através de decreto, abrir os créditos correspondentes.

Incumbe a uma Comissão Mista de Senadores e Deputados examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei referentes:

- ao plano plurianual;
- aos planos e programas regionais e setoriais;
- à lei de diretrizes orçamentárias;
- ao orçamento anual e aos créditos adicionais.

Essa Comissão, que agora é permanente e teve suas competências consideravelmente ampliadas, como se pode constatar, por exemplo, no art. 72 e seus parágrafos, deve também:

— examinar e emitir parecer sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; e

— exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, incumbência que constitui um dos grandes desafios da nova atuação do Legislativo.

(2) Ver, a propósito, PISCITELLI, Roberto B. e outros. “Contabilidade Pública: uma abordagem da administração financeira federal”. S. Paulo, Atlas, 1987.

A apresentação de emendas ficou mais flexível, embora a Comissão Mista de Orçamento ainda tenha amplos poderes. Na atual sistemática, embora a apresentação de emendas continue limitando-se ao âmbito da Comissão Mista, serão também votadas pelo Plenário das duas Casas. Anteriormente, o pronunciamento da Comissão era conclusivo e final, exceto na hipótese de um terço dos membros da Câmara e mais um terço dos do Senado requererem a votação em Plenário da emenda aprovada ou rejeitada na Comissão.

O objetivo das emendas também ficou muito mais flexível. Na vigência da Constituição anterior, praticamente ao Congresso não cabia outra alternativa senão aprovar ou rejeitar o projeto em sua totalidade ⁽³⁾. Não se podia propor aumento de despesa global ou de cada órgão, fundo, projeto ou programa, ou que visasse a modificar-lhe o montante, natureza ou objetivo. Atualmente, requer-se que as emendas:

— ao projeto de LDO não sejam incompatíveis com o plano plurianual;

— as emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem não sejam incompatíveis com o plano plurianual e com a LDO;

— indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, não se admitindo emendas que incidam sobre dotações para pessoal e encargos, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais (Estados, DF e Municípios);

— se relacionem com a correção de erros ou omissões e com os dispositivos do texto do projeto de lei.

Antes, o Presidente poderia propor modificação do projeto de lei orçamentária enquanto não estivesse concluída a votação da parte cuja alteração estivesse sendo proposta. Agora, isso só pode ser feito enquanto não iniciada a votação, na Comissão Mista, da parte cuja alteração é proposta. Para o orçamento de 1989, aliás, as sucessivas substituições de propostas por parte do Executivo levaram o Senador Almir Gabriel, relator do projeto, a propor o início imediato do processo de votação, sem o que seria *inviável examinar a proposta orçamentária de forma razoavelmente integrada*.

Faremos referência, finalmente, às vedações mais importantes que foram estabelecidas para disciplinar a execução orçamentária num contexto de maior participação do Poder Legislativo.

Assim, não podem ser iniciados programas ou projetos (a denominação parece inadequada, pois programas compreendem atividades e pro-

(3) PISCITELLI, Roberto B. "O Processo de Elaboração e Execução Orçamentárias no Brasil: algumas de suas peculiaridades". In: *Revista de Economia Política*, vol. 8, nº 3, julho-setembro/1988.

jetos) não incluídos na lei orçamentária anual. No mesmo sentido, nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual (antes, orçamento plurianual de investimentos), ou sem lei que autorize a inclusão. Esta última exigência, que não é nova, tem de ser apenas cumprida, de modo a acabar-se com o vício de iniciar tudo e não concluir nada, transferindo-se invariavelmente as responsabilidades para o futuro. A conseqüência desta prática tem sido geralmente a de se perderem todos os recursos aplicados e — conforme o caso — começar tudo outra vez.

Também não poderão ser realizadas operações de crédito além do montante das despesas de capital, admitindo-se as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Legislativo por maioria absoluta. Entretanto, o art. 37 do ADCT prevê um prazo de cinco anos para adaptação a esse dispositivo, reduzindo-se o excesso a base de, pelo menos, um quinto por ano.

Ultimamente, aliás, já se vem tentando conter o crescimento da dívida, limitando-se a emissão de novos títulos ao seu serviço, isto é, à amortização e encargos (Plano Verão). E o substitutivo a LDO limita referida emissão ao serviço da dívida, mais:

— a parcela do programa de reforma agrária financiada pela emissão de títulos da dívida agrária;

— os investimentos prioritários, não excedendo o montante equivalente a 10% da receita tributária;

— ao excesso eventual das despesas sobre as receitas *durante o exercício* (supõe-se, pela insuficiência transitória de caixa); e

— o aumento de capital das empresas controladas pela União (podendo, neste caso, ser emitidos títulos com cláusula de inalienabilidade até seu vencimento, para venda junto a essas empresas).

Está, enfim, vedada a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos.

Como se poderá constatar, além das prerrogativas consideráveis do Legislativo, que apenas não participa da etapa de elaboração, conjuntamente com o Executivo, dispõe-se de melhores meios para acompanhar, fiscalizar e impedir a realização de despesas que não atendam o interesse da sociedade; ter-se-ão sobretudo condições muito mais adequadas para estabelecer uma programação coerente a longo prazo, com mecanismos disciplinadores que refrearão inclusive tendências dispersivas e personalistas, que poderiam manifestar-se no Parlamento, durante o processo de discussão e aprovação do plano plurianual, da LDO e do orçamento anual.

A crise interna em regimes democráticos: instrumentos metodológicos de auxílio para a sua percepção

RUBENS C. LANIUS

Assessor Legislativo do Senado Federal

CEZAR T. OLIVEIRA

Professor de Relações Internacionais e Política Externa Brasileira do Instituto de Cooperação e Assistência Técnica da Associação de Ensino Unificada do Distrito Federal (ICAT/UDF)

S U M Á R I O

1. *Considerações iniciais.* 2. *Crise interna.* 3. *Sistema político.* 4. *Controles do sistema político.* 5. *Controles no sistema político.* 6. *Considerações finais.*

1. *Considerações iniciais*

O fenômeno crise interna sugere à nossa imaginação algo como um simples acontecimento conjuntural específico que tenha ocorrido, que esteja ocorrendo ou que venha a ocorrer em um determinado sistema, seja ele político, econômico, social ou administrativo. Em torno dessa idéia — o caráter conjuntural da crise interna —, muito se tem escrito e dito.

O presente artigo foge ao aspecto conjuntural da crise interna, ao lhe dar um enfoque eminentemente teórico, que permita aos leitores entender o que é crise no âmbito interno de um país particularmente nos de regime democrático. Nesse enfoque teórico, foram escolhidos como os instrumentos

ideais para o tratamento do assunto a visão sistêmico-funcionalista e o controle do poder político. A simbiose desses instrumentos de análise inspirou a seguinte estruturação dos tópicos do artigo:

- crise interna;
- sistema político;
- controles do sistema político;
- controles no sistema político;
- considerações finais.

2. Crise interna

Neste tópico, as preocupações estarão voltadas para a definição, a caracterização e o desenvolvimento do processo de crise interna.

2.1. Definição

Os postulados básicos que envolvem uma crise interna estão contidos na definição que se segue:

Crise interna é um momento de ruptura no funcionamento regular e previsível de um sistema político.

O primeiro ponto dessa definição, a destacar, diz respeito ao vocábulo *momento*, que reveste a crise interna das características de subitaneidade e de duração limitada. O enfoque do tema considera que o funcionamento do sistema político ocorre mediante pressupostos democráticos. Para o momento, os pressupostos democráticos que interessam são o consenso e o dissenso. É em torno da presença do dissenso e da busca do consenso que surgem os conflitos políticos essenciais ao jogo democrático. Na realidade, os conflitos políticos institucionalizados (ocorrem mediante regras aceitas, aprovadas e observadas) são fontes perenes de aperfeiçoamento democrático. A perenidade e a institucionalização são aspectos que diferenciam claramente o conflito político da crise política. De outra parte, quando os conflitos políticos alcançam um nível de exacerbação não contido institucionalmente, surgem as crises políticas. Transportando essas considerações para a crise interna, constata-se que esta surge do acirramento de conflitos no funcionamento de um sistema político. Estabelecidas as ligações entre crise e conflito, prossegue-se no enfoque dos aspectos da definição.

O segundo diz respeito ao vocábulo *ruptura*. No caso, ruptura significa um corte no tempo que assinala um instante de interrupção e o início de modificação do sistema político (por exemplo, de democrático para autoritário) ou no sistema político (por exemplo, mudança do tipo de governo).

Quanto ao trecho *no funcionamento regular e previsível de um sistema político*, ele espelha:

- a idéia de o sistema político estar funcionando sob parâmetros legais; e

— certa dose de imprevisibilidade em relação ao instante exato de ocorrência de uma crise interna.

Por fim, cabe destacar que a qualificação do sistema como político e não como econômico indica que se considera o sistema político como o meio competente onde são adotadas e implementadas políticas públicas, ou seja, políticas de interesse da sociedade, globalmente considerada. É para o sistema político, portanto, que convergem as questões emergenciais da sociedade, na medida em que, funcional e legalmente, é neste meio que ocorre a composição dos interesses demandados por essa sociedade.

2.2. Caracterização

Dos diversos pontos de definição apresentada, podem-se extrair sumariamente algumas características gerais da crise interna: subitaneidade, duração limitada, mudança ou adaptação e imprevisibilidade.

2.3. Desenvolvimento do processo de crise interna

O entendimento de crise interna não ocorre pela simples análise do fenômeno como um evento isolado e momentâneo, desatrelado de causas e conseqüências. Portanto, o estudo do fenômeno reclama a compreensão de que a crise interna está associada ao processo no qual ela é gerada e onde ocorre. A análise desse processo, em um regime democrático, passa pela questão da *estabilidade política*.

A procura de uma definição satisfatória e isenta do conceito *estabilidade política* é importante, já que tal conceito, em geral, é tido por alguns como tendente a espelhar muito mais conservação do que modificação. Contrapondo-se a essa posição, tem-se a de outros que afirmam que a estabilidade política é um estado do sistema político, num determinado espaço de tempo. Levadas em conta essas considerações, a definição que parece ser mais isenta e, portanto, mais adequada diz que

estabilidade política é a capacidade previsível que um sistema político tem de se prolongar no tempo.

Desse modo, um sistema político deve ser considerado estável quando, num dado momento, observando-se um conjunto de sinais, é razoavelmente previsível ele continuar inalterado.

Passando-se da definição à análise das condições de *estabilidade política*, cabe dizer que estabilidade e instabilidade política são fenômenos que não devem ser considerados opostos reciprocamente como um só fenômeno; a questão está em determinar, empiricamente, o grau de estabilidade política de um sistema político. Para tanto, torna-se necessário enfocar duas condições importantes para a estabilidade política: a *legitimidade* e a *eficácia decisória*.

Legitimidade — “um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer do uso da força, a não ser em casos esporádicos” (Levi, 1986) — não deve ser entendida, portanto, como simples aceitação passiva do sistema político, ou então como obediência voluntária a instituições vigentes com base em conveniências, ou por causa de arraigada disposição a obedecer. Trata-se, ao contrário, de um conceito que procura refletir o total dos sentimentos positivos (aceitação) dos cidadãos quanto a instituições democráticas, tidas como as mais aptas a disciplinar os conflitos e a proteger os direitos dos membros do sistema político. A legitimidade deve ser interpretada em duas dimensões: quanto à sua extensão e à sua intensidade, ou seja, quanto à proporção de membros do sistema político dispostos a defender as instituições e à profundidade desta vontade de apoiar. A intensidade e a extensão da legitimidade podem ser melhor vislumbradas através de alguns indicadores tais como: a adesão a grupos que defendam modificações no sistema político ou do sistema político (participação em conspirações revolucionárias, preferência eleitoral por partidos de oposição, confrontação dos percentuais de votos obtidos pelos partidos contrários ao sistema político e pelos partidos a ele favoráveis, etc.) e o grau de ordem civil existente (frequência de greves políticas ou não, choques entre extremistas ou entre estes e a polícia, delitos políticos, manifestações públicas de negação das instituições democráticas, etc.).

Quanto à eficácia decisória, a outra condição de estabilidade política, ela é entendida como a propriedade que um sistema político tem de adotar e executar, com presteza, decisões em resposta a demandas políticas. Vislumbrar o grau de eficácia decisória comporta analisar desde o número de pessoas que representam uma demanda específica, passando pela representatividade desse grupo de pessoas, indo até a habilidade das elites em obter um rendimento satisfatório do sistema político. Acresça-se que na determinação da eficácia ainda podem ser observados:

- a rotatividade na ocupação de cargos públicos fundamentais do sistema político;
- o nível de dissenso existente entre os membros da elite do poder;
- a conformidade das decisões adotadas com as normas estabelecidas; e
- o nível de dificuldades para tomar rápidas decisões.

A legitimidade e a eficácia decisória são condições que mantêm estreitas ligações, pela influência que uma exerce sobre a outra. Assim, se um sistema político é eficaz, respondendo e satisfazendo a exigências da sociedade, conseguirá manter ou até ampliar a sua legitimidade através de um crescente apoio. De outra parte, a ineficácia decisória degrada esse apoio, o que se reflete na redução do grau de legitimidade do sistema político. O sociólogo SEYMOUR M. LIPSET (1959) apresenta uma tabela quádrupla,

abaixo destacada, em que as relações possíveis entre legitimidade e eficácia são claramente postas, facilitando a compreensão das ligações entre essas condições e a estabilidade política.

		<i>EFICÁCIA DECISÓRIA</i>	
		+	-
<i>LEGITIMIDADE</i>	+	A	B
	-	C	D

LIPSET entende que em A (elevado grau de legitimidade e eficácia) os sistemas políticos são altamente estáveis, ao passo que em D (abaixo grau de legitimidade e eficácia) são altamente instáveis, propícios, portanto, ao surgimento de constantes crises internas. As pesquisas por ele desenvolvidas no início da década de 30, em países da Europa, constataram que um sistema político altamente eficaz, mas ilegítimo, é mais instável do que um sistema político com baixa eficácia e alta legitimidade. Parece que esta constatação permanece válida nos casos atuais de diversos países da América do Sul (Peru, Argentina, Colômbia, Equador, Bolívia, Uruguai) e na Coreia do Sul, onde a democracia está florescendo. Nos primeiros países, os sistemas políticos estão revestidos de alta legitimidade e de baixa eficácia, o que revela grau apreciável de estabilidade política. No segundo, o sistema político está revestido de alta eficácia e de baixa legitimidade, o que redundará em um nível mais baixo de estabilidade política.

Para o processo de crise interna, o estudo da legitimidade e da eficácia decisória de um sistema político torna-se fundamental, em especial na configuração das possíveis causas de sua ocorrência. Com base nessas possíveis causas é que se pode qualificar a crise como sendo, preponderantemente, de legitimidade ou de eficácia decisória. Neste trabalho, a crise de legitimidade tem expressão marcante no relacionamento do sistema político com o meio ambiente, enquanto a crise de eficácia decisória tem expressão marcante nas relações dentro do sistema político.

Antes de tratar dessas vertentes da crise interna, cabe dissecar a natureza e o funcionamento do sistema político.

3. Sistema político

Primeiramente, deve-se salientar que é pouco prudente estudar a crise interna em completo divórcio com as peculiaridades do sistema político.

A propósito, os conceitos estabelecidos em tópicos anteriores ressaltam a conveniência de uma abordagem sistêmica sobre o assunto. Tomando de empréstimo a idéia de TOCQUEVILLE (1978), segundo a qual "quem só viu e estudou a França nunca compreenderá nada da Revolução Francesa",

é conveniente dizer que, sem estudar o sistema político, não há como entender apropriadamente a crise interna e seus desdobramentos.

Nesse sentido, serão analisados alguns conceitos fundamentais para caracterizar funcionalmente o sistema político nas suas relações com os demais elementos do sistema social.

3.1. Definição

Cabe destacar, preliminarmente, que o modelo de abordagem proposto por EASTON concebe o sistema político como uma "caixa negra", isto é, considera não relevante o que ocorre dentro do sistema político, mas julga essencial o que se verifica nas relações entre o sistema e o meio ambiente.

Conceitualmente, no entanto, "a expressão *sistema político* refere-se a qualquer conjunto de instituições, grupos ou processos políticos, caracterizados por um certo grau de interdependência recíproca" (Bobbio, 1986).

Resumindo, define-se um sistema político como "o conjunto das interações políticas verificadas numa dada sociedade" (Schwartzberg, 1979).

Com efeito, a abordagem sistêmica fundamenta-se, principalmente, no "envolvimento total" do sistema político com o meio ambiente. Isto significa que o sistema político "mantém múltiplas trocas e transações com o seu envolvimento" (Schwartzberg, 1979).

Desse modo, à análise concebida por EASTON interessam, essencialmente, as relações constantes e complexas que o sistema político realiza com os demais componentes da sociedade.

Eis, portanto, uma perspectiva reducionista, que realça as experiências do sistema com o meio ambiente (sistema aberto), mas que, por outro lado, negligencia os fenômenos também complexos que ocorrem dentro do próprio sistema político.

Isto posto, é importante delimitar a natureza do envolvimento do sistema político com o meio ambiente.

Em se tratando de crise interna, é emergente o envolvimento "intra-societal" que "compreende os sistemas que não são políticos...", isto é, "... conjuntos de comportamentos, atitudes e de idéias tais como a economia, a cultura, a estrutura social e as personalidades". Estes complexos "constituem elementos funcionais da sociedade de que o próprio sistema político é uma componente" (Easton, 1975).

O outro aspecto ventilado por EASTON (1975), o meio extra-societal, "compreende todos os sistemas que existem fora da sociedade. São elementos funcionais de uma sociedade internacional que compõem um supra-sistema de que fazem parte todas as sociedades particulares. O sistema cultural internacional constitui um bom exemplo de sistema extra-societal".

Caracterizando a interdependência entre os sistemas, aduz o citado autor que "considerados em conjunto, estes dois tipos de sistemas, intra e

extra-sociais, que para nós são exteriores ao sistema político, compõem o seu meio global”, ou seja, as dimensões intra e extra-sociais interdependem, haja vista o contínuo processo interativo das relações internacionais com a realidade de cada país.

Todavia, cabe esclarecer que as interações que ocorrem dentro desses subsistemas não serão estrutural e dinamicamente analisadas.

Será feita, no entanto, uma abordagem predominantemente funcional do modelo eastoniano, no sentido de estabelecer aspectos analíticos essenciais para compreender os processos políticos, suas disfunções e as categorias funcionais sensíveis a medidas corretivas.

3.2. Modelo

Com o propósito de estudar determinados aspectos dos fenômenos políticos dentro de um referencial sistêmico, é necessário delinear a estrutura de análise a ser adotada como parâmetro.

Nesse sentido, a concepção de Easton serve de balizamento para que seja estabelecida a configuração geral do sistema político. No entanto, esta abordagem, por si só, não basta para a compreensão de aspectos fundamentais da questão política. Diversos detalhes essenciais ao funcionamento do sistema político escapam ao modelo em causa. É importante, pois, recorrer a outros conceitos como, por exemplo, o de ação, para enriquecer a percepção da dinâmica do sistema em relação ao meio ambiente.

Outra complementação indispensável reside na ausência de apreciações a respeito do que ocorre dentro do sistema político. A “caixa preta”, como é conhecido o sistema político em si mesmo considerado, é palco de complicados processos interativos de substancial significado para a compreensão menos abstrata do fenômeno político. Há que se recorrer, desse modo, a outras abordagens que contemplam considerações relativas à visão interna do sistema político. A contribuição de Loewenstein, nesse sentido, é singularmente útil para caracterizar fenômenos internos do sistema, como, por exemplo, os decorrentes dos controles horizontais do poder político.

Apesar da excessiva abstração do modelo eastoniano, sua concepção permite compreender o quadro geral do sistema político, visão inicial necessária ao desenvolvimento da abordagem escolhida para tratar analiticamente o fenômeno da crise.

3.2.1. O modelo de Easton

Fundamentalmente, o modelo de Easton é baseado em algumas premissas gerais. Conforme o próprio autor esclarece, “as duas primeiras são também utilizadas por outras formas de análise que utilizam o conceito de “sistema” como elemento fundamental”.

“1. *Sistema.* É útil encarar-se a vida política como um sistema de comportamento.

2. *Meio ambiente.* O sistema é distinguível do seu meio ambiente e é influenciável por este.

3. *Resposta.* As variações nas estruturas e nos processos dentro de um sistema podem ser proveitosamente interpretadas como esforços construtivos ou alternativos dos membros do sistema para harmonizar e acompanhar as pressões do meio ambiente e das próprias fontes internas do sistema.

4. *Feedback.* A capacidade de um sistema persistir diante das pressões é função da presença e natureza das informações e outras influências que afetam os seus membros e aqueles que tomam as decisões." (Easton, 1968.)

Uma vez explicitadas as premissas fundamentais do modelo em pauta, cabe salientar os principais elementos que o constituem.

— *Inputs* — Para EASTON (1979) "os *inputs* servem como variáveis-síntese que conduzem e refletem tudo aquilo que no meio se relaciona com as tensões políticas".

Assim, nas relações que partem do meio para o sistema político, são evidenciadas duas categorias de *inputs*: os pedidos (*demands*) e os apoios (*supports*).

Acresce o autor (1975) que "por intermédio destas categorias poderemos seguir, refletir, resumir e ligar à vida política um extenso leque de atividades do meio. Estas constituem, pois, os indicadores essenciais do modo como as influências e as circunstâncias do meio modificam e moldam o modo de funcionamento do sistema político. Se quisermos, poderemos dizer que é através das flutuações dos *inputs* de pedidos e apoios que podemos aperceber-nos do modo como as influências dos sistemas do meio atuam sobre o sistema político".

GABRIEL ALMOND (1972) exemplifica praticamente "classes de demandas impostas ao sistema político:

1) demandas por distribuição de benefícios e serviços como, por exemplo, leis salariais e de horário e oportunidades educacionais;

2) demandas por regulamentação de comportamento, tais como providências para a segurança pública, controle de mercados e regras com relação a casamento, saúde e condições sanitárias;

3) demandas por participação no sistema político, como o direito de voto e o de elegibilidade;

4) demandas por comunicação e informação, como através da afirmação de regras e a comunicação de intenções políticas".

Os suportes ou apoios também são apresentados em classes pelo autor, que os exemplifica da seguinte forma:

"1) suportes materiais: pagamento de impostos, serviços como o trabalho em obras públicas, ou serviço militar;

2) obediência à lei e aos regulamentos;

3) suportes participatórios como o voto, discussão política e outras formas de atividade política;

4) atenção prestada a comunicações governamentais e evidência de respeito pela autoridade pública.”

RETROAÇÃO OU FEEDBACK

Conforme o próprio EASTON (1975) evidencia, “é necessário não esquecer que para tornar possível uma ação coletiva todos os sistemas comportam certos membros que se exprimem em nome e em vez do sistema inteiro: podemos chamar-lhes as autoridades. Quando se empreende uma ação para satisfazer os pedidos ou para criar condições que sejam favoráveis a essa satisfação, as autoridades devem pelo menos dispor de informações sobre os resultados das vagas de “decisões” precedentes.

“Sem retroação de informação sobre o que se passa no sistema, elas seriam obrigadas a agir às cegas.”

Com efeito, os *outputs* podem realizar alterações no meio, o qual, atuando sobre os *inputs*, provoca influências sobre um conjunto subsequente de decisões, ou seja, “uma nova vaga de “decisões”, de respostas, de retroação de informação e de reações por parte das autoridades, é posta em movimento e constitui um tecido contínuo de atividades” (Easton, 1975).

Resumindo o que foi exposto, o modelo simplificado de um sistema político na concepção eastoniana compreende:

— o meio ambiente, no qual se insere o sistema político;

— o sistema político, que processa os *inputs*;

— os *outputs*, que resultam do processamento dos *inputs* e que se exteriorizam em decisões e ações;

— a retroação, que evidencia as reações aos *outputs* (decisões e ações), as quais podem gerar novas necessidades e, portanto, um novo conjunto de *inputs* e *outputs*.

3.2.2. *Categorias de input e de output*

— DE INPUT

O universo do fenômeno político é extremamente complexo se analisado fatorialmente, isto é, se forem consideradas todas as variáveis que interferem no sistema político.

Em conseqüência, para uma visão mais sistematizada da dinâmica do sistema, é necessário agregar fatores de análise na busca de um esquema de abordagem geral.

A solução metodológica que se propõe, enfim, é abandonar uma análise estrutural pura e simples, mediante a qual é possível individualizar os

elementos integrantes básicos de um caso concreto, isto é, de uma determinada estrutura específica.

Como alternativa, buscou-se uma visão funcional dos fenômenos políticos. Nesta perspectiva, não é a estrutura, ou seja, a organização estática que é tão importante, mas sim o papel funcional que a estrutura desempenha dentro da dinâmica do sistema.

Nesta linha de pensamento, GABRIEL ALMOND (1975) descreve as principais funções que ocorrem em relação aos modernos sistemas políticos ocidentais, questionando do seguinte modo a realidade:

“De que modo se exprimem os interesses dentro de sistemas políticos diferentes?”, e levaram-nos ao mesmo tempo a descobrir a função de *expressão dos interesses*. . . .

“De que modo os desejos ou interesses expressos se agregam ou combinam em sistemas políticos diferentes?”, e conduziram-nos, portanto, à descoberta da função de *agregação dos interesses*. . . .

“De que maneira se comunica a informação política em sistemas políticos diferentes?”, e conduziram-nos, portanto, à descoberta da função de *comunicação política*. . . .

“De que forma se recrutam as pessoas em sistemas políticos diferentes e de que maneira interiorizam elas os seus papéis políticos?”, que nos levou a acentuar a importância da função de *recrutamento e de socialização*. . . .

Note-se que dentro do primeiro questionamento encontra-se caracterizado o processo pelo qual os indivíduos e grupos expressam ao sistema político suas demandas ou exigências.

Os grupos de interesses, que atuam ligados por laços comuns que visam à obtenção de vantagem, são exemplos de estruturas que desempenham a função *expressão dos interesses*.

Por outro lado, é evidente que determinados grupos têm a facilidade de sintetizar, em níveis maiores, o conjunto das demandas da sociedade.

Os partidos políticos, por exemplo, são estruturalmente concebidos para captar os interesses e as aspirações da comunidade, filtrá-los e encaminhá-los ao sistema político.

Há, portanto, organizações que catalisam as demandas e representam, em consequência, a comunidade junto ao sistema político, ou seja, organizações que desempenham a função *agregação dos interesses*.

Ressalte-se, também, a importância dos canais de ligação entre o meio ambiente e o sistema político.

Isto significa que não basta existir a consciência organizacional das necessidades ou demandas dos grupos. É preciso que essas reivindicações, esses pedidos, cheguem ao centro decisório. Conforme explicam ALMOND

e POWELL (1972), "tais grupos talvez não consigam penetrar a estrutura das tomadas de decisão políticas. A fim de analisar as estruturas de articulação de interesses, deve-se também levar em conta o grau em que os grupos têm acesso às elites políticas engajadas na tomada de decisões apropriadas".

Eis, portanto, ressaltada a *função comunicação política* de capital importância para o funcionamento do sistema político.

Por último, destacam-se o processo através do qual as elites são escolhidas para exercerem o poder e o modo como é desenvolvida a consciência política nos indivíduos.

A formação da consciência política ocorre, em um dos casos, "quando, por exemplo, o Estado totalitário revê livros de história, ou quando as novas nações expandem o sistema escolar, as elites políticas estão tentando moldar e controlar esse processo de criação de orientações políticas". (Almond e Powell, 1972).

— DE OUTPUT

Assim como foram analisadas funcionalmente as relações de entrada para o sistema político, o seu relacionamento com o ambiente, em termos de *output*, também o será.

Segundo ALMOND (1975), o sistema político desenvolve "três funções tradicionais no sistema de "separação dos poderes", ou seja, as funções de elaboração de "normas", da sua execução e a função judicial".

Esta terminologia diferente da tradicionalmente empregada visa, segundo o autor, a "ultrapassar questões estruturais". Exemplificando, diz ele que "a palavra legislação parece significar determinada estrutura especializada e um processo definido, quando em muitos sistemas políticos a função de decisão de normas é um processo difundido por todo o sistema, difícil de se explicar e especificar" (Almond e Powell, 1972).

Em resumo, ALMOND (1975) aponta o seguinte conjunto de categorias funcionais:

"A. *Input*:

1. socialização e recrutamento político;
2. expressão dos interesses;
3. agregação dos interesses;
4. comunicação política.

B. *Output*:

5. elaboração da "norma";
6. execução da "norma";
7. função judicial."

4. *Controles do sistema político*

Fundamentalmente, o sistema político postula atingir determinados fins que são almejados pelo grupo social em uma conjuntura específica.

Segundo BOBBIO (1986), "a política não tem fins perfeitamente estabelecidos, e muito menos um fim que os compreenda a todos e que possa ser considerado como o seu verdadeiro fim: os fins da política são tantos quantas são as metas a que um grupo organizado se propõe de acordo com os tempos e as circunstâncias".

Em essência, o citado autor mostra, entre outras, uma abordagem teleológica do conceito de política, no qual se evidencia um liame forte entre o meio e a ação política.

Esta interação bastante significativa entre as aspirações grupais e as decisões provenientes do sistema político enseja um questionamento a respeito do grau de solidez e do nível de aceitação das decisões e ações do governo.

A propósito, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (1979) diz que "um dos focos de crise mais agudos das modernas sociedades está, justamente, em enfrentar a enorme complexidade dos problemas sociais".

Esta complexidade exige do equipamento estatal determinadas capacidades, haja vista o grande número de fatores políticos, econômicos e culturais que interferem no processo decisório de atendimento das demandas ou dos pedidos interpostos pela sociedade.

Assim, para fazer frente ao desafio das sociedades complexas, o sistema político exercita a sua atividade segundo "quatro capacidades essenciais", conforme descreve Schwartzberg (1979) a propósito das contribuições de Almond e Powell.

"A *capacidade regulativa* — A capacidade "regulativa" diz respeito ao controle, à coordenação dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos. Esta capacidade pode exercer-se por imposição de normas, pela ação da administração e dos tribunais, etc.

"Esta capacidade reguladora pode ser mais ou menos forte. Nos sistemas totalitários, a ambição é "dirigir", controlar o conjunto da vida social. Ao contrário, os sistemas liberais aplicam o seu controle a setores muito mais restritos; reconhecem em maior grau a autonomia dos indivíduos e dos subsistemas.

"A *capacidade extrativa* — Todo e qualquer sistema deve poder extrair do seu envolvimento interno ou internacional os recursos necessários ao seu funcionamento: meios econômicos e financeiros, sustentáculos políticos, etc. Por exemplo, a administração fiscal extrai recursos financeiros.

"A *capacidade distributiva* — A capacidade "distributiva" diz respeito à abonação, pelo sistema político, de bens, de serviços, ou de honras, aos indivíduos e aos grupos sociais. A atribuição de subvenções, por exemplo,

a entrega de condecorações, a prestação de serviços em matéria de ensino, de justiça, etc.

“A capacidade “responsiva” — Por esta capacidade de resposta, o sistema “responde” aos impulsos de seu meio, especialmente às reclamações que lhe são apresentadas pelos indivíduos e pelos grupos. Certos sistemas, dotados de forte capacidade de reação, sabem adaptar-se rapidamente. Outros, pelo contrário, são mais rígidos.”

4.1. Tipos de controle

O exercício da atividade governamental, no que se refere às suas capacidades anteriormente expostas, sofre determinados crivos ou limitações.

Estas limitações impostas ao sistema são apresentadas por Karl Loewenstein (1986) mediante o exercício de determinados controles que o autor denomina “controles verticais” e “horizontais” do poder político.

Explicitando o que seriam os controles verticais, diz LOEWENSTEIN: “Bajo la rúbrica de los “controles verticales”, se agrupan tres campos diferentes de acciones recíprocas:

1. *El federalismo*: el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado Central sobre el Estado Miembro, y a la inversa.

2. *Los derechos individuales y las garantías fundamentales*: Estos son límites establecidos en favor de los destinatarios del poder y no podían ser sobrepasados por ninguno de los detentadores institucionalizados del poder. Estos derechos constituyen zonas de autodeterminación individual inaccesibles al poder del Estado.

3. *El pluralismo*: Los grupos pluralistas — los “poderes intermedios” de Montesquieu y de Tocqueville — se interponen entre la masa de los destinatarios del poder y los detentadores del poder instituídos influyendo y determinando el ejercicio del poder de estos últimos.”

A propósito das características dos controles verticais, Loewenstein mostra que:

— “o federalismo e as garantias fundamentais estão institucionalizados por normas jurídicas”; e

— o pluralismo, por outro lado, diz o autor, “é uma manifestação sociológica e, portanto, metajurídica. Ele atua, por conseguinte, entre a sociedade propriamente dita e os detentores do poder”.

Estes controles atuam unidos dentro da sociedade servindo como uma “limitação ao leviatã estatal”, de modo a amenizar o “impacto do poder estatal exercido pelos detentores oficiais do poder sobre o status sócio-econômico e político do indivíduo, tal como o fazem os grupos pluralistas”.

4.2. Funções do controle

O controle do sistema político, consideradas, por enquanto, as suas relações com o meio ambiente, desempenha duas funções básicas relativamente à dinâmica do sistema político: a função *legitimação* e a função *limitação* das ações políticas.

Com relação à primeira função, ou seja, a *legitimação* do sistema político, cabe salientar que as idéias de correlação entre o governo e o meio induzem o conceito político de *legitimidade* já definido "como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer do uso da força, a não ser em casos esporádicos". (Levi, 1986)

Continua LEVI, explicando a busca da legitimidade: "É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão".

O insucesso na gestão dos negócios do Estado, isto é, quando o Estado age em desacordo com os valores ou com as necessidades do agrupamento nacional, elicia um descompasso capaz de gerar tensão no sistema político.

Quanto à função *limitação*, deve-se lembrar que os controles verticais, ao exigirem a prevalência da norma, a observância da descentralização política, e o livre debate das questões através de um pluralismo responsável, isto é, preocupado efetivamente com a administração legítima da *res publica*, em detrimento de egoísmos pessoais ou de grupos, conformam as variáveis da atividade estatal dentro de parâmetros democráticos.

É conveniente observar neste estágio do estudo que existe uma relação entre os controles do sistema político e as suas *capacidades e funções*.

No que tange à *capacidade regulativa*, por exemplo, há uma estreita relação com a função *limitação* do poder político exercido pelo sistema. Assim, a intervenção estatal na sociedade é balizada pelo ordenamento jurídico dentro de uma sociedade democrática. Evidentemente, esses pressupostos limitativos do poder do sistema político não têm relevância em um sistema totalitário. Neste, a ocorrência de qualquer fenômeno social é diretamente controlada pelo Estado, já que este constitui, do ponto de vista teleológico, a essência fundamental da organização da sociedade.

É pertinente observar, também, que a *capacidade extrativa* sofre as injunções dos controles verticais. A administração fiscal desenvolve suas ações em consonância com orientações normativas que visam a proteger os direitos individuais e as competências estadual e municipal.

A própria *capacidade distributiva* não está infensa aos reclamos dos indivíduos, dos grupos de interesse e dos poderes políticos regionais e locais. Todo um emaranhado de solicitações flui, portanto, para o sistema político,

ao qual compete organizar, em diferentes níveis, respostas adequadas às necessidades da coletividade.

Forjam-se, pois, as relações distributivas em meio de complexos controles que vão desde as expectativas psicológicas como honorarias até a assistência material, passando, sem dúvida, pela apresentação de serviços como o ensino e a justiça.

A eficiência do sistema político caracteriza-se pela sua capacidade responsiva. Por esta capacidade, o sistema revelará o seu grau de adaptabilidade às exigências de indivíduos e grupos. A rigidez do sistema em atender, no tempo adequado, às exigências do meio, faculta a geração de tensões passíveis de se transformarem em crise.

4.3. *Disjunções*

Segundo EASTON (1970), os sistemas políticos persistentes necessitam *atender adequadamente a duas funções*: “*devem estar aptos a repartir os valores por uma sociedade e poder induzir a maioria dos membros a aceitar essa repartição como obrigatória, pelo menos na maior parte das vezes*”. Continua o autor mais adiante, “... essas duas propriedades de caráter distintivo — as distribuições dos valores pela sociedade e a frequência relativa de complacência a estas — são as *variáveis essenciais* da vida política...”.

“Uma das importantes razões para a identificação dessas variáveis essenciais é que ela nos possibilita um meio de estabelecer quando e como os distúrbios que agem sobre um sistema ameaçam causar-lhe tensão. Podemos dizer que a tensão ocorre quando há perigo de que as variáveis essenciais sejam arrastadas para além do que podemos designar como sua *escala crítica*.”

Explica o autor que um evento que cause *desequilíbrio* ao sistema, como por exemplo uma derrota militar “ou uma severa crise econômica, provoca desorganização geral e aversão ao sistema”.

“Vamos supor que, como resultado, as autoridades tornem-se incapazes de tomar decisões, ou as decisões que tomem não sejam mais regularmente aceitas como obrigatórias. Em tais condições, não são mais possíveis as distribuições autoritárias de valores, e a sociedade entra em colapso pela falta de um sistema de comportamento que preencha uma das suas funções vitais.”

Em síntese, Easton procura caracterizar a capacidade do sistema político em cumprir, com justiça e equilíbrio, a sua função social e, como consequência desta habilidade, receber apoios que legitimem suas decisões e ações.

Ressalte-se, complementarmente, a existência de um certo número de aspectos que influenciam as *variáveis essenciais* referidas por Easton. Assim,

o desempenho do sistema político depende, também, das relações que ele empreende com o meio ambiente.

Evidenciam-se, como essenciais para o sistema político, portanto, as funções desempenhadas por ele em termos de *input* e *output*, ou seja, a análise do desempenho do sistema passa obrigatoriamente pelo exame das categorias funcionais que caracterizam as demandas e apoios que o sistema recebe e, naturalmente, categorias que resultam nas decisões e ações que o sistema gera.

Considerando, em resumo, que o desempenho do sistema político está sujeito ao seu relacionamento com o meio ambiente, cabe destacar mais detidamente as características das categorias relativas ao *input* e ao *output* do sistema, a fim de identificar áreas passíveis de gerar disfunções ao sistema.

Recordando o modelo proposto por ALMOND e POWELL (1972), é importante "examinar as maneiras pelas quais (1) as demandas são formuladas (articulação de interesses); (2) as demandas são combinadas na forma de cursos alternativos de ação (agregação de interesses); (3) as regras oficiais são formuladas (elaboração de regras); (4) essas regras são aplicadas e impostas (aplicação de regras); (5) essas aplicações de regras são determinadas por lei em casos individuais (adjucação de regras); e (6) essas várias atividades são comunicadas tanto dentro do sistema político quanto entre o sistema político e seu ambiente (comunicação)".

Cabe enfatizar em relação ao meio ambiente disfunções que são passíveis de ocorrer nessas categorias de análise proposta por Almond e Powell (1972).

4.3.1. *Disfunções relativas ao input*

Segundo ALMOND e POWELL (1972), a *articulação de interesses* é "o processo pelo qual os indivíduos e grupos apresentam demandas aos tomadores de decisões políticas".

Em relação a esse processo essencial em termos de *input*, que pode ocorrer quando uma multidão protesta contra decisões ou exige uma determinada ação do governo, é possível citar alguns pontos importantes que causam problemas ao sistema político.

No que tange à expressão de interesses, os próprios autores explicam que haverá insatisfação das demandas, quando "grupos da sociedade não encontrarem fórmulas que permitam levar ao sistema político seus interesses e necessidades". "Os descontentamentos resultantes podem levar à violência ou requerer supressão pela elite".

Efetivamente, há vários instrumentos de articulação de interesses. A organização mais simples na expressão de interesses reside nos próprios indivíduos como articuladores. Segundo os autores mencionados, "pode ser

que uma pessoa procure influenciar as decisões políticas por razões financeiras ou profissionais, por objetivos considerados mais nobres". Assim, também em relação ao indivíduo, as dificuldades de acesso aos canais políticos geram frustrações.

Os problemas ventilados sobre as "auto-representações estendem-se, também, aos grupos anômicos de interesse, com sua penetração um tanto espontânea no sistema político através de rebeliões, assassinatos e atos do gênero".

Os *grupos não-associativos de interesse* podem ser acrescentados à categoria dos *grupos anômicos*. São os primeiros "os grupos consangüíneos, étnicos, regionais, da mesma posição social ou classe, que articulam periodicamente seus interesses através de indivíduos, chefes de família, chefes religiosos, etc."

Existem também problemas disfuncionais de acesso, ao sistema político, de estruturas específicas como os *grupos associativos de interesse*, que "são as estruturas especializadas de articulação de interesses — sindicatos trabalhistas, organizações de homens de negócios ou industriais, associações étnicas, associações organizadas por grupos religiosos, etc."

Outro nível de articulação é constituído pelos *grupos institucionais de interesse*, que "são aqueles existentes em organizações como partidos políticos, legislativos, exércitos, burocracias e igrejas".

Mais adiante, os autores dizem que "os partidos políticos podem constituir a base dos grupos institucionais de interesse. Ao fazer tal afirmação, distinguimos entre a função do partido de representar e agregar — combinando ou unindo — os interesses de seus membros, e o comportamento de pequenos grupos dentro do partido que utilizam sua posição institucional para articular interesses particulares".

Descritos os instrumentos de articulação, é fundamental caracterizar as influências que condicionam o desempenho dos indivíduos e grupos na articulação de interesses.

Quanto à natureza do *input*, existem outras manifestações disfuncionais gerais que atingem, normalmente, todas as espécies de *input*. Destacam-se nesse processo:

— *Disfunções culturais*

Primeiramente, cabe ressaltar a definição de *cultura política*. Segundo ALMOND e POWELL (1972), "cultura política espelha o padrão de atitudes e orientações individuais com relação à política compartilhada por membros de um sistema político".

Para estes autores, "o reino pessoal é a base das ações políticas e o que lhes confere significação. Esses aspectos individuais incluem: (a) orientações cognitivas como o conhecimento, preciso ou não, de objetos e credos políticos; (b) orientações afetivas, como os sentimentos de ligação, envol-

vimento, rejeição e outros, a respeito de objetos políticos; e (c) orientações avaliativas, como julgamentos e opiniões sobre objetos políticos, que usualmente envolvem a aplicação de padrões de valores aos objetos e fatos políticos.

Os três aspectos ventilados permitem evidenciar os seguintes problemas de disfunção da cultura política:

Disfunção cognitiva — Na medida em que o homem vive em sociedade, ele é partícipe do processo político e, portanto, deve conhecer o seu papel na sociedade; isto é, ter capacidade cognitiva para perceber a realidade política em que vive.

O alheamento do indivíduo em relação ao meio político constitui uma disfunção no processo de socialização.

Disfunção Afetiva — O indivíduo sofre as influências dos grupos de socialização como a família, a escola, as entidades profissionais, etc. Embora ele possa ter absorvido conhecimentos sobre o processo político, esses podem ter sido orientados segundo exemplos ou referências incompletos ou distorcidos. Assim, o indivíduo terá uma percepção errada do sistema político, respondendo emocionalmente às demandas desse sistema. O negativismo é um exemplo desta disfunção afetiva.

Disfunção Avaliativa — A visão patrimonialista do sistema político é um exemplo desta disfunção, uma vez que os cidadãos que sofrem deste viés avaliativo absorveram valores que não se afinam com o conceito de sociedade democrática.

Tratar, portanto, a *res publica* como *res privata* é para muitos conduta perfeitamente normal, em completa desconsideração ao direito sagrado de preservação do interesse e do patrimônio públicos.

A *Disfunção Participativa* é também uma conseqüência do aspecto cultural. Neste estágio, convém destacar que os aspectos anteriormente analisados levam a considerar, também, um outro que deles necessariamente decorre. Trata-se da capacidade de participação dos indivíduos no sistema político.

Em razão da evolução histórico-cultural, os indivíduos adquirem uma certa atitude em relação ao fenômeno político. Nesse sentido, eles poderão ser meros *espectadores* dos acontecimentos políticos, embora saibam que os *outputs* do sistema podem influenciar significativamente suas vidas, ou, então, *participantes*. Estes, segundo ALMOND e POWELL (1972), "são os indivíduos que têm consciência das estruturas e processos de *inputs* e que, além disso, se engajam, ou se consideram potencialmente engajados, na articulação ou expressão de demandas e na elaboração de decisões".

Mais uma vez aqui ressalte-se que a visão que o indivíduo e os grupos têm do sistema político é essencial para que haja a necessária integração do sistema com o meio ambiente.

Destacam-se aqui as palavras de ALMOND e POWELL quando afirmam que “Os cidadãos das novas nações muitas vezes vêem apenas os benefícios dos *outputs* governamentais, talvez, os canais através dos quais possam apresentar demandas. Não adquiriram uma atitude positiva de colaboração com o governo — ou seja, não aprenderam a obedecer às leis”.

Mais adiante, os autores enfatizam a consciência individual no que tange ao processo participativo dizendo que “. . . o mais importante é o reconhecimento particular do indivíduo de quais canais de ação lhe podem estar abertos, ou seja, se ele, como indivíduo, sente que pode influenciar ações do governo”.

Deste modo, é conveniente sublinhar que o *suporte* ou o *apoio* do processo político é, em grande medida, decorrente da participação dos indivíduos e grupos no sistema político.

Disfunções quanto à utilização dos meios legais de participação política oferecidos pelo sistema de socialização e pelo próprio sistema político geram insatisfação e descrédito em relação à solução política de questões individuais e coletivas, estimulando a corrupção, a desobediência às normas, a prevalência dos interesses individuais sobre os da sociedade.

Nesse sentido, cabe salientar o aspecto da *confiabilidade* do sistema político. Muitos problemas de ordem política resultam da falta de credibilidade do próprio processo político, ou seja, questiona-se a legitimidade de composição dos interesses representativos dos indivíduos e grupos que integram a sociedade.

Exemplificando o exposto, afirmam ALMOND e POWELL (1972) a respeito do modelo inglês que “A tradição de consulta e negociação com todos os partidos interessados no processo de elaboração de leis reflete essa concepção do processo político com uma firma de combinar e agregar necessidades e demandas legítimas”.

Sob outro ângulo, os autores comentam a visão marxista do problema que se pauta na ubiqüidade do conflito. Dizem eles que para os marxistas “todas as nações políticas representam tentativas da classe dominante manter seu domínio sobre as classes subordinadas, ou então esforços dos oprimidos para livrar-se de seus grilhões. A distinção entre essas visões contrastantes do processo político é importante na cultura política das elites e também das massas”.

É oportuno observar que a visão do processo político pode ensejar uma participação construtiva, no primeiro modelo, ou caótica, conforme querem os marxistas.

A cultura que está servindo de paradigma de referência é que determinará a vertente de postura política a ser adotada por indivíduos e grupos nas suas interações com o sistema político.

Urge destacar mais uma vez, portanto, a necessidade de fixar conceitos como o de *impessoalidade* política. É lícito afirmar que disfunções partici-

pativas são decorrentes de carências normativas, ou seja, de uma cultura política que transforme as "discordâncias políticas" em querelas pessoais, em que o egoísmo e a perseguição sobrepujam valores como o desprendimento e a moderação.

A respeito desse fenômeno, dizem os autores que já referenciamos: "Um teste definitivo de um sistema responsivo e democrático é sua capacidade de transferir o poder governamental de um conjunto de líderes para outro. Isso pode ocorrer entre partidos ou dentro de um mesmo partido, mas se o nível de confiança pessoal é baixo, se o processo político é visto como um conflito de vida e morte, e se há pouca cortesia política, moderando os conflitos abertos, será muito difícil que a elite dominante renuncie a seu papel no processo político e passe-o a um novo grupo de atores políticos. As perdas podem parecer muito grandes; a oposição parecerá muito perigosa".

Este fenômeno ora relatado cerceia a participação política que se resume a grupos hermeticamente fechados. O valor segurança prevalece norteando toda a decisão política ainda que em desrespeito ao seu sentido teleológico, à sua destinação democrática.

A *percepção do papel do sistema político pela sociedade é tida também como fator importante no processo político*. "É o sistema político considerado como um meio de manutenção e regulamentação dos padrões vigentes de comportamento econômico e social, ou é considerado um instrumento de mudança?" (ALMOND e POWELL, 1972). Este tipo de questão leva a caracterizar a dinâmica do processo político que determina, no meio ambiente, posturas decorrentes das interações ou experiências de relacionamento entre as partes integrantes do sistema social globalmente considerado.

A imagem decorrente do comportamento do sistema político ensejará participação positiva caso seja aceita; negativa, quando despertar desconfiança; ou, ainda, a omissão, quando transmitir indefinição de postura ou propósitos.

Os *partidos políticos* desempenham importante papel com relação à *agregação de interesses* definida por ALMOND e POWELL (1972) como a "função de converter demandas em alternativas políticas gerais".

Levando-se em conta que "a estabilidade política e a consecução de objetivos políticos dependem do comportamento ordenado das massas de indivíduos que compõem a sociedade, é imprescindível a existência de interlocutores institucionalizados, ou seja, diretamente reconhecidos como instrumentos legais e legítimos para consolidar os interesses da comunidade.

Transformando, portanto, as exigências ou demandas das massas em alternativas políticas factíveis, o partido político em uma sociedade democrática é um poderoso meio para "articular e agregar demandas".

Diferentemente, nas sociedades totalitárias, ele constitui um “meio de obter apoio”; e, numa sociedade em fase de transição, ele funciona “como uma agência para criar e estruturar novos padrões de comportamento”.

Destacadas algumas características dos partidos políticos, é conveniente mencionar disfunções que ocorrem no desenvolvimento de suas atividades, ou seja, distorções relativas à prática política.

Disfunção no “recrutamento político” — Sendo o partido político um instrumento de agregação política, ele deve permitir que os correligionários ou os cidadãos afinados com o seu programa participem efetivamente da vida política.

As decisões de gabinete, os conchavos realizados entre elites e outras manobras espúrias desqualificam o sentido político em termos da sua destinação num regime democrático.

A questão da *ideologia partidária* é outro ponto fundamental.

Considerado como um sistema de idéias, o partido político defende, em seu programa, determinados princípios ideológicos que, inclusive, determinam, muitas vezes, a adesão de significativas parcelas de eleitores. Há, portanto, um compromisso entre as massas e o programa partidário, o qual, além do mais, sofre um processo de legitimação pelo voto.

Suscetíveis aos interesses de grupos minoritários e aos interesses de facções dirigentes, não raro esses partidos desviam-se das metas estabelecidas, gerando instabilidade política, oriunda da insegurança que passa a reinar.

Não se devem entender fracionamentos partidários como disfunção. Na verdade, o que se deseja ressaltar é que a fraca estabilidade dos sistemas partidários ou a sua incapacidade para representar interesses de grupos importantes leva incerteza ao sistema político, que, por sua vez, a transmite ao meio ambiente. Em síntese, manifesta-se uma carência de confiabilidade no sistema, dificultando, em grande medida, as relações sociais.

Disfunções na Socialização Política — Conforme afirmam ALMOND e POWEL (1972), “podemos distinguir dois tipos de socialização política desempenhada pelos partidos políticos. O primeiro é um reforço da cultura política vigente, desde que haja continuidade de desempenho. O segundo é o desencadeamento de uma mudança significativa dos padrões políticos culturais vigorantes. . . Um exame rápido mostra que o reforço da cultura política vigente pode tanto beneficiar quanto prejudicar o sistema político”.

A disfunção ocorre quando a socialização política levada a efeito pelos partidos não consegue mobilizar os cidadãos para participarem do processo político em virtude do descrédito na solução política como alternativa para **satisfação de demandas**. Esse fenômeno remete os interesses para vias de **solução impróprias**, tais como a corrupção, a chantagem, etc., responsáveis pela deterioração do sistema.

4.3.2. *Disfunções relativas ao output*

Relativamente ao *output*, cabe destacar a *função de adjudicação de normas ou função judicial*, dada a sua íntima relação com o meio ambiente.

Em termos efetivos, a sociedade, de um modo geral, desconhece grande parcela do ordenamento jurídico que regula as relações sociais.

O advento de um caso concreto, todavia, atingindo interesses específicos, catalisa as atenções para o fenômeno jurídico, dando-lhe, muitas vezes, exagerada dimensão social.

Registre-se, contudo, que várias normas não são exercitadas, pois não atingem profundamente a maior parte dos interesses gerais da comunidade. No entanto, as questões de interesse comum assumem caráter explosivo e podem gerar distúrbios de comportamento.

Embora a função judicial esteja sendo enfocada, as funções de "elaboração e de execução da norma" sofrem semelhantes injunções em relação à comunidade. Nesse tipo de consideração, é preciso, portanto, estabelecer qual a variável comum que afeta o sistema político no que se refere ao *output*, ou seja, no conjunto de decisões e ações que se destinam ao meio ambiente.

Nesse, como em outros pontos deste trabalho, evidencia-se o aspecto da falta de *confiabilidade*, ou seja, disfunções na aplicação da lei levam ao descrédito nas soluções judiciais.

O aspecto disfuncional caracteriza-se, portanto, pela independência dos órgãos encarregados de administrar a justiça, os quais, não raro, em virtude de uma atuação ineficaz ou mesmo política comprometem valores essenciais à soberania do próprio sistema político.

Essa afirmação concorre para confirmar que o desgaste da via legal, ou mesmo da própria lei, conduz a sociedade a uma espécie de apatia, de incredulidade no que tange ao primado do Direito. Desse modo, é possível o surgimento de processos anômicos, ou seja, "a realização do processo de dessocialização, o refúgio do indivíduo em seu próprio *ego*, a rejeição cética de todos os vínculos sociais". McIver (1986). O autor em pauta esclarece, ainda, que a anomia não se caracteriza apenas pela "ausência de lei". Esse processo pode significar "o estado de espírito de um indivíduo arrancado de suas raízes morais, que já não tem padrões, mas somente impulsos desconexos, sem qualquer sentido de continuidade de *folk*, de objeção".

McIver considera a anomia um processo pernicioso à democracia, acarretando-lhe conseqüências políticas.

A dimensão do fenômeno da anomia também é caracterizada por Merton e por Parsons (1986). Para o primeiro, a anomia representa "instabilidade e refere-se também à desmoralização e à desinstitucionalização". Para o segundo, ela significa "a ausência da complementaridade estruturada do processo de interação, ou, o que vem ser a mesma coisa, a derrocada total da ordem normativa".

A ruína do primado do Direito afeta, portanto, não só a sociedade mas também o próprio indivíduo e constitui, pela integridade que traz, fator importante em termos de instabilidade do sistema político e do meio ambiente.

— *Disfunção de Comunicação*

A disfunção relativa à comunicação política é também, em grande medida, um aspecto de desequilíbrio para o sistema político.

É conveniente observar que ALMOND e POWELL (1972) caracterizam a importância desse aspecto dizendo que “o desempenho da função de comunicação não inclui todas as outras funções políticas, mas, ao contrário, constitui um requisito necessário ao desempenho de outras funções”.

Os autores mencionados distinguem cinco tipos de estruturas de comunicação política: “(1) contatos informais, diretos e pessoais, que ocorrem mais ou menos independentemente de outras estruturas; (2) estruturas sociais tradicionais, tais como relações de família ou de grupo religioso; (3) estruturas políticas de *output*, tais como legislativos e burocracia; (4) estruturas políticas de *inputs*, incluindo sindicatos e grupos similares de interesses, e partidos políticos; e (5) os meios de comunicação de massa”.

Relativamente às estruturas mencionadas, destaca-se, também, o aspecto da “independência das estruturas de comunicação”. Entendem ALMOND e POWELL (1972) que “uma estrutura independente é aquela que é livre de dominação por parte de líderes políticos ou de interesses particulares da sociedade”.

Observe-se que o controle em grau elevado dos meios de comunicação é próprio dos sistemas totalitários, que recebem e divulgam apenas as informações permitidas pelas elites dirigentes.

A liberdade de comunicação não significa, todavia, que se admita a agressão aos valores da sociedade. Cabe ao próprio sistema político fixar normas que definam os limites da comunicação na sociedade.

No entanto, problemas decorrentes de centralização excessiva, a qual arrasta o sistema para “ações ineficientes e irracionais” geram perspectivas errôneas sobre o desenvolvimento do processo político. Esses aspectos, por sua vez, induzem à perda de *legitimação* e estimulam subterfúgios que comprometem a necessária *transparência* da dinâmica do processo político.

4.4. *Hipóteses de crise*

Recordando a definição de crise interna, entendida como um momento de ruptura no funcionamento regular e previsível de um sistema político, convém caracterizar as *hipóteses* de crise como incapacidade do sistema político em atender às demandas do meio ambiente.

De outra forma, é possível dizer que o sistema político reage aos *inputs* segundo fatores humanos, materiais e organizacionais. São os men-

cionados parâmetros de análise que permitem avaliar a capacidade do sistema em gerir demandas concretas endereçadas ao sistema.

A crise incide justamente na incapacidade de o sistema processar demandas, em virtude de deficiências em termos dos referidos fatores humanos, materiais e organizacionais.

Os *fatores humanos*. Não obstante todas as considerações efetuadas sobre as disfunções relativas ao *input*, cabe destacar as percepções e as reações da elite política em relação aos fenômenos políticos.

Com referência a este fator, convém recorrer ao pensamento de ALMOND e POWELL, quando dizem que: "As elites políticas, ou seja, os seres humanos que desempenham papéis de elite, têm seus próprios objetivos e temores, percepções e crenças. . . . Falando em termos gerais, as respostas da elite aos *inputs* ou demandas podem tomar a forma de repressão, indiferenças, substituição ou acomodação".

Explicando as possibilidades de resposta do sistema político, escrevem os autores que "*a repressão de demandas* exigirá um aumento da capacidade reguladora do sistema político", isto é, normas serão elaboradas para conter a legalidade das exigências.

Esse ponto enseja muitas vezes um exagerado intervencionismo do sistema político no meio ambiente interno, o que pode acarretar a geração de problemas em termos de controle do poder político, que, conforme já foi dissecado, abrange o federalismo, os direitos e as garantias individuais, bem como o pluralismo.

"*A indiferença ou o desconhecimento* podem resultar em maior pressão sobre o sistema político, produzindo demandas mais intensas e tornando mais difíceis as respostas tardias."

Ignorar as demandas pode significar um aumento de tensão que favorece as formas radicais de interação política, tais como a chantagem, os distúrbios, os atos terroristas, etc. É oportuno mencionar que a radicalização se efetiva também quanto à cultura política vigente, questionando-lhe a realidade e a própria democracia como sistema político.

"*As respostas substitutivas* podem, por exemplo, tomar a forma de desviar os grupos de suas demandas por maior participação ou assistência social, gratificando suas necessidades e aspirações de identidade nacional através de uma política externa agressiva. Outra resposta substitutiva pode ser a concessão de mais assistência social, sem o atendimento das demandas por maior participação e democratização."

Dependendo da cultura política ou social, essas substituições podem não ser bem recebidas pela sociedade e gerar um aumento da pressão da demanda sobre o sistema. Esse caso específico leva a evocar a revolução iraniana. Apesar de o Xá concentrar o esforço de seu governo na moder-

nização do país, conforme os padrões culturais do Ocidente, o povo estava cada vez mais sensível ao apelo do conservadorismo religioso xiita.

“As respostas acomodativas por parte da elite tomam a forma de omissões ou mudanças estruturais que, em certa medida, satisfazem as demandas do sistema político.”

Devem-se citar, a propósito, as mudanças políticas ocorridas na África do Sul em que novas regiões autônomas foram criadas para atender a demandas específicas de participação política.

“O nível de recursos materiais requerido para o desempenho do sistema político” é outro fator a ser considerado.

Dizem ALMOND e POWELL (1972) que “a extração de serviços da população depende de seu tamanho, de suas habilidades e de sua motivação. Se um sistema se vê diante da perda de um recurso principal, é provável que suas capacidades sejam afetadas”.

Nesse sentido, ressalte-se a importância da atividade econômica, como variável de estabilização do sistema político, o que é válido com maior ênfase para sociedades culturalmente pouco participativas em termos políticos e também econômicos. Essa afirmativa tem respaldo na dependência da sociedade em relação ao sistema político, que assume, nesse caso, uma posição paternalista, como o principal gerador dos meios para satisfação das necessidades de segmentos significativos da comunidade.

A crise, nesses casos, é um fantasma que convive diuturnamente com o governo, cuja incapacidade momentânea de responder a demandas implica desdobramentos inaceitáveis e traumáticos para a sociedade.

O aparelho organizador do sistema político é também um fator importante no desenvolvimento das relações entre o sistema político e o meio ambiente. “Um sistema com uma burocracia efetiva e bem organizada, por exemplo, pode manter níveis e escalas de desempenho compatíveis com as demandas, gerando estabilidade no sistema...” Para tanto, é necessária “a presença de estruturas políticas diferenciadas e especializadas e de padrões culturais seculares”, como forma de manter, em nível adequado, a eficiência e a eficácia da capacidade do sistema político.

Assim, um sistema desorganizado estrutural e metodicamente terá embotada a sua capacidade de processamento das demandas, gerando pela ausência ou pela inadequabilidade das decisões e ações insatisfações potencialmente capazes de virem a se transformar em crises.

Em termos de sustentação, cabe aduzir referências aos níveis de *suporte* que afetam o desempenho do sistema político. “. . . Baixos índices de *suporte*”, que se refletem na eficiência e eficácia do sistema político, inviabilizam, muitas vezes, a consecução de objetivos defendidos pelo sistema político.

A radicalização entre as posições das elites dirigentes e dos segmentos políticos e/ou sociais propicia o impasse, gerando, não raro, situações de crise.

Em complemento, cabe dizer que processos de crise são freqüentes, quando, numa república federativa democrática, não são observados valores fundamentais como a autonomia dos Estados-Membros, os direitos e as garantias individuais e o pluralismo que se esteia no aperfeiçoamento político a partir da aceitação da oposição às idéias, do debate construtivo.

4.5. *Administração da crise*

Talvez o modelo cibernético concebido por Karl Deutsch seja uma grande contribuição para a tarefa de administrar conflitos e crises.

Comenta SCHWARTZENBERG (1979) sobre o modelo de DEUTSCH que "o governo consiste essencialmente em um exercício de pilotagem, em função de informações sobre a posição do alvo, sobre a distância que falta percorrer e sobre os resultados das ações precedentes. DEUTSCH propõe uma análise em termos de retroação de controle da ação com base nos erros anteriores".

É importante o comentário que SCHWARTZENBERG faz em seguida, quando diz que "o sistema político não está isolado do seu *envolvimento*. Pelo contrário seu funcionamento depende tanto de um fluxo permanente de informações provenientes desse envolvimento como de um fluxo permanente de informações relativas à sua própria marcha".

Ressalta, também, a propósito do modelo cibernético, que "o sistema não está em equilíbrio, segundo a sua imagem clássica. Participa de processos dinâmicos que dependem de fatores específicos que condicionam as relações entre o sistema político e o meio ambiente".

Tais fatores, que também exercem influências mútuas, são pontos essenciais à administração do conflito.

São esses fatores, conforme a descrição de SCHWARTZENBERG:

"1.º O *peso (load)* da informação recebido pelo sistema. Esse peso corresponde à importância e à velocidade das alterações de posição do alvo em relação ao sistema de busca... Em política, esse peso corresponde à amplitude e à freqüência das alterações às quais o governo deve fazer frente."

A solução para esse *problema* repousa num processo que permita aumentar a percepção da elite governante. Um sistema integrado de informações gerenciais, capaz de atuar junto a todos os categorias de *input* de forma racional e complementar, pode evitar problemas oriundos de ausência de percepção, incapacidade de processamento ou erro de avaliação.

"2.º O *atraso (lap)* na resposta do sistema, ou dizendo de outra maneira, a demora registrada entre a recepção da informação sobre a posi-

ção do alvo e a execução do movimento apropriado pelo sistema de busca. . .”

“Em política, pode ser o atraso que leva um governo ou um partido a responder à nova urgência ou a um desafio. Quanto tempo é necessário aos responsáveis políticos para serem informados sobre a nova situação, para chegarem a uma decisão, para a transmitirem e para que seja executada etc.?”

Além das observações já efetuadas, a propósito do fator precedente, cabe dizer que as estruturas burocráticas emperradas, com diversos pontos de controle, dificultam consideravelmente a necessária agilidade do processo de resposta. Além disso, dada a percepção diferenciada de inúmeros filtros nos canais de comunicação, é bem provável que ocorram distorções, ou seja, que, em sua trajetória complexa, a informação perca suas características originais, cedendo, muitas vezes, a contribuições perceptivas viciadas que interferem nas avaliações empíricas.

Em resumo, busca-se apontar que nem tudo o que foi percebido e registrado chega na forma e no momento adequados à oportuna tomada de decisões pelos responsáveis políticos.

“3.º O *lucro (gain)*, isto é, a soma das modificações reais do comportamento que resultam destas operações corretivas. Se a taxa de lucro é demasiado elevada, o risco dessa correção excessiva é o de se afastar do eixo de direção desejada. Em outras palavras, a reação, demasiado violenta ou demasiado viva, ultrapassará o objetivo que se pretende alcançar.

Em política, o lucro da resposta é a velocidade e a importância da reação de um sistema político aos novos dados de que tomou conhecimento.”

A qualidade, a amplitude, o custo político são aspectos que condicionam as respostas que estão sendo demandadas pelo meio ambiente. Erros de avaliação nesse sentido, conforme já foi apresentado, podem gerar desvios em relação aos objetivos e estimular radicalizações responsáveis pela ocorrência de crises. O caso da invasão das ilhas Malvinas pela Argentina talvez exemplifique concretamente o fator em tela.

“4.º A *decalagem (lead)* é a distância entre a posição corretamente prevista do alvo móvel e a posição real de onde os últimos sinais foram recebidos.”

O autor esclarece bem esse fator, mostrando com inúmeras questões a importância de um processo de previsão que evite uma situação irreversível, ou seja, a evolução dos fatos ingressam numa espécie de funil. A medida que o tempo passa, estreitam-se as hipóteses de solução, pois reduzem-se, também, as variáveis passíveis de serem modificadas, em virtude da evolução do próprio processo de radicalização das percepções.

Questiona SCHWARTZENBERG (1979): “Em política, qual é a aptidão de um governo para prever e antecipar utilmente os novos problemas

que vão surgir? Qual a sua eficácia de previsão? Qual é a sua aptidão para antecipar em relação a situações futuras? Como tentar aumentar o seu *avanço*, melhorar sua taxa de *decalagem*? Possui serviços de informações eficazes? Qual é o efeito dos debates públicos e livres, em que possam exprimir-se opiniões não ortodoxas?

A propósito da eficiência e eficácia do sistema e isso ajusta-se, sem dúvida, ao processo de administração de crises, é fundamental que sejam minimizados o *peso* e o *atraso*. Além disso, o *ganho* deve ser compatível com os objetivos pretendidos. Quanto à *decalagem*, o *avanço* a ser implementado na percepção do fenômeno de crise deve estar compatível com a velocidade do desenvolvimento dos fatos, isto é, com a rapidez do afunilamento do espectro das variáveis capazes de estancar ou amenizar a situação de crise que começa a se delinear.

Considerando os aspectos mais importantes num modelo de administração de crise, poder-se-iam, ainda, estabelecer análises de parâmetros conforme os concebidos por EASTON para ajustar o sistema político a *sobrecargas qualitativa e quantitativa*, em relação ao sistema. A primeira diz respeito à "complexidade das exigências apresentadas" e a segunda "respeita à acumulação material de exigências demasiado numerosas, que o sistema, excedido, não tem condições de tratar" (SCHWARTZENBERG, 1979).

O esgotamento do sistema é, portanto, o foco por excelência das crises de natureza política.

"É preciso, assim, ajustar as exigências à capacidade do sistema", diz o autor, descrevendo as três funções essenciais idealizadas por Easton.

A *expressão das exigências* que equivale à *expressão dos interesses* já analisada; a *regulação dos interesses*, que pode ser *estrutural*, conforme a existência de "funções especializadas na filtragem e transmissão das reclamações..." Os partidos, os notáveis, os parlamentares constituem assim as estruturas de regulação das reivindicações. Existe também a *regulação cultural* que "respeita a normas, valores e crenças que proíbem ou registram certas reclamações". Como exemplo de restrição cultural, é mencionado que "nos sistemas ocidentais, a cultura política proíbe ou limita o reverso à violência para exprimir uma exigência política".

A administração de sobrecarga no sistema leva a duas opções: "aumentar a sua capacidade de comunicação, multiplicando e diferenciando os seus canais de circulação das informações (especialização do pessoal político, desenvolvimento da burocracia etc.), e proceder ao tratamento das reclamações que leva à sua redução".

"A *redução das exigências* é, com efeito, a função pela qual o fluxo das exigências é ordenado, composto, reduzido a um número limitado de alternativas que são apresentadas ao sistema político."

Nesse momento, cabe enfatizar que a demanda deve ser organizada, sob pena de um envolvimento exagerado do sistema em questões perfunc-

tórias, comprometendo sua capacidade de análise e, portanto, de resposta.

O aumento puro e simples da burocracia tem muitas vezes efeito inverso, quando se busca agilizar a capacidade de resposta. Isso pode ocorrer quando a ampliação, em vez de propiciar melhores condições de percepção e síntese da demanda realmente significativa, serve, apenas, para acrescentar entraves à circulação da informação.

A administração de situação de crise não pode prescindir, em resumo, de um equipamento burocrático-organizacional que possibilite a percepção, a análise e a implementação eficiente e eficaz de medidas aptas a estabilizar institucionalmente o sistema político.

É fundamental, ao encerrar as observações em pauta, indagar: qual seria o valor mais importante a ser preservado pelo sistema político? Qual seria, em outras palavras, o valor sobre o qual repousa toda a consistência da atividade política, e, sem o qual, seria iminente o processo de crise?

A questão proposta talvez encontre resposta na obra de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *O Antigo Regime e a Revolução*. Diz o autor que "as sociedades democráticas que não são livres podem ser ricas, refinadas, adornadas e até magníficas e poderosas graças ao peso de sua massa homogênea; nelas podemos encontrar qualidades privadas, bons pais de família, comerciantes honestos e proprietários dignos de estima; nelas veremos até mesmo bons cristãos, pois a pátria daqueles não é deste mundo e a glória de sua religião é produzi-los no meio da maior corrupção dos costumes e debaixo dos piores governos; o Império Romano em sua extrema decadência estava repleto deles. Mas o que nunca se verá em sociedades semelhantes, ousa dizê-lo, são grandes cidadãos e principalmente um grande povo, e não tenho medo de afirmar que o nível comum dos corações e dos espíritos não cessará nunca de baixar enquanto houver união da igualdade e do despotismo".

5. Controles no sistema político

As atenções, agora, voltam-se para os procedimentos desenvolvidos no interior do sistema político. Compreende, mais especificamente, o enfoque do controle do poder político nesse sistema. Esse enfoque será dividido nos tópicos: tipos de controles no sistema político; funções desses controles; disfunções desses controles; hipóteses de crise desses controles e administração da crise desses controles. As considerações a serem efetuadas nesta parte do trabalho estão respaldadas basicamente nas idéias de Loewenstein (1986).

5.1. Tipos

As técnicas de controle no sistema político são, estruturalmente, de dois tipos. Quando as instituições de controle operam dentro da organização

de um só detentor do poder, são denominadas *controles intra-órgãos*. Quando, por outro lado, funcionam entre os diversos detentores do poder que cooperam na gestão estatal, são chamadas de *controles interórgãos*. Os controles intra-órgãos e interórgãos constituem, em conjunto, a categoria dos *controles horizontais*. Destaque-se que os controles horizontais são complementados e confrontados com os *controles verticais* — controles que operam entre a totalidade dos detentores do poder estabelecidos constitucionalmente e todas as outras forças sócio-políticas da sociedade —, já destacados em tópico precedente.

5.1.1. A Constituição

A Constituição é o dispositivo fundamental para o controle do poder no sistema político, pois é nela que estão especificadas as técnicas institucionais e de procedimento que limitam e controlam os diferentes detentores do poder no exercício das funções que lhes estão afetas. Portanto, é a Constituição que inspira a existência dos controles horizontais.

Estão afetas à Constituição as seguintes funções:

— buscar a limitação e distribuição do poder político exercido pelos seus detentores;

— criar instituições para limitar e controlar o poder político;

— buscar uma justificação espiritual e moral da autoridade;

— libertar destinatários do poder do controle social absoluto dos detentores;

— garantir a legítima participação dos destinatários do poder no respectivo processo;

— buscar a diferenciação entre as várias tarefas estatais e a sua distribuição aos diversos detentores do poder, para que não haja concentração nas mãos de um único e autoritário detentor;

— buscar a cooperação entre os diversos detentores do poder;

— prevenir-se contra bloqueios entre os diferentes detentores do poder a fim de evitar que um deles resolva o possível impasse por seus próprios meios;

— buscar a adaptação pacífica da ordem fundamental às variações das condições sociais e políticas para evitar o recurso à ilegalidade, à força ou à revolução;

— buscar reconhecimento e proteção da autodeterminação individual em face da intervenção de um ou de todos os detentores do poder.

5.1.2. Os controles intra-órgãos

O poder de um órgão institucional pode ser exercido por uma pessoa (monarca, presidente da república, primeiro-ministro) ou por pessoas, que terão de cooperar, segundo o procedimento determinado, no exercí-

cio das tarefas asseguradas à instituição (uma assembléia, um gabinete); embora essas pessoas realizem suas tarefas como indivíduos, suas atividades somente ganharão foros de realidade e validade através da ação conjunta.

Os aspectos desses controles no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário serão tratados a seguir.

5.1.2.1. *Os controles intra-órgãos no Executivo*

Loewenstein (1986) afirma que, dentre todos os detentores institucionalizados do poder político, o Executivo é potencialmente o mais perigoso para a liberdade da sociedade democrática. Daí a importância que ele atribui aos seguintes controles internos desse poder:

- organização colegiada do Executivo;
- Executivo dualista;
- estrutura de gabinete.

Por motivos políticos e psicológicos, a democracia constitucional incorporou como válida a estruturação colegiada do Executivo no intento de impedir o controle autocrático das ações desenvolvidas (magistraturas romanas, monarquia dualista de Esparta, conselho federal suíço).

O Executivo dualista é característico de muitas democracias constitucionais recentes. Ao longo dos tempos, o poder do monarca ou do chefe de Estado republicano foi neutralizado pelo requisito constitucional que exige a aprovação do gabinete para todos os seus atos políticos; desta maneira o gabinete assume a responsabilidade política. Por outro lado, a influência moral que o chefe de Estado exerce sobre o governo pode frequentemente ser uma força a tal ponto persuasiva que chega, de fato, a constituir-se um controle intra-órgão.

A estrutura de gabinete nos governos parlamentaristas não apresenta um tipo uniforme. O tipo ideal compreende uma equipe de ministros na qual o primeiro-ministro assume a liderança como *primus inter pares* sem dominar os demais. Na prática, entretanto, o centro de gravidade é o primeiro-ministro, a quem está submetido hierarquicamente o gabinete. Não obstante essa centralização, o gabinete, composto por delegados dos partidos políticos que participam do governo, ainda é um importante instrumento de controle interno do Executivo.

5.1.2.2. *Os controles intra-órgãos no Legislativo*

A autonomia funcional do Legislativo concretiza-se no princípio do autogoverno interno: o Legislativo pode ordenar e gestionar, própria e ilimitadamente, suas questões internas. Essas regras e as técnicas necessárias à sua efetivação estão fixadas geralmente no chamado regulamento parlamentar. O Legislativo tem que ter o direito de exercer o poder disci-

plificador sobre seus membros e de proteger o trabalho parlamentar em geral através da distribuição do poder — entre os diferentes partidos políticos — tanto os majoritários como os minoritários.

A ordem interna do Legislativo deve conformar-se de tal maneira, que a minoria esteja protegida contra o domínio tirânico de qualquer maioria, ou seja, o poder deve estar distribuído convenientemente entre a maioria e a minoria. Para transformar a multiplicidade de opiniões individuais em uma vontade comum, tem-se a técnica da decisão majoritária por votações. A vontade corporativa terá que manifestar-se com um alto grau de aceitação, em determinadas decisões políticas fundamentais, sob a forma de maiorias qualificadas de todo o Legislativo. Maiorias qualificadas são, portanto, uma técnica importante de controle intra-órgãos no Legislativo, por meio das quais o poder estará devidamente distribuído, possibilitando que se alcancem, ao mesmo tempo, uma eficaz proteção da minoria e uma limitação da maioria.

O sistema bicameral é considerado como o controle intra-órgão do aparato legislativo mais importante politicamente e mais eficaz funcionalmente. A função legislativa está distribuída entre duas assembleias separadas e respectivamente independentes.

5.1.2.3. *Os controles intra-órgãos no Judiciário*

A independência do Judiciário, base do Estado constitucional, contém em si mesma o perigo de que haja abuso do poder.

Os juízes independentes, além de serem livres de todo controle e vigilância por parte dos outros detentores do poder (Executivo, Legislativo, eleitorado), devem estar, espera-se, acima de qualquer influência da opinião pública. No entanto, os juízes são humanos e, como todos os mortais, estão expostos às tentações do poder ilimitado. Surge, então, a necessidade imperativa de se limitar a função judicial, protegendo-a da arbitrariedade dos juízes. Assim é que surge a organização colegiada dos tribunais. É menor o perigo de erro judicial ou de violação da lei, quando vários juízes têm que decidir por unanimidade, ou por maioria, do que quando um só juiz é o encarregado de proferir a sentença. Nos países anglo-saxônicos, por exemplo, um juiz singular profere sentença, geralmente, na primeira instância. Porém, até um tribunal composto de diversos membros pode equivoocar-se na apreciação da situação de fato, ou na aplicação da proposição jurídica à referida situação. Este perigo é evitado em todas as civilizações com uma estrutura de Estado de direito, ao outorgar um meio jurídico contra a sentença ditada em primeira instância. Frequentemente, será possível um exame posterior através de um supremo tribunal. A sentença será promulgada em única instância somente nos casos extraordinários de crimes graves contra a segurança do Estado; nestes casos, o acusado estará sempre protegido pelo controle intra-órgão, uma vez que a sentença será ditada por um tribunal composto de vários membros.

5.1.3. Os controles interórgãos

Esses controles operam nas relações que se estabelecem entre os diversos e independentes detentores do poder. A diferença do processo político na democracia constitucional e na autocracia está em que, na primeira, as diferentes atividades estatais estão distribuídas entre vários e independentes detentores do poder, que estão obrigados constitucionalmente a cooperar entre si, ao passo que, na segunda, isto não é notado. A dinâmica de interação dos diversos detentores do poder no processo político democrático constitui os controles interórgãos. O constitucionalismo democrático com seus quatro detentores do poder — Executivo, Legislativo, Judiciário e eleitorado — apresenta quatro classes de controles interórgãos: controle do Legislativo em relação ao Executivo; do Executivo em relação ao Legislativo; do Judiciário em relação ao Executivo e ao Legislativo; do eleitorado em relação ao Executivo e ao Legislativo.

5.1.3.1. Do Legislativo em relação ao Executivo

Os dispositivos de controle de que dispõe o Legislativo podem ser destacados em três campos, que, na prática, nem sempre estão claramente separados: a nomeação para cargos governamentais; o controle político sobre o exercício das funções governamentais; a destituição do governo.

O modo como os governantes alcançaram os seus cargos influenciará no exercício posterior desses cargos, já que os governantes terão ou não obrigações constitucionais ou legais perante os que foram responsáveis pela sua ascensão a esses cargos. No caso do dirigente máximo de um país, a sua designação ocorre através de eleição popular — o eleito somente será responsável perante o povo e portanto não pode ser destituído pelo parlamento — ou através do parlamento, sendo esta regra geral nas repúblicas parlamentaristas.

O Legislativo dispõe de importantes instrumentos de controle, os chamados controles políticos de rotina, no seu relacionamento com o Executivo, tais como: a iniciativa de aprovação ou rejeição de propostas legislativas apoiadas direta ou indiretamente pelo Executivo; a iniciativa de interpelar o Executivo quanto aos seus procedimentos; a criação de comissões parlamentares de investigação; a necessidade de serem ratificados pelo parlamento os tratados internacionais firmados pelo Executivo; a crítica da oposição.

Nos tipos de governo cujos detentores do Poder Executivo têm um período fixo de duração de seu cargo, o Legislativo não tem meios legais para obrigar o governo a demitir-se, caso se dispense a acusação (*impeachment*). Em oposição a isto, no parlamentarismo — e esta é uma diferença fundamental entre os dois tipos de governo — o Legislativo, através da maioria parlamentar, está em condições, a qualquer momento, de exigir a responsabilidade política do gabinete e obrigá-lo a demitir-se.

5.1.3.2. *Do Executivo em relação ao Legislativo*

Os controles institucionalizados com que conta o Executivo perante o Legislativo podem ser divididos em dois grupos fundamentais: a influência do Executivo sobre as prerrogativas do Legislativo, incluindo a elaboração do orçamento; e a influência do governo sobre a atividade e a existência do Legislativo, em sua totalidade, como detentor do poder, funcionando legalmente (o direito de dissolução parlamentar).

O esquema ideal de uma autonomia estrita de qualquer detentor do poder proíbe terminantemente a intervenção governamental na função legislativa do parlamento, em todas as suas fases — inicial, de deliberação e de aprovação de lei. Mas a realidade do processo de poder não está de acordo com esta imagem. Nada mostra mais claramente a superação da tradicional “separação de poderes” do que a posição do governo no processo legislativo. O governo é obrigado a assumir a liderança na tomada de decisão política cuja base é legislativa, e também tem que assumir a responsabilidade pela execução da decisão tomada, que se dá, normalmente, em forma de lei. Assim, em lugar de estar excluído do processo legislativo, o governo encontra-se inseparavelmente unido a ele. Em uma democracia constitucional, a intensidade da participação governamental depende do tipo de governo em vigor.

A divisão tradicional de funções entre os detentores dos poderes Executivo e Legislativo significaria que uma lei aprovada pelo parlamento seria definitiva, estando livre de qualquer controle governamental. Ocorre que este não é o caso. É certo que no parlamentarismo o controle do Executivo sobre a lei aprovada pelo Legislativo é praticamente nulo, em virtude de que, na *interdependência por integração*, todas as leis estarão pelo menos aprovadas pelo Executivo, quando não forem propostas por ele. O controle *interórgão* do Executivo sobre o produto legislativo elaborado é máximo no presidencialismo por ser baseado na *interdependência por coordenação*. Nas relações do Executivo com as leis aprovadas pelo Legislativo, cabe ainda destacar:

— no parlamentarismo, é necessária uma confirmação formal da legislação parlamentar pelo Chefe de Estado (sanção ou promulgação);

— ao Executivo é dado o direito de veto suspensivo contra a lei aprovada pelo Legislativo (poderoso controle em governos baseados na interdependência por coordenação);

— o Executivo pode-se valer do veto absoluto à legislação com origem no Legislativo.

Ainda no contexto das relações entre o Executivo e o Legislativo, destaque-se que o Executivo exerce diretamente funções legislativas por

iniciativa própria ou por delegação (autorização que recebe o Executivo, do Legislativo, para emitir as disposições necessárias que permitam executar as leis aprovadas pelo parlamento), em decorrência das relações cada vez mais complexas do governo com a sociedade.

A dissolução do parlamento, das duas câmaras ou da câmara baixa, é um dispositivo que está presente somente no parlamentarismo. Por razões estruturais, é incompatível com o presidencialismo. Assim como nos controles interórgãos o voto de desconfiança é a principal arma do Legislativo frente ao Executivo, o direito de o governo dissolver o Parlamento e convocar novas eleições é a principal arma do Executivo perante o Legislativo.

5.1.3.3. *Do Judiciário frente ao Executivo e ao Legislativo*

O Judiciário ocupa uma posição única no quadro do processo de poder. Se a independência judiciária implicasse liberdade de todo controle interórgão exercido por qualquer outro detentor do poder, não seria admissível qualquer intervenção nas atividades dos tribunais por parte dos outros detentores do poder. A função judicial deveria limitar-se a executar a decisão política sem se estender às outras funções.

Com a evolução da função do Judiciário, houve uma transformação radical, com este Poder elevado à categoria de autêntico terceiro detentor do poder. Com isto, o Judiciário dispõe de eficazes controles interórgãos frente aos outros detentores do poder, quais sejam:

— o direito de os tribunais supervisionarem e comprovarem a concordância das ações do Executivo com sua base legal;

— a competência judicial para o controle da constitucionalidade das leis emitidas pelo Executivo e pelo Legislativo;

— em alguns ordenamentos jurídicos, a decisão arbitral sobre conflitos que surjam no exercício das funções afeitas aos outros detentores do poder.

O primeiro campo submetido aos controles interórgãos de que dispõe o Judiciário é o administrativo. A este cabe a decisão de conflitos sobre atos da administração pública que afetem a propriedade ou a liberdade do cidadão.

O controle da constitucionalidade é outro instrumento à disposição do Judiciário. Esse instrumento é tido como uma faca de dois gumes, pois o Judiciário, ao se pronunciar sobre a institucionalidade de leis, deixa, na realidade, de ser mero órgão encarregado de executar a decisão política e se converte em um detentor de poder semelhante, quando não superior, aos outros detentores.

O controle judicial está presente, também, na proteção das liberdades civis e dos direitos fundamentais de que dispõem igualmente todos os destinatários do poder.

5.1.3.4. *Do eleitorado em relação ao Executivo e ao Legislativo*

Na democracia constitucional, a totalidade do povo — organizada como eleitores e mobilizada para a ação política pelos partidos — participa livremente no processo de poder. O eleitorado é o detentor supremo do poder, exercendo um controle final sobre o Executivo e o Legislativo. O eleitorado participa no processo político, indiretamente, ao eleger representantes individuais e partidos para o Legislativo e para o Executivo, aos quais confia a tomada de decisões, ou diretamente por meio de referendo e plebiscito.

5.2. *Disfunções do sistema político*

Em consonância com a divisão de controle mútuo do poder político, cabe, neste estágio de estudo, mencionar aspectos disfuncionais característicos do sistema político em si mesmo considerado.

Assim como existem influências externas ao sistema político no seu relacionamento com o meio ambiente, outras, de natureza interna, afetam a dinâmica operativa.

Conforme EASTON (1968) afirma, “não parece razoável falar desses acontecimentos como *inputs* desde que eles já ocorram dentro do sistema...”.

“Precisamos ter o trabalho de fazer esta distinção porque o reconhecimento das duas categorias sensibiliza-nos para o valor de observar dentro do sistema assim como no meio ambiente, a fim de encontrar as principais influências que podem causar pressão.”

A partir destas considerações, cabe destacar a imprescindibilidade das relações ou dos controles interórgãos, isto é, controles que operam dentro do sistema político e que afetam o equilíbrio das ações e decisões que dele partem.

Objetivando alcançar, portanto, a necessária transparência e legitimidade do processo político, o Estado moderno constitucional deve adotar mecanismos de controle com vistas a promover a adequação do desempenho das funções políticas relativas ao *output* às exigências da sociedade.

Aproveitando o modelo concebido por ALMOND e POWELL (1972), convém destacar as principais categorias de *output* e suas disfunções, tendo em vista a estabilidade e a eficácia do sistema político.

A análise da função *decisão de normas*, por exemplo, indica um ponto disfuncional relevante que se refere ao próprio processo legislativo. Segundo

os autores retromencionados, “é da natureza do tradicionalismo resistir à idéia da decisão de normas, uma vez que a mesma dá legitimidade à mudança de normas”.

“Como conseqüência, um dos mais importantes meios de mudança da estrutura política e da política governamental nos sistemas tradicionais é o processo carismático que impõe a mudança. O constitucionalismo, por outro lado, representa uma secularização dos limites à ação política e ao poder político, ou seja, as normas devem ser feitas de certas maneiras por instituições específicas e dentro de certos tipos de limitações.”

Observa-se, pois, que a disfunção é decorrente muitas vezes de interesses específicos de grupos ou indivíduos que procuram institucionalizar práticas legislativas ao arpejo quer da racionalidade quer da vontade popular.

Segundo ALMOND e POWELL (1972), existem na barganha política *diferentes modos de interação, visando a padrões específicos de manifestação de interesses.*

Assim, a *decisão de normas* pode decorrer de: “(1) integração acobertada pela ação de agentes “econômicos notáveis”, ou seja, o funcionamento nos bastidores de poderosos interesses econômicos; (2) uma grande coalizão (união) de coalizações centralizada no Executivo; (3) uma coalizão de grandes chefes; (4) soberanias independentes com esferas de influência”. Isto caracteriza a grande possibilidade de ocorrer desvios de funcionamento, o que indica a necessidade, para que o próprio sistema seja aceito pela sociedade, de controles específicos.

Todavia, cabe destacar que o jogo democrático não elimina as formas extralegais na composição política dos interesses. Entende-se, no entanto, que a dinâmica política não pode privilegiar o processo político espúrio, ou seja, ilegal e ilegítimo, em flagrante agressão aos interesses da nacionalidade.

A função aplicação de normas pode ser considerada, dentro do Estado moderno, a partir de “organizações através das quais os dirigentes ou decididores de regras buscam executar suas decisões” (ALMOND e POWELL, 1972).

Nesse sentido, os autores ora citados mencionam que “a teoria política moderna, seja democrática ou marxista-leninista, tem-se preocupado com o problema de tornar a burocracia instrumental para os partidos políticos e responsiva a normas ideológicas ao invés de se preocupar exatamente em determinar o que ela é”.

Isto demonstra o predomínio do caráter competitivo da ideologia nos últimos tempos, a ponto de influir substancialmente no desempenho da burocracia. Esta constatação evidencia que os conflitos ideológicos internos

da burocracia, quando radicalizados, dificultam a capacidade de resposta do sistema político.

O aspecto ventilado de condicionamento da burocracia ao desempenho de partidos políticos permite observar que a fragilidade do sistema partidário, isto é, quando ele "é incapaz de produzir uma liderança estável e unificada", reflete-se no sistema político. A burocracia, neste caso, passa a ser alvo dos poderosos grupos de interesse que podem até "colonizá-la", visando ao atendimento de seus propósitos.

"Na Grã-Bretanha, por outro lado, a existência de dois partidos relativamente unidos, alternando-se no controle do Parlamento e do Gabinete, criou uma situação em que a burocracia funciona como um instrumento relativamente efetivo de aplicação de normas das agências políticas — Gabinete, Partido Majoritário e Parlamento." (ALMOND e POWELL, 1972).

O aparato burocrático exige, enfim, soluções específicas que desenvolvam mecanismos equilibrados de formulação política. Isto significa adotar recursos capazes de racionalizar o processo decisório, que se efetiva, por exemplo, pela formação de comitês de assessoramento competentes para estabelecer diretrizes governamentais no mais alto nível.

Embora tenha sido tratada anteriormente, a função judicial tem reflexos específicos dentro dos próprios limites do sistema político. Este aspecto evidencia a competência do Judiciário como instrumento imparcial de controle do poder político, particularmente na sua dimensão horizontal, conforme ora se analisa.

O principal viés, nesta particular função, consiste no uso da estrutura de "adjudicação de normas" para validar, independentemente dos feitos, das normas e dos valores, que regem a ordem social, percepções subjetivas do fato político. É, enfim, a desorientação teleológica da estrutura burocrática responsável, em muitos momentos, por impasses no controle do poder político, potencialmente aptos a gerar situações de crise.

5.3. *Hipóteses de crise*

O trato dos procedimentos referentes aos controles no sistema político privilegiou a distribuição equitativa do poder político. É, portanto, sobre a distribuição controlada desse poder no sistema político que as considerações foram desenvolvidas.

Também, aqui, é válida a idéia de que as hipóteses de crise surgem da incapacidade de o sistema político atender às demandas do meio ambiente. Ainda, as hipóteses de crise, no sistema político, surgem de contrastes entre os detentores do poder.

Não obstante algumas das hipóteses de crise no sistema político terem sido tratadas quando do enfoque do relacionamento desse sistema com o

meio ambiente, cabe dissecar as hipóteses de crise nos controles intra-órgãos e interórgãos.

Uma constatação transparece neste ponto do trabalho: as hipóteses de crise nesses tipos de controle estão primordialmente relacionadas à eficácia (propriedade que um sistema político tem de adotar e executar, com pres- teza, decisões em resposta a demandas políticas) do sistema político; são as chamadas *hipóteses de crise de eficácia*.

As hipóteses de crise no curso do funcionamento do sistema político podem ser vislumbradas quando:

— o sistema deve fazer frente a mais problemas e questionamentos do que aqueles a que é capaz de responder;

— o sistema não consegue extrair de dentro de si mesmo ou do ambi- ente recursos suficientes para seu funcionamento;

— o sistema não seleciona adequadamente as informações necessárias ao seu funcionamento.

Passando aos controles intra-órgãos, as hipóteses de crise, nos dife- rentes detentores do poder, podem ser vislumbradas, principalmente:

— pelo alto grau de rotatividade na ocupação de pontos burocráticos em cada um dos detentores do poder;

— pelo alto nível de dissenso entre os membros com poder de decisão em cada um dos detentores do poder;

— pelo alto nível de dificuldades para tomar rápidas decisões no âmbito de cada detentor do poder;

— pelo grau de comportamento desviante (comportamento que conflicta com padrões social ou culturalmente aceitos dentro de uma sociedade) dos componentes das burocracias dos diferentes detentores do poder.

Em termos de controles interórgãos, a questão resume-se à manutenção ou não de um equilíbrio estável no jogo político entre os detentores do poder. As considerações externadas observam esse jogo político dentro das condições teóricas ideais. Entrementes, passando-se à prática, o que se vê são constantes transformações do equilíbrio estável em equilíbrio instável. O problema está necessariamente no nível de exacerbação presente no jogo político. Quando esse nível de exacerbação extrapola os canais institu- cionais existentes, ocorre a crise. Melhor especificando, desaparece o conflito institucionalizado e surge a crise.

Nesse quadro, as hipóteses de crise podem ser vislumbradas, princi- palmente pelas seguintes evidências:

— baixo grau de integração e cooperação entre os detentores do poder;

— alta eficiência dos instrumentos criados internamente em cada detentor do poder, visando à anulação dos efeitos dos controles dos demais detentores do poder sobre si (grau de independência de cada detentor do poder);

— atuação dos detentores do poder em alto nível de desobediência às normas legais estabelecidas.

5.4. *Administração da crise*

As considerações sobre essa questão foram expostas de forma clara quando do enfoque dos controles do sistema político.

6. *Considerações finais*

As idéias aqui expostas procuraram transmitir os pontos essenciais à compreensão e análise de uma crise interna em um regime democrático. Desses pontos, podemos inferir como aspectos fundamentais:

— a relação inversa que a crise mantém com o fator tempo: quanto mais aumenta o tempo para contornar uma possível crise vislumbrada, mais diminuem as possíveis opções de solucioná-las;

— o importante não é constatar a crise interna; o importante é antevê-la para evitar a sua ocorrência.

Esses aspectos conduzem à constatação do quanto é importante o domínio de técnicas que permitam esboçar a evolução futura das realidades internas e externas dos países. Dentre tais técnicas, cabe destacar a técnica de cenários alternativos como instrumento metodológico de real eficácia na avaliação de problemas conjunturais potencialmente capazes de se transformarem em crises.

Consideradas as peculiaridades do Estado moderno, observa-se, também, que as situações de crise não se resolvem, apenas, com o esforço gerencial de um dos segmentos dos Poderes Públicos. Ressaltem-se, a propósito, os mecanismos de controle interórgão que devem proporcionar harmonia e racionalidade à gestão dos negócios do Estado. Essa constatação deve, pelo menos, estimular a reflexão sobre as necessidades que a máquina estatal tem, nos seus diferentes níveis estruturais, de abdicar, "incontinenti", as práticas político-administrativas isoladas. Isto significa dizer que, na conjuntura hodierna, as ações administrativas são predominantemente integradas, não só a nível dos Poderes da República, mas também em cada especialidade neles existentes.

Registra-se, deste modo, um fenômeno relacionado com a percepção de governantes e governados, uma vez que a crise resulta, em grande medida,

da inobservância de fatos elementares, intrínsecos à própria natureza humana, como, por exemplo, a necessidade de segurança.

Trata-se, em suma, de captar os fenômenos próprios da sociedade nacional e analisá-los à luz das experiências e das disponibilidades existentes, de forma a antecipar, *preventivamente*, soluções globais e corretas às questões emergentes detectadas.

Ainda, para tal desiderato seja factível, torna-se importante a adequada capacitação dos recursos humanos, visto que a abrangência e a profundidade da estrutura cognitiva desses recursos se refletem diretamente na qualidade das análises pertinentes oferecidas às ações decisórias do Estado.

Por fim, é apropriado lembrar o pensamento de Karl Deutsch (1979), quando afirma:

“Quem quer que dirija os negócios de um país tem de saber como permanecer no seu controle; o que é a natureza básica e a presente situação do país ou organização que ele está controlando; quais os limites e oportunidades dentro do seu meio, que tem de enfrentar; e que resultados deseja obter. A essência da arte de governo reside na combinação destas quatro espécies de conhecimento e na ação que as influencia.”

BIBLIOGRAFIA

- ALMOND, Gabriel A. & POWELL Jr., G. Bingham. Uma teoria de política comparada. Trad. de Narceu de Almeida Filho, Rio, Zahar, 1972.
- BARRY, Norman P. An introduction to modern political theory. London, MacMillan Publishers, 1985.
- BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. Trad. de Luís Guerreiro Pinto Cacaís et alii. Brasília, Ed. UnB, 1986.
- BUCKLEY, Walter Frederick. A sociologia e a moderna teoria dos sistemas. Trad. de Octavio Mendes Cajado. São Paulo, Cultri, 1971.
- COHEN, Percy S. Teoria social moderna. Trad. de Christian Monteiro Oiticica. Rio, Zahar, 1970.
- COHAN, A. S. Teorias da revolução. Trad. de Maria José Matoso Miranda Mendes. Brasília, Ed. UnB, 1980.
- DAHRENDORF, Ralf. As classes e seus conflitos na sociedade industrial. Trad. de José Viegas. Brasília, Ed. UnB, 1982.
- DEUTSCH, Karl Wolfgang. Política e governo. Trad. de Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília, Ed. UnB, 1979.

- EASTON, David (organizador). Modalidades de análises políticas. Trad. de
Gulhermo Veloso et alii. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.
- , Uma teoria de análise política. Trad. de Gilberto Velho. Rio
de Janeiro, Zahar, 1968.
- FARIA, José Eduardo & FERRAZ Jr., Tércio Sampalo. Legalidade e legiti-
midade. Democracia e participação. Brasília, Ed. UnB, 1979.
- GELLNER, Ernest et alii. Da revolução à liberalização. Brasília, Ed. UnB,
s.d.
- HUNTINGTON, Samuel P. A ordem política nas sociedades em mudança.
Trad. de Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro, Forense Universitária 1975.
- JAGUARIBE, Hélio. Sociedade, mudança e política. São Paulo, Perspectiva,
1975.
- , Desenvolvimento político. São Paulo, Perspectiva, 1975.
- LA PALOMBARA, Joseph. A política no interior das nações. Trad. de Ma-
rilu Seixas Corrêa & Oswaldo Blato. Brasília, Ed. UnB, 1982.
- LIPSET, Seymour Martin. O homem político. Trad. de Álvaro Cabral. Rio,
Zahar, 1967.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Trad. de Alfredo Gallego
Anabarte. Barcelo, Ariel, 1986.
- MANNHEIM, Karl. Sociologia sistemática. Trad. de Marialice Mencarini
Foracchi. São Paulo, Pioneira, 1982.
- MARCH, James & SIMON, Herbert. Teoria das organizações. Trad. de
Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro, FGV, 1981.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. Fundamentos da política pública. Rio, IPEA/
INPES, 1982.
- OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. Problemas de organização e problemas
de direção. (O Povo e o Governo). São Paulo, Record, 1974.
- PEDONE, Luiz. Formulação, implementação e avaliação de políticas pú-
blicas. Brasília, FUNCEP, 1986.
- PLÖGER, Ingo & DIAS, Gentil Martins. Mudança política. Mudança
social. Brasília, Ed. UnB, 1980.
- POULANTZAS, Nicos (Direção). O Estado em crise. Trad. de Maria Laura
Viveiros. Rio de Janeiro, Graal, 1977.
- RASMUSSEN, Jorgen. O processo político. Estudo comparado. Trad. de
Almira Botelho Guimarães. Rio de Janeiro, FGV, 1973.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. Poder, direito e sociedade. Rio, Zahar,
1982.
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. Sociologia política. Elementos de
ciência política. Trad. de Domingos Mascarenhas. Rio de Janeiro /
São Paulo, DIFEL, 1979.
- WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. Uma análise das teorias de organização.
Rio de Janeiro, FGV, 1986.

Democracia, representação política e Justiça Eleitoral

FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA
Ex-Procurador Regional Eleitoral no Paraná

S U M A R I O

I. Aspectos do governo democrático. II. Nascimento e evolução da democracia nas antigas comunidades. III. A Idade Média e os precedentes do constitucionalismo moderno. IV. Breves traços da formação do Governo democrático no Brasil. V. O sistema político-eleitoral da República sob a Constituição de 1891. VI. A criação da Justiça Eleitoral.

I. Aspectos do Governo democrático

Democracia e representação política constituem, na verdade, aspectos do mesmo tema — o *governo democrático* — desde que, sendo impraticável a democracia direta, no Estado contemporâneo, governa o povo por intermédio dos seus representantes, eleitos pelos cidadãos. Desde logo merecem exame três questões fundamentais, a saber: *a)* a definição de Povo, como participante necessário no processo político; *b)* a determinação dos órgãos do Governo que devam ser constituídos pela escolha popular; *c)* os sistemas de organização da representação política.

Embora a Democracia seja, por definição, o Governo da maioria do *Povo*, é certo que este termo, para os efeitos aqui considerados, tem um conceito específico. Realmente, Povo pode significar a população, como dado meramente *demográfico*, expressão quantitativa dos habitantes de um determinado país, ou *elemento do Estado*, a representar a sociedade humana, política e juridicamente organizada, formada por todos os indivíduos, nacionais e estrangeiros, fixados em um território delimitado e sujeitos ao poder público embora titulares de direitos civis essenciais e que são os concernentes à vida, à liberdade e à propriedade, porque inerentes à personalidade do *Homem*.

Todavia, mesmo quando se trata de *Governo democrático*, o vocábulo Povo tem uma acepção bem mais restrita, reservado apenas ao conjunto dos *cidadãos*, isto é, dos nacionais do país que, nos termos do ordenamento jurídico, sejam os portadores dos *direitos políticos* em sentido estrito, ou mais precisamente, dotados da capacidade eleitoral ativa e passiva — o *jus suffragii* e o *jus honorum* — aliás nem sempre coincidentes. A *representação política*, portanto, há de ser organizada com base nas manifestações desse corpo selecionado de indivíduos, mais ou menos amplo, que se supõem aptos para fielmente exprimir a *vontade nacional*, ou seja, a vontade de toda a sociedade política, de toda a *Nação*, na sua variada composição cultural.

A segunda questão consiste em determinar, na Democracia, quais os membros do Governo que devam ser escolhidos pelo sufrágio popular. Admite-se como Governo, o complexo limitado dos órgãos dirigentes do Estado, dotados dos poderes de organizá-lo, pela Constituição, e de estabelecer as normas reguladoras da vida social, assegurando o seu império, identificando as funções *legislativa*, *jurisdicional* e *administrativa*, segundo a clássica teoria da *divisão do poder público*. Em princípio, é suficiente para caracterizar a Democracia a eleição dos legisladores, ou melhor, dos membros do Parlamento e, nos sistemas presidenciais, também dos chefes do chamado Poder Executivo, que muitas vezes acumulam a função superior da chefia ou representação do Estado, inclusive nas suas relações internacionais. Em alguns países, porém, são ainda eletivos cargos de menor categoria da Administração Pública e de magistrados togados, participando imediatamente os cidadãos da função de julgar, como jurados.

A outra questão, igualmente complexa, é a relativa aos processos de constituição da representação política, abrangente dos vários modos de manifestação popular pelo voto — eleição direta ou indireta, pelo princípio majoritário ou da representação proporcional das diversas correntes de opinião, com sufrágio universal ou restrito, voto secreto ou descoberto, simples ou múltiplo etc. — que qualificam os diferentes *sistemas eleitorais*.

Mas a finalidade determinante desses sistemas há de ser, necessariamente, a de assegurar a *autenticidade* da representação política, esta con-

siderada, por sua vez, sob dois aspectos principais: pelo primeiro, é apreciado o aspecto *substancial* da representação, o que faz supor a integração de todos os segmentos da sociedade política e exige uma razoável *identidade entre a cidadania e o Povo*, de modo a que a vontade manifestada realmente traduza a pluralidade de sentimentos, reivindicações e ideais de todos os indivíduos membros da comunidade nacional; o outro aspecto é o referente à autenticidade *formal* da representação política, relacionada com a *organização jurídica do sistema eleitoral* e a execução das suas normas, compreendendo a qualificação dos eleitores, o registro de candidatos e os procedimentos de votação e apuração das eleições. É esse, exatamente, o campo reservado à *Justiça Eleitoral*, que corresponde a um dos sistemas de controle na constituição da representação política e cujo antecedente histórico é o instituído na Inglaterra, por Disraeli, na segunda metade do Século XIX.

II. *Nascimento e evolução da Democracia nas antigas comunidades*

Para que seja possível avaliar a importância de cada uma dessas questões, cumpre oferecer um breve retrospecto da formação da Democracia.

É fácil imaginar que nos mais simples e rudimentares grupos humanos houvesse predominado a vontade dos indivíduos mais vigorosos e mais decididos, imposta aos demais pela superioridade física, pelo poder material. Na verdade, seguindo as informações que nos são transmitidas pelos cientistas sociais, o *governo democrático* é contemporâneo de certos agrupamentos humanos primitivos, pela presença de uma vontade coletiva conscientemente valorada e organizada. Assim é que as comunidades gentílicas da América e da Europa, precedentes do próprio Estado, já praticavam a Democracia na sua forma mais pura, mediante a participação direta e igualitária dos seus membros, quer nas assembléias gerais, quer pela eleição dos titulares dos demais órgãos, que deveriam exprimir a vontade de todos, na paz e na guerra.

Temporariamente substituídos pela *monarquia* ou pela *aristocracia*, em algumas dessas comunidades, reaparecem os governos democráticos nas antigas cidades do mundo helênico, em que Aristóteles já distinguiu as três funções básicas do Estado: a *deliberativa*, pelos poderes normativos da elaboração de leis e tratados, da aplicação das sanções penais mais graves e de fiscalização das contas dos agentes públicos; a *administrativa*, a cargo da magistratura, esta formada por várias categorias de funcionários, incumbidos de muitas das atribuições atualmente conferidas ao Poder Executivo; a *judiciária*, desempenhada pelos diversos tribunais destinados ao julgamento das várias espécies de delitos.

Os estudiosos da organização dessas antigas cidades gregas têm acentuado que a democracia foi restaurada, precisamente, como reação às formas

degeneradas da monarquia ou da aristocracia, como sejam a *tiranía* e a *oligarquia*, esta designada como o governo dos ricos, em benefício exclusivo dos seus interesses particulares. Mas *Aristóteles* também advertia contra os malefícios da *demagogia*, assim considerado o governo em que dominavam as multidões dos pobres e mendigos. Por isso admitia uma outra modalidade de sistema político, a *república*, em que eram combinados os elementos da aristocracia e da democracia. Sustentava, então, os dois princípios cardiais, inseparáveis do governo democrático: o da *liberdade*, inerente à Justiça, e o da *igualdade*, corolário do primeiro. De acordo com esses princípios, em síntese, todos os cidadãos, iguais em direitos, mandam e obedecem, são eleitores e elegíveis, escolhendo pelo voto os membros das magistraturas administrativas e judiciárias, sempre temporárias e cujos membros devem responder por seus atos ante as assembleias populares. Já acentuava, porém, a dificuldade para estabelecer ou reconhecer a igualdade entre todos os cidadãos, afirmando que enquanto os partidários da democracia entendem como justa e legítima a decisão da maioria, os favoráveis à oligarquia, ao contrário, pensam que a justiça não dispensa a vontade prevalente dos ricos, em todos os negócios públicos.

Depois de governados pelo sistema monárquico, mesclado com o processo democrático e tendo como autoridade saliente a figura do rei, ou *rex*, predominou entre os *romanos* a constituição militar, marcada pela rígida organização do povo, constituindo as assembleias, os comícios, as cúrias, apenas os jovens guerreiros e que formavam o corpo político — o *populus romanus quiritium* — e que abrangia, exatamente, segundo *Ihering*, a milícia em armas, o exército em assembleia. Com a República, acentuou-se a democratização do governo, participando os magistrados eleitos da *majestade do povo romano*, por tempo determinado. Os poderes da realeza foram sendo gradualmente transferidos ao *consulado*, ainda órgão democrático, e somente o *ditador*, extraordinária e temporariamente, assumia o poder equivalente ao do antigo rei. Embora governassem os nobres *patricios*, fundadores do Estado romano, registrou-se a progressiva ascensão das populações procedentes das cidades vizinhas e submetidas a Roma, formando a *plebe*, cujos magistrados passaram a constituir o *tribunato*, irresponsável e inviolável, protetor dessa classe social.

Os romanos limitavam à cidadania a capacidade de exteriorização da vontade, própria da pessoa natural e essa *vontade comum* subordinava a vontade individual, dando origem ao conceito de Estado — comunidade política, superior e inconfundível com os seus órgãos colegiados, como o Senado e a Cúria. Aquela vontade coletiva é manifestada pelo instituto da representação, sendo esta conferida ao cidadão investido nos referidos órgãos.

Com *Otávio* começou o *Império*, a quem o Senado conferiu os títulos de Augusto, Cesar e Pai da Pátria. Acumulou em sua pessoa os poderes dos magistrados, inclusive o tribunicio, sem que fosse plebeu. Toda essa força política e mais o título de *imperator*, de origem militar e concedido

aos generais vitoriosos, foram transferidos aos seus sucessores. Gradativamente foram sendo suprimidos os poderes pertencentes aos órgãos republicanos e eliminada a intervenção dos cidadãos na elaboração legislativa, reduzindo-se a atuação eleitoral, nos comícios, à aclamação dos magistrados apresentados pelo Imperador. O Governo se tornava penamente absoluto, reconhecendo os textos de *Ulpiano: quod principi placuit legis vigorem habet* — o que agrada ao príncipe é lei. Essa fórmula, assinalam os escritores, comporta a idéia da soberania exercida por um chefe único, que é o signo da monarquia. Tal como na monarquia romana, dos tempos mais recuados, também o Império fora, inicialmente, um Governo eletivo. Escolhido Imperador por um período de dez anos, obteve *Otávio*, por três vezes, a sua recondução. Embora respeitada uma certa ordem hereditária, a designação dos seus sucessores era formalmente confirmada e renovada por *senatus-consulto* especial. Os poderes do governante eram especificados em ato imperial a *lex imperii*, que no *Digesto* e nas *Institutas de Justiniano* se chamava *lex regia*. Essa aparente base eleitoral ainda persistiu, por algum tempo, retendo o Senado, apenas de *direito*, o poder de nomeação do Imperador e a representação do povo. Afinal, sob *Constantino*, o governo romano se transformou, *de fato e de direito*, em uma monarquia absoluta e hereditária.

O que convém sublinhar é que dos governos democráticos grego e romano, mesmo nas fases de maior prestígio, não participavam todos os indivíduos integrados nas comunidades. Dos direitos políticos certamente estavam excluídos os escravos que, em determinadas épocas, em número superior ao dos homens livres, contribuíam com seu penoso trabalho para a riqueza comum. Além disso, também se sabe que a exigência de um rendimento mínimo ou de propriedade — o *censo* — reduzia ainda mais o contingente de cidadãos politicamente ativos. Tratava-se, portanto, de uma democracia ainda restrita.

III. *A Idade Média e os precedentes do constitucionalismo moderno*

Como observou *JELLINEK*, a queda do Império romano foi marcada pela pulverização do poder político, desaparecendo o próprio direito público, baseando-se a administração feudal em elementos arbitrários e patrimoniais. O monarca que governou o vasto Estado, sediado em Roma, dotado de poder supremo e contralizado, é então substituído pelos senhores e príncipes, situados na cúpula de diferentes classes sociais, coordenadas e hierarquizadas por regras convencionais. As relações entre esses titulares do poder de supremacia territorial e seus súditos eram reguladas pelo Direito Privado. Mas as instituições democráticas permaneceram, não só nos denominados *povos bárbaros*, como os *germanos*, mas igualmente em muitas das comunidades locais, resultantes da desagregação do Estado romano, com vestígios dos seus antigos *municípios*, organizados com a partici-

pação popular em seus órgãos. São exemplos dessa comunidade as cidades livres da Alemanha, as comunas francesas, as municipalidades espanholas, os conselhos de Portugal.

Todavia, dessa dispersão do poder público ressurgiu, lenta mas continuamente, movimento oposto, da sua centralização, em proveito do poder real. Esse progressivo fortalecimento da monarquia vencia a opressão dos senhores territoriais, despontando as figuras lendárias dos *reis justiceiros*, garantindo a paz social, pela jurisdição. Outras vezes, porém, a vitória favorecia os barões feudais em detrimento do poder real, e foi dessas constantes disputas entre a monarquia e a aristocracia que resultaram os documentos mais notáveis, limitando o arbítrio político, como os forais espanhóis de Leão e Aragão e a famosa *Magna Carta* do rei inglês João Sem Terra que, no dizer de *Segundo V. Linares Quintana*, representaram os mais próximos antecedentes do constitucionalismo moderno.

Todavia, a nota mais importante é a de que, enquanto na Europa continental prevalecia a tendência da unificação política, acentuando o absolutismo monárquico, na Inglaterra, a partir do Século XIII, com *Eduardo I* e até mesmo contra ele, sob a influência do seu tio, o conde *Simon de Montfort*, começou a se firmar o poder do *Parlamento*. Órgão colegiado, na sua origem integrado pelos conselheiros do rei, já então reunia não só os representantes da nobreza, mas também os da classe média rural e urbana. Inicialmente participando, com os *lords*, dos negócios públicos, sobretudo para legitimarem o poder impositivo monárquico, esses representantes da incipiente burguesia inglesa, como homens comuns, formaram o ramo parlamentar preponderante e democrático. Pois é certo que, progressivamente, no decurso de prolongado período de sangrentas revoluções, a *Câmara dos Comuns* absorveu as atribuições legislativas e administrativas do rei e assumiu o governo nacional da Inglaterra.

Foi justamente essa organização política, completada pelos órgãos judiciários, constituídos pela *Câmara dos Lords* e pela magistratura independente, a descrita por *Montesquieu*, na sua célebre obra do século XVII, *De L'Esprit des Lois*, fundamentando a doutrina da divisão do poder público, acolhida e aplicada pelos revolucionários franceses e norte-americanos. Doutrina que, apoiada no dogma da soberania popular e nas declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, do século seguinte, fundou o Estado de Direito, o Estado Democrático, enfim.

Contudo, a magnífica Democracia americana, aliás nascida com os peregrinos ingleses desembarcados em Plymouth, comprometidos com o *Mayflower Compact* de 1620 e que deslumbrara *Alexis de Tocqueville*, ainda convivia com a escravidão negra. Na França, por outro lado, a Constituição do ano VII (1799) instituíra um complicado processo eleitoral, em três graus, que praticamente subtraiu dos cidadãos o direito de escolha dos deputados. Mais adiante, manifestou-se o surpreendente retro-

cesso às instituições romanas imperiais, com *Napoleão Bonaparte* como Primeiro Cônsul, de titular de mandato decenal à vitaliciedade e, depois, a *Imperador dos Franceses*. Apesar disso e da posterior restauração da monarquia, já havia uma nova protagonista nas disputas pelo poder político: *a classe burguesa*, fortalecida pelo desenvolvimento do comércio e da indústria e pela legislação revolucionária, com o Código Civil qualificado como o estatuto dos proprietários, credores e patrões.

Mas os princípios da *liberdade, igualdade e fraternidade*, insistentemente proclamados, ainda não alcançavam a massa do Povo e as miseráveis condições de trabalho do operariado alimentavam o comunismo de *Marx e Engels*. O século XVIII também ficou marcado pelos movimentos revolucionários e pelas reações violentas. Contudo, e não obstante esses episódios, entre o capitalismo impiedoso e o socialismo radical e totalitário, com avanços e recuos, prosperava o *liberalismo político*, neutralizando ou abolindo as graves injustiças do liberalismo econômico. Com o progresso cultural e a ampliação do sufrágio popular, beneficiando todas as camadas sociais, crescia, revigorada, a força irresistível da Democracia.

IV. *Breves traços da formação do governo democrático no Brasil*

Embora as cortes portuguesas, formadas pela nobreza e pelo clero, já no século XIII, também acolhessem os chamados *Procuradores dos Conselhos Municipais* — havidos como representantes do Povo —, é certo que essa semente não germinou, como na Inglaterra, para produzir a sua vigorosa e democrática instituição parlamentar. Em Portugal, o absolutismo monárquico não foi substancialmente afetado, pelo menos até o início do século XIX. Do ilimitado poder real, fundido com o poder territorial dos concessionários de terras, sob o regime das sesmarias, nasceu o poderoso *estamento político-burocrático* que se estendeu sobre o Brasil colonial, tão bem descrito por *Raymundo Faoro* e *Helvécio de Oliveira Azevedo*, em trabalhos recentemente publicados.

Sem se identificar com o feudalismo ou pelo predomínio de uma classe determinada, caracterizava o regime um sistema fiscalista de monopólio de todas as atividades econômicas e sociais, sob a *permanente e rigorosa superintendência* do Rei, que governava com a imensa e opressiva comunidade dos seus agentes, organizada por uma complexa e minuciosa rede de normas, elaboradas pelos dedicados legistas da Coroa. No Brasil colonial, apenas nos governos municipais — dispersos pelo seu extenso território e na maioria paupérrimos — havia cargos públicos providos pelo processo eleitoral, aliás, inteiramente dominado pelos chamados *homens bons*, que eram os proprietários locais, excluídos não só os escravos, mas também os que exerciam o trabalho braçal, embora livres. Como acentua *Faoro*, nem mesmo o vereador municipal alcançava tal dignidade sem a concessão daqueles homens mais proeminentes. A eleição permanecia restrita aos

grupos minoritários, rigidamente circunscritos a camadas tradicionalmente limitadas.

Esse sistema, impermeável a qualquer inovação, no campo político e social, somente veio a ser abalado pela influência da Revolução Francesa, realmente avassaladora, manifestada na Espanha, gerando a Constituição liberal de Cadiz de 1812 e, em terras portuguesas, pelos movimentos sediciosos de Pernambuco e da Bahia, bem assim pela Revolução do Porto, em 1820. Aqui, pressurosamente, promoviam-se em 1821 as primeiras eleições gerais do País, restritas à escolha dos Deputados brasileiros às Cortes de Lisboa, que deveriam adaptar a nova Constituição de Portugal às suas colônias. Mas eleição indireta e em vários graus, como convinha: os cidadãos residentes nas freguesias designavam os compromissários, estes os eleitores de paróquia, que escolhiam os da comarca e que, finalmente, elegiam os Deputados. Com esse processo, diz *Afonso Arinos de Melo Franco*, “verificavam-se uma série de depurações que iam elevando o nível social dos escolhidos. Recrutava-se, assim, a classe dos eleitores paroquiais entre os grupos mais seletos da população”. No mesmo ano, amedrontado e coagido, D. João VI mandou observar a Constituição espanhola, que solenemente declarara que a soberania pertencia à Nação e que exclusivamente a esta competia o poder de estabelecer as suas leis fundamentais... O ato foi mais tarde revogado.

Entretanto, e com aparente sinceridade, D. Pedro aceita os movimentos liberais e ao chegar a Vila Rica, em 1822, exige que lhe seja reconhecida a autoridade de regente constitucional. Depois, organiza o Conselho de Procuradores-Gerais do Brasil, como embrião do futuro Parlamento, mas em seguida volta atrás. Isso porque, *mesmo antes da Independência*, acolhendo iniciativa da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, convocara a Assembléia Nacional Constituinte, também formada por eleição indireta, essa em dois graus e segundo as instruções expedidas por *José Bonifácio*. Nas eleições primárias votavam os analfabetos, mas não os assalariados — fato que bem exprime o persistente desprezo pelo trabalho. Dos cem constituintes eleitos, 47 eram doutores em Coimbra, na maioria bacharéis em direito, 19 eram padres, dos quais um bispo e 6 eram oficiais das forças armadas. Dessa centena de Deputados, apenas 83 assumiram suas funções.

Posteriormente, em 1823, já dissolvida aquela Assembléia pelos canhões imperiais, D. Pedro resolve outorgar a nossa primeira Constituição, de acordo com o projeto que mandara elaborar. Ainda dessa vez aceitou sugestão da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, que havia aberto ao público dois livros para que fossem registradas as opiniões favoráveis ou não à providência em causa, dispensando a convocação de nova Assembléia. Decorrido o prazo de duas semanas, o livro com as manifestações de apoio apresentava quarenta páginas de assinaturas, enquanto o outro estava em

branco. Narra *Afonso Arinos de Melo Franco* que o Imperador tomou esse pronunciamento local como se fosse um plebiscito nacional — presunção fortalecida pela adesão da maioria das Câmaras do sul do País, com as quais as comunicações eram mais fáceis, à tese do juramento imediato da Constituição.

Na Carta assim imposta e jurada, D. Pedro I se declarava representante da Nação, pela graça de Deus e unânime aclamação dos Povos, dividindo essa representação com a Assembléia Geral, esta como delegada do Poder Legislativo. Como Chefe do Poder Executivo e delegado exclusivo do Poder Moderador, competia-lhe nomear um terço dos Senadores, todos vitalícios, escolhendo-os da lista dos eleitos nas Províncias, dentre os cidadãos que tivessem os rendimentos anuais especificados, mantida a eleição indireta dos demais Senadores e dos Deputados gerais e provinciais. As eleições primárias se realizavam nas paróquias, escolhendo os cidadãos, como *votantes*, os que, como *eleitores provinciais*, elegiam os parlamentares — todos eles, votantes, eleitores e parlamentares, sujeitos ao *censo*.

Conforme a exposição de *Helvécio de Oliveira Azevedo* aqui seguida, o rígido controle do processo eleitoral já era exercido pelas *juntas de qualificação*, inicialmente constituídas pelo juiz de paz, pelo delegado de polícia e pelo vigário — o primeiro supostamente representando o Povo, o segundo o Governo e o último como árbitro, neutro, portanto, embora todos eles, indistintamente, apoiassem o sistema estabelecido. Ao juiz de paz, na verdade, sempre coube a função de *ditar* a orientação política, ao sabor dos interesses do regime dominante. Ao demais, é certo que desde o Código Criminal de 1832, a Justiça fora subjugada à vontade dos governantes.

Nas *listas* dos votantes eram facilmente incluídos nomes fictícios ou de pessoas falecidas, naturalmente excluídos os adversários. Daí a mobilidade do contingente desses cidadãos, defeito que somente veio a ser corrigido ao fim do Império, pelo Decreto Legislativo n.º 3.029, de 9 de janeiro de 1881 — a denominada *Lei Saraiva*. Muitas vezes a junta de qualificação se convertia em mesa de votação que, sem prévia inscrição eleitoral, recebia os sufrágios. Muito embora as suas decisões comportassem reexame pelos Tribunais de Relação, a inocuidade dos recursos era a regra geral. A ausência de registro prévio, quer dos Partidos, quer candidatos aos cargos eletivos, favorecia ainda mais a fraude, largamente disseminada.

A *apuração* dos votos igualmente possibilitava a manipulação dos resultados eleitorais, principalmente quando esse trabalho era desempenhado cumulativamente com o da qualificação dos votantes. Também nas eleições secundárias preponderavam as anulações arbitrárias dos sufrágios, alterando as autoridades policiais a estatística dos escrutínios. Ainda informa *Helvécio de Oliveira Azevedo* no afã de agradar o Governo, não

raro os eleitores entregavam atas em branco, por eles assinadas, resolvendo-se as eleições nos gabinetes dos Presidentes das Províncias.

A par disso e nos termos do art. 21 da Constituição, competia ao Poder Legislativo a *verificação dos poderes* dos seus membros, vale dizer, exercer o controle final sobre o processo, diplomando apenas os que, discricionariamente, fossem considerados efetivamente eleitos. Na Inglaterra, esse sistema protegia o Parlamento, contra as interferências do Rei; aqui, ao contrário, era aplicado para submeter o órgão legislativo aos interesses do Poder Executivo.

Não se poderiam negar, certamente, a cultura, a honradez e o patriotismo de grande número de homens públicos que, nessa fase histórica, defendiam os superiores interesses nacionais. Muitos foram os que, como políticos, parlamentares e administradores, preocupavam-se com o desenvolvimento econômico e social do país e com a autenticidade da representação política. Testemunham esses louváveis propósitos os intensos debates parlamentares e, sobretudo, as diferentes *reformas* promovidas na legislação eleitoral.

Uma dessas reformas foi a introduzida pelo Decreto Legislativo n.º 842, de 19 de setembro de 1855, que substancialmente alargou os casos de incompatibilidade eleitoral — tema amplamente debatido no Parlamento. Como a lei atingisse os membros do Poder Judiciário, observou *Zacarias* que não se deveria temer os magistrados na política, mas sim os Deputados sem emprego, em busca de cargos públicos. E acrescentou: não basta impedir que os juizes se tornem Deputados, o que mais importa é evitar que os Deputados se convertam em magistrados. A providência de maior relevância foi a da instituição dos *circulos* ou *distritos* eleitorais, em que foram divididas as Províncias, com a eleição de um Deputado em cada uma dessas circunscrições. O *Marquês do Paraná*, chefe do Ministério, sustentava com entusiasmo as vantagens desse sistema: “Facilita-se a representação de todas as opiniões existentes no país. As maiorias provinciais sufocam hoje as maiorias locais. Uma opinião pode dominar na maioria de uma Província, mas não dominar em tais e tais localidades em que universalmente se adere a outra opinião.” Outros, porém, como *Euclides da Cunha*, criticavam os vícios mais profundos da organização nacional, clamando por alguém que, “sondando o sentimento do povo”, viesse despertar “o elemento progressista que tombara na sanguieira de revoltas infelizes”, mediante partidos “dotados de conteúdo ideológico que não estivessem tão desligados da vontade social como os partidos liberais e conservador àquela época, pois então a força destes vinha das suas vinculações com o Imperador”. No mesmo sentido a opinião de *Bernardo Pereira de Vasconcelos*: “Não vejo como o projeto poderá remediar os vícios das eleições, os quais não são atacados em sua causa e origem. O governo é o subornador-mor, é quem transforma as eleições,

é quem priva o cidadão do direito do voto.” A lei foi aplicada uma única vez sem reduzir o poder territorial dos senhores locais e em prejuízo dos “chefes de nível superior dos partidos, o que acarretou a quebra da disciplina partidária”. Para os governantes, pois, a experiência fora altamente danosa.

Com o Decreto Legislativo n.º 1.082, de 18 de agosto de 1860, foi o distrito eleitoral alargado, para comportar a eleição de três Deputados. Novo insucesso, todavia — friza *Faoro* —, no declarado propósito de se evitar “as Câmaras unânimes”, já que continuara a oposição, então liberal, com escassa representação. Outra tentativa malograda foi a baseada no Decreto Legislativo n.º 2.675, de 20 de outubro de 1875, também destinado a aprimorar a representação legislativa e que ampliou o distrito eleitoral para toda a Província, instituindo uma lista de candidatos à deputação, mas recaindo a votação em apenas *dois terços deles*, a fim de que o outro terço coubesse às minorias. A lei não resistiu à fraude, como explica *Victor Nunes Leal*: “Não hesitaram (...) os entendidos na matemática eleitoral em lançar mão do *rodízio* para burlar a *Lei do Terço*: revezando os nomes dos candidatos nas cédulas, mediante cálculo prévio do número de eleitores de cada partido, lograva a maioria suprimir a representação minoritária, ou reduzi-la abaixo do terço legal”. Aos demais “continuou em vigor o precário processo de apuração, entregue a órgãos políticos, desde a mesa eleitoral da paróquia até, na última etapa, às câmaras legislativas”.

Ainda uma referência à *Lei Saraiva*, de 1881. Sob a sua regência, com o *título eleitoral* e embora fosse descoberto o voto, realizaram-se as eleições mais honestas do Império — e eleições diretas! Mas ainda esclarece *Victor Nunes Leal*: apesar desses avanços, principalmente com a maior interferência das autoridades judiciárias na qualificação e na fase final da apuração, os efeitos benéficos dessas vantagens foram reduzidas “pela dependência política dos juizes municipais e mesmos dos juizes de direito”. O sistema, em suma, continuava o mesmo, descrito por *Nabuco de Araújo*, com estas expressivas palavras: “O Poder Moderador pode chamar quem quiser para organizar Ministérios; esta pessoa faz a eleição, porque há de fazê-la; esta eleição faz a maioria”.

V. O sistema político-eleitoral na República sob a Constituição de 1891

Na República sobreviveu o sistema dos distritos eleitorais. Com a descentralização política, decorrente da *Federação*, modifica-se o processo das eleições, mas ainda sem o aperfeiçoamento da representação popular.

O fortalecimento dos Estados faz crescer o domínio da classe dos grandes proprietários territoriais e melhor se define o regime oligárquico. Depois da influência militar, com *Floriano Peixoto*, acentua-se a do *coro-*

nelismo da famosa *Guarda Nacional* — instituição nascida no Império e consideravelmente desenvolvida no período republicano. Os senhores rurais impõem sua vontade, personificada pelo coronel latifundiário que ora se elege deputado e passa a viver nas capitais, abandonando as atividades agrícolas para usufruir da função pública garantida, ou permanece no seu meio, elegendo a parentela ou os amigos para os órgãos legislativos. Como chefe local da oligarquia, é o grande patriarca, ou anjo da guarda dos correligionários, o doutor, o orador, o festeiro das igrejas e, se não está na oposição, é o *homem do Governo* que, como parte da *barganha acertada* com os conquistadores do Poder Executivo, federal ou estadual, manobra os aparelhos administrativo e judiciário.

O sistema não excluía outros comandos superiores e mais extensos das lideranças estaduais, geralmente nas mãos dos próprios Governadores dos Estados e nem mesmo dispensava outros *subsistemas*, dotados de características próprias, em função de diferenciados estágios culturais — todos manipulando os resultados eleitorais, de acordo com os seus próprios interesses políticos.

A assim chamada *política dos governadores*, que também assegurava o controle das eleições federais, era executada com base na Lei n.º 35, de 26 de janeiro de 1892, que mantendo o critério da votação nos distritos, apurada pelas respectivas juntas, dispunha o seguinte: “Da ata geral da apuração de quaisquer eleições serão extraídas cópias necessárias as quais depois de assinadas pela junta apuradora, serão remetidas: uma ao Ministro do Interior, tratando-se de eleição no Distrito Federal, ou ao Governador, nos Estados, uma à secretaria da Câmara ou do Senado e uma a cada um dos eleitos, *para lhes servir de diploma* (...)” (grifou-se). Explica *Helvécio de Oliveira Azevedo*: assim, como o diploma simplesmente consistia na cópia da referida ata geral e considerando que, devido à fraude, o número de eleitos e diplomados geralmente superava o das vagas, adotou-se como norma não escrita, depois incorporada à Lei n.º 1.269, de 15 de novembro de 1904, a de se presumir legítimo “aquele que é expedido pela *maioria das juntas apuradoras*”. Dada a obscuridade do enunciado pela regra, foi instituído um mecanismo de *verificação de poderes*, pelo qual a Câmara dos Deputados, na sua *sessão preparatória*, fazia a triagem dos eleitos, apenas empossando aqueles apoiados pelos Governadores. Com esse ardiloso processo executado por aquele órgão legislativo, permitindo a *degola* dos indesejados, instaurou-se um período de domínio dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, àquele depois aliado ao Rio Grande do Sul, restando para as oligarquias dos outros Estados a alternativa de aceitar a situação ou sujeitarem-se à intervenção federal, nos casos de maior resistência.

Ainda a respeito desse processo de *depuração*, este ilustrativo texto de *Victor Nunes Leal*: “Conta-se que Pinheiro Machado respondera certa

vez a um jovem correligionário de fidelidade duvidosa: “Menino, tu não serás reconhecido por três razões. A terceira é que não foste eleito.” A anedota, verdadeira ou não, revela que o número de votos depositados nas urnas era de pouca significação no reconhecimento, desde que houvesse interesse político em conservar ou afastar um representante. Mesmo porque os processos de que usavam governo e oposição, na formação das mesas eleitorais e na apuração dos votos, eram muito semelhantes”. Assim, reafirma *Helvécio de Oliveira Azevedo*, com o *café-com-leite* (a aliança São Paulo/Minas), “a oligarquização do sistema político chegou ao clímax: já não bastava eliminar, no interior dos Estados, através da verificação de poderes, as facções que se desaviavam com a oligarquia dominante: agora baniam-se, nos Estados, pelas intervenções federais, pelo recrutamento, pela verificação mesma e pelas bases de apoio do presidente, os próprios situacionismos indóceis à vontade presidencial. *Esta estrutura de poder que subsistirá até os últimos dias da República Velha.*”

Tanto quanto no Império, também na República houve repetidas reformas no processo eleitoral, com a alegada intenção do seu aprimoramento. O sistema continuou sendo o da divisão de cada Estado em distritos eleitorais, formados pelos Municípios, destinados à eleição de três Deputados. As comissões de alistamento — este renovável, em cada eleição —, as mesas receptoras de votos e as juntas apuradoras eram constituídas, a princípio, sob a influência do Governo municipal. Pela Lei n.º 1.269, de 1904 (*Lei Rosa e Silva*), foram introduzidas algumas inovações: o alistamento passou a ser permanente; os membros da magistratura já integravam os órgãos de coleta e apuração dos votos, mas ao lado dos maiores contribuintes dos Municípios e de outros cidadãos, escolhidos pelos Vereadores, permanecendo nas juntas apuradoras os presidentes dos Conselhos, Câmaras ou Intendências municipais. A Lei n.º 3.139, de 2 de agosto de 1916, a par de outras modificações, permitiu a alternativa entre o *voto secreto* e o *descoberto*, na declarada expectativa de que fosse preferido o segundo, ostensivo, como demonstração de responsabilidade, do espírito de afirmação e da coragem cívica dos eleitores, posto que isso “os educaria e lhes devolveria a capacidade crítica, facilitando a fiscalização das eleições desde que o voto seria assinado e registrado”.

Pela mesma lei foi instituído o *voto incompleto* e o *voto cumulativo*. Pelo primeiro, votava cada eleitor em o número de Deputados igual ao dos que deveriam ser eleitos em cada distrito, menos um. Pelo voto cumulativo, o eleitor concentrava em um só Deputado todos os votos cabíveis (cinco ou mais). A votação é procedida mediante cédulas envelopadas em que o nome ou os nomes sufragados estão impressos ou são escritos pelo eleitor. A apuração das eleições para Deputados e Senadores é realizada nas Capitais dos Estados — facilitando as pressões dos Governadores.

Leis posteriores aboliram as “malsinadas mesas de alistamento ou qualificação” cujas atribuições foram transferidas aos magistrados, estabelecendo o *voto secreto*, sem opção (Lei n.º 3.208, de 27 de dezembro de 1916, e Decreto Legislativo n.º 4.226, de 30 de dezembro de 1920). O último dos diplomas legais, nessa fase republicana, foi o Decreto Legislativo n.º 18.991, de 18 de novembro de 1929, com novas regras sobre os procedimentos de votação e apuração, bem como a respeito de inelegibilidades.

Muito se escreveu, neste País, sobre as instituições políticas brasileiras, do Império e da República, que embora organizadas pelas Constituições e pelas leis, incorporando os princípios fundamentais dos governos democráticos, eram inteiramente desfiguradas, na prática, marginalizando a grande massa do povo, em proveito exclusivo da reduzida elite dirigente. TAVARES BASTOS bradava, com a sua veemência: “Sim, há uma coisa que se esquece muito no Brasil: é a sorte do povo; do povo que não é o grande proprietário, o capitalista riquíssimo, o nobre improvisado, o bacharel, o homem de posição. Fala-se todo o dia de política, canta-se a liberdade, faz-se de mil modos a história contemporânea, maldiz-se dos ministérios, e evoca-se a constituição do seu túmulo de pedra. Ora-se a propósito de tudo, menos a propósito do povo. Escreve-se a respeito de Roma e Grécia, de França e Inglaterra; mas não se escreve acerca do povo. Envia-se os sábios do país a estudar a língua dos autóctones, a entomologia das borboletas e a geologia dos sertões; mas não se manda explorar o mundo em que vivemos, não se observam os entes que nos rodeiam, não se abrem inquéritos acerca da sorte do povo”. E ao se referir às eleições do Império e ao “nebuloso futuro das instituições representativas”, protestava contra a corrupção política que proliferava “nessa atmosfera pútrida, sombria, pesada, detestável, que se chama vida pública do Brasil”.

Para outros, como ALBERTO TORRES e OLIVEIRA VIANNA, o mal residia na própria essência dessas instituições, fundadas em modelos estrangeiros e havidas como incompatíveis com a realidade da vida social brasileira, sem dúvida desenvolvida por escassa população, na sua maior parte dedicada a uma agricultura primitiva, dispersa em um território desprovido dos meios de transporte e comunicações exigíveis pela sua grandeza física e necessários para o adequado aproveitamento dos seus imensuráveis recursos naturais. Interpretando esses sentimentos, já na República, OLIVEIRA VIANNA reconhecia que “nunca tivemos governo verdadeiramente democrático”, ao mesmo tempo em que condenava a excessiva prodigalidade com que se utilizava do sufrágio universal, pelo qual somente se impunha aos candidatos aos cargos eletivos o requisito da maioria — como se o brasileiro fosse uma sócia ou um *doublé* do *citizen* britânico ou americano. “O que é preciso — insistia — é preparar o eleitor para a democracia e o povo brasileiro, o homem do povo, nunca pôde organizar instituições sociais que o educassem na prática do direito do voto e na tradição da

escolha dos seus administradores e dirigentes, habituando-o a manejar esta pequenina arma delicada: uma cédula de eleitor". Por isso, propunha que se restringisse o sufrágio "ao cidadão sindicalizado, ao homem que fosse molécula de qualquer associação de interesse extra-pessoal — enfim, ao cidadão embebido, impregnado de uma aura qualquer de socialidade".

Ainda segundo OLIVEIRA VIANNA, a primazia deveria ser concedida à *liberdade civil*, garantindo-se o cidadão contra o poder arbitrário das autoridades locais. Na Inglaterra — prosseguia — "a liberdade individual foi conquistada antes dos direitos políticos — pelo *habeas corpus*, pela abolição das prisões por dívida, pela garantia contra os abusos do poder tributário, pela proibição da prisão por tempo indeterminado, pela inviolabilidade da correspondência, pela liberdade de imprensa e da palavra, pela liberdade de culto, pelo direito de representação e de petição (...). Sobre essas garantias é que o povo inglês assentou a sua organização política por todos admirada". Daí a necessidade imperativa de se assegurar o *primado do Poder Judiciário*, vinculado à proteção das liberdades civis contra os terríveis desmandos dos régulos municipais "eleitos ou nomeados por investidura carismática". E salientava: "Hoje estamos, ainda, sob esse aspecto, na mesma condição em que estávamos em 1843, quando Nabuco de Araújo, em face do mesmo dilema, alertava: "Ou organizais a justiça pública, verdadeira, real, completa, ou legítimas a vindita popular. Não tendes, pois, escolha: é preciso organizar a justiça pública. Mas como? Olhai a sociedade: o que vedes? Um longo hábito de impunidade."

VI — A criação da Justiça Eleitoral

Com a Revolução de 1930 se inicia, no Brasil, um significativo período de nossa História e não será oportuna, aqui e agora, uma revisão dos aspectos mais negativos do regime então inaugurado, com a sua face de autoritarismo, de violência e de injustiças, com sérios agravos à liberdade individual e aos direitos do cidadão.

Mas é inegável que, com a radical substituição dos grupos dirigentes, foram renovadas as instituições públicas brasileiras e, além do acelerado e fecundo desenvolvimento de todos os setores da economia nacional, é assegurada uma expressiva valorização do *trabalho* — e do trabalhador de todos os níveis — com a conseqüente ascensão social do povo, na sua concepção mais ampla e profunda.

Essa notável evolução haveria de se refletir, sem dúvida, no plano político e, mais precisamente, no âmbito do sistema eleitoral, com o inevitável prestigiamento do Poder Judiciário. Nos períodos anteriores, como já foi exposto — a magistratura não esteve inteiramente ausente dos procedimentos eleitorais. Mas vale recordar, com *Faoro*: "Enquanto outrora, em 116 comarcas do Império, num só dia, foram removidos 52 juízes de direito,

no Rio de Janeiro, com 9 juízes, sete seriam afastados. O juiz de direito, no sistema policial, tornava-se o fiscal das pressões — daí o seu fastamento”. Na velha República, durante longo tempo, o magistrado era apenas um dos membros das comissões e juntas eleitorais, manobradas pelas autoridades dos Municípios e, mais tarde, quando lhe foi conferido maior poder, permaneceu submetido aos caprichos dos governadores. É que, conforme relata *Victor Nuns Leal*, as garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos somente veio a ser estendida aos juízes estaduais tardiamente, graças à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acolhida pela Carta de 1891 com a Emenda de 1926. Ainda assim, essas garantias não se aplicavam aos juízes temporários, que continuavam “à mercê das exigências e seduções dos governantes menos ciosos da independência e dignidade do poder judiciário”.

Afinal criada a *Justiça Eleitoral*, pelo Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, conferiu-lhe o diploma todos os encargos relativos às eleições federais, estaduais e municipais, desde o de renovar o alistamento dos eleitores. Competia-lhe dirigir e executar, integralmente, os atos preparatórios das eleições, bem como a apuração dos sufrágios e a diplomação dos eleitos, da competência dos Tribunais Regionais. Nessa primeira fase, ainda se evidenciava um traço de vinculação com o Poder Executivo: o Decreto n.º 22.627, de 7 de abril de 1933, estatuiu que nas eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, marcadas para o dia 3 de maio daquele ano, deveriam ser observadas as instruções elaboradas pelo então denominado Tribunal Superior da Justiça Eleitoral, assinadas pelo *Ministro da Justiça*.

Deixando à margem os acontecimentos que deram causa à outorga da Constituição de 10 de novembro de 1937 e ao prolongado recesso eleitoral que a sucedeu, cabe apenas recordar o Decreto-Lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945, determinando a reestruturação dos “órgãos dos serviços eleitorais”, e sobretudo, os Códigos Eleitorais instituídos pelas Leis n.º 1.164, de 24 de julho de 1950 e 4.737, de 15 de julho de 1965, consolidando a autonomia da Justiça Eleitoral, com o definitivo abandono do amorfo e defeituoso sistema anterior.

Cabe, ainda, um breve comentário sobre o estranho e injustificável furor legiferante dos nossos governantes e que se manifesta, também, neste limitado compartimento do Direito Público. Entre o primeiro Código Eleitoral, de 1932, e o segundo, de 1950, foram editados, tratando da matéria, 45 Decretos, Leis e Emendas Constitucionais; entre o segundo e o terceiro, 6 diplomas e, depois do último Código, nada menos que 50 atos legislativos. Ou sejam: *mais de cem diplomas legais* nestes 35 anos (1945/1980)! Cumpre destacar, apenas: o voto secreto; o sufrágio universal, com redução da maioria eleitoral para 18 anos; o sistema de representação proporcional nas eleições parlamentares; a eleição direta, em todos os níveis, ressalvadas

as exceções recentemente estabelecidas e supostamente temporárias; a organização e multiplicação dos Partidos Políticos; a definição e ampliação dos casos de inelegibilidade; o controle da propaganda eleitoral; o prévio registro dos Partidos Políticos e de seus candidatos; a fixação do domicílio eleitoral; a instituição da cédula oficial de votação; a oficialização do transporte dos eleitores.

Hoje — todos nós sabemos — é o juiz eleitoral, com suas prerrogativas e garantias, que acompanha todas as fases de cada eleição, preservando o fiel acatamento do voto individual de cada cidadão que, por sua vez, tem plena consciência de que sua vontade será respeitada. O sistema de recursos favorece a pronta e eficaz correção dos erros mais sérios e a fraude é excepcional, estranha à instituição; os atos ardilosos, fraudulentos, quando praticados, fazem dos próprios juizes as suas vítimas e raramente afetam os resultados eleitorais. O Governo ganha e perde eleições; os diferentes partidos políticos são representados no Poder Legislativo e se alternam na direção do Poder Executivo — federal, estadual e municipal — como é da essência da Democracia. Realmente mudamos, e felizmente para melhor, demonstrando as experiências já verificadas que, despertadas novas e poderosas forças sociais, o povo brasileiro está suficientemente preparado para bem exercer o seu poder soberano.

Os tratadistas ainda apontam alguns defeitos no sistema eleitoral em vigor, salientando como o mais grave o do uso — e abuso — do poder econômico na postulação dos cargos eletivos. É certo que as disposições legais têm sido ineficazes para resolver essa questão. Trata-se, porém, de fenômeno universal e que somente poderá ser enfrentada pela *educação do povo* e, sobretudo, pela *constância na prática eleitoral*. Como é sabido, a democracia somente se consolida na medida em que o homem comum, ou melhor, o cidadão se conscientiza de que é, verdadeira e legitimamente, a fonte do poder político, a matriz da soberania nacional. Igualmente se censura, e com razão, a morosidade dos trabalhos de apuração eleitoral. Mas ao que parece, já há condições de aperfeiçoamento do processo, sem prejuízo da sua segurança.

Um outro aspecto deve ser examinado, este referente à estruturação da Justiça Eleitoral e, especificamente, à temporariedade dos seus membros, embora seja certo que estão, os magistrados, protegidos pelas garantias constitucionais que lhes são inerentes, enquanto os demais exercem mandatos a tempo certo, igualmente fixado e assegurado pela Constituição. Contudo, a definição de um corpo permanente de juizes, no exercício dessa jurisdição especial, haveria de concorrer para o desenvolvimento mais profundo e sistematizado do *Direito Eleitoral* e, assim, à formação de uma jurisprudência e uma doutrina mais estáveis, nesse importante ramo do Direito Público.

Em conclusão, o que se pode afirmar, ante o que já foi amplamente exposto, é que a organização da Justiça Eleitoral e o seu fortalecimento, representaram uma conquista de todo o Povo brasileiro, a satisfação inevitável de uma das suas mais legítimas aspirações. Nós todos, que aqui vivemos, podemos testemunhar o valor dessa instituição, os seus irrecusáveis méritos em proveito da evolução dos nossos costumes políticos e no aprimoramento do processo eleitoral.

A grande e incontestável verdade é que no curso deste período histórico, com momentos de amargura e frustrações, mas passageiros, vivemos dias gloriosos de vitalidade democrática. Dias de fé, de alegria cívica, que devemos à Justiça Eleitoral, projetados no futuro que esperamos ainda melhor, pela dignidade dos seus juizes, pela confiança na instituição.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, La Política, *Editorial Ibérica*, Barcelona, 1954; A CROISSET, As Democracias Antigas, *Livraria Garnier*, Rio de Janeiro, 1923; P. WILLEMS, *Le Droit Public Romain*, Typ. de Ch. Peeters, Paris, 1872; LÉON HOMO, *Les Institutions Politiques Romaines, La Renaissance du Livre*, Paris, 1927; R. VON IHERING, *Abreviatura de El Espiritu del Derecho Romano*, Rev. de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947; ALEXIS DE TOCQUEVILLE, A Democracia na América, Ed. Itatiaia Ltda., Belo Horizonte, 1962; MONTESQUIEU, Do Espirito das Leis, Dif. Européa do Livro, S. Paulo, 1962; MAURICE DUVERGER, As Modernas Tecno-Democracias, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1975; JOÃO BATISTA CORTINES LAKE, Câmaras Municipais, Brasil Badeschi e Ed. Obelisco, S. Paulo (4ª ed.); MARIO MAIA COUTINHO, o Pai do Municipalismo, Patrimônio, 1962; MANUEL GARCIA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Rev. de Occidente, Madrid, 1953 (3ª ed.); SEGUNDO V. LINARES QUINTANA; *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953; AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, Comp. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960; HELVÉCIO DE OLIVEIRA AZEVEDO, A Política Brasileira, os Sistemas Eleitorais e o Voto Distrital no Império e na República, in, O Voto Distrital no Brasil (Themistocles Brandão Cavalcanti e outros). Ed. da Fund. Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1975; RAIMUNDO FAORO, Os Donos do Poder, Ed. Globo, Porto Alegre, 1977 (4ª ed.); VICTOR NUNES LEAL, Coronelismo, Enxada e Voto, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1978 (4ª ed.); OLIVEIRA VIANNA, Instituições Políticas Brasileiras, Liv. José Olympio Ed., Rio de Janeiro, 1955 (2ª ed.); LUIZ PINTO, *Idéia e Pensamentos de Tavares Bastos*, Ed. Minerva, Rio de Janeiro, s/d.; FRANCISCO NITTI, *La Democracia*, M. Aguilar, Madrid, 1932; EDGARD COSTA, A Legislação Eleitoral Brasileira, Dep. de Imprensa Nacional, 1964; PINTO FERREIRA, Código Eleitoral Comentado, Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1976; ELCIAS FERREIRA DA COSTA, *Compêndio de Direito Eleitoral*, Sug. Literárias, S. Paulo, 1978; FÁVILA RIBEIRO, *Direito Eleitoral*, Forense, Rio de Janeiro, 1976; WINSTON S. CHURCHILL, *História dos Povos de Língua Inglesa*, Ibrasa, S. Paulo, 1960.

Sua Excelência o Juiz Eleitoral

LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA

Juiz de Direito da Comarca de Brejo/MA.
Membro da Academia Maranhense de Letras
Juridicas

S U M Á R I O

1. *Evolução da Justiça Eleitoral no Brasil. Resumo Histórico.* 2. *O Juiz Eleitoral.* 3. *Conclusão.* 4. *Bibliografia.*

1. *Evolução da Justiça Eleitoral no Brasil* *Resumo histórico*

Desde o Império, através das instruções, o Brasil começou a organizar uma legislação eleitoral própria. A Lei n.º 3.029, de 9-1-1881, conhecida como a Lei Saraiva, foi a que mais se destacou nesse período.

Com a proclamação da República, em 1889, surgiram novas leis e decretos em matéria eleitoral, salientando-se, em sua primeira fase, conhecida como Velha República, a Lei Rosa e Silva (Lei n.º 1.269, de 15-11-1904), com a estrutura de um verdadeiro Código Eleitoral.

Mas, é somente em 1932 que a legislação eleitoral brasileira consolidou-se com a publicação do nosso primeiro Código Eleitoral (Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932). Foi instituído o voto feminino e o sufrágio universal direto e secreto. Surgiu, então, a Justiça Eleitoral, a quem foi confiada o alistamento, a apuração dos votos e a proclamação dos eleitos.

A Constituição de 1934 ratificou essa conquista da Revolução de 1930, ao incluir a Justiça Eleitoral entre os órgãos integrantes do Poder Judiciário (cf. art. 63, letra *d* e art. 82 e segs.).

Sobre esse acontecimento, comenta o mestre MÁRIO GUIMARÃES, em sua conhecida obra *O Juiz e a Função Jurisdicional* (Forense, Rio, 1958):

“A Justiça Eleitoral, entre nós, teve nascimento com o Código de 1932. Antes os Juizes tomavam parte em vários atos eleitorais, sem que houvesse, porém, organização especial. (*ob. cit.*, p. 420).

.....

“E foi então que se recorreu à magistratura para conseguir o que, na época, parecia sonho — a verdade das urnas. Criou-se a Justiça Eleitoral.” (*Idem*, p. 421).

A Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Eleitoral, que só reapareceu em 1945, com o Decreto n.º 7.586, de 28-5-1945.

Com a Constituição de 1946, volta a Justiça Eleitoral a ter abrigo constitucional, como integrante do Poder Judiciário (art. 94, IV). Do mesmo modo, com a Constituição de 1967 (art. 107, IV).

A atual Constituição, de 5-10-1988, também manteve a Justiça Eleitoral (art. 92, V), estabelecendo como seus órgãos componentes: o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juizes Eleitorais e as Juntas Eleitorais (art. 118).

O Código Eleitoral vigente é a Lei n.º 4.737, de 15-7-1965, que forma, com outras Leis Ordinárias, Complementares, Decretos e Resoluções do TSE, o nosso complexo legislativo em matéria eleitoral.

2. O Juiz Eleitoral

Característica marcante da Justiça Eleitoral é não possuir um quadro próprio de juizes. Não temos, portanto, uma magistratura eleitoral. O já citado Ministro Mário Guimarães observa:

“Verdadeiramente, pois, não se dirá que existem juizes eleitorais — há juizes de direito com funções cumulativas eleitorais” (*ob. cit.*, p. 418).

Ao falar sobre as características institucionais da Justiça Eleitoral, dentre as quais ressalta essa falta de quadro próprio de juizes, esclarece FAVILA RIBEIRO:

“Trazendo por empréstimo de outras áreas, ingressam os magistrados na Justiça Eleitoral com o elenco de garantias constitu-

cionais que não lhes devem faltar para que possam retribuir à coletividade com destemerosa atuação” (in *Direito Eleitoral*, Forense, 1976 — Rio — p. 95).

O Juiz Eleitoral é, para a maioria das pessoas, um ilustre desconhecido, assim como um juiz bissexto que só aparece de eleição em eleição, para assinar títulos e apurar votos. Para alguns políticos é um incômodo que, intitulado-se representante da Lei e da Justiça, dificulta seus objetivos e suas táticas eleitoreiras.

Responsável pelo êxito ou pelo desastre de uma eleição, passa seu trabalho diuturno despercebido da maioria da população. No fim, diploma os eleitos, coroando-os pela vitória eleitoral alcançada, como um estranho naquele ninho festivo. E depois, o que recebe? O início de uma estafa, as imprecações dos derrotados e a expectativa de ter seu trabalho criticado com os eventuais recursos. Esporadicamente ouve uns tímidos louvores pelo seu comportamento.

As sucessivas etapas de um calendário eleitoral, culminando com uma apuração, é um trabalho que exige muito de um Juiz Eleitoral, às vezes além de suas forças físicas. Notadamente quando ele acumula duas ou três zonas.

Ressalto esses aspectos para reclamar mais reconhecimento, mais valorização e mais garantia ao trabalho do Juiz Eleitoral. Afinal, é sobre esse funcionário quase anônimo, caluniado, mal remunerado, que vai cair a responsabilidade última de viabilizar o tão alardeado instrumento das democracias: as eleições.

A lei eleitoral que desperta discussões no Congresso, na imprensa, só terá vida prática com a ação do Juiz Eleitoral, que durante sua feitura nada opinou.

Há, ainda, um problema que vem crescendo em cada eleição. É que os gastos exagerados dos candidatos e a vontade do poder tornam-os mais agressivos e exigentes. Não admitem qualquer ação da justiça que lhes sirva de obstáculo. E nessa postura, é imprevisível a reação diante de uma decisão contrária ou de uma apuração desfavorável. Então, não sobra um adjetivo injurioso para ser atirado contra o juiz, inerme diante dessas ambições contrariadas.

A literatura brasileira já traçou, em algumas de suas obras, a figura do Juiz Eleitoral, realçando-lhe suas dificuldades. Em *Vila dos Confins*, MARIO PALMÉRIO evoca a aventura do Dr. Braga, presidindo uma eleição concorridíssima, com golpes e violências, apoiado e combatido, sofrendo pressões e desafios. Em *Coronel, Coronéis*, MARCOS VILAÇA e ROBERTO

C. DE ALBUQUERQUE referem-se ao drama do Juiz Antonio Correia de Araújo para afirmar-se como juiz, em Serrita (PE). São fatos fictícios e reais que, ainda hoje, por este vasto Brasil se repetem, mostrando os resquícios do coronelismo, difundindo ameaças e ações policiais, como prática da filosofia do mandonismo: "para os amigos pão, para os inimigos pau". E as consequências dessas extravagâncias, recaem, quase sempre, na Justiça Eleitoral.

3. Conclusão

O Código Eleitoral está aí, obsoleto, marginalizado das últimas inovações da informática, alheio à nova ordem constitucional, reclamando reforma urgente.

Neste momento decisivo de renovação legislativa em todos os níveis, é preciso dispensar ao Juiz Eleitoral mais garantias para assegurar a lisura, o equilíbrio democrático e a segurança de novas eleições, posto que qualquer falha emergente do sistema não é vista sob o prisma da estrutura eleitoral e suas deficiências (v.g. retardamento de inscrições pelo computador, títulos errados, transferências fraudulentas e pessoas votando com os títulos de outras etc.), mas equivocadamente, sob a única responsabilidade de Sua Excelência o Juiz Eleitoral, esse sacerdote da lei, que, mal pago, vítima da desconfiança de todos e das alevisias dos políticos, trabalha dia e noite para o êxito de sua missão.

BIBLIOGRAFIA

FERREIRA, Pinto — *Código Eleitoral Comentado* — Ed. Rio — 1976.

GUIMARÃES, Mário — *O Jutz e a Função Jurisdicional* — Forense — Rio — 1958.

JACQUES, Paulino — *Curso de Direito Constitucional* — Forense — Rio — 1977.

LEAL, Victor Nunes — *Coronelismo, Enxada e Voto* — Ed. Alfa-Omega — S.P. — 1978.

RIBEIRO, Fávila — *Direito Eleitoral* — Forense — Rio — 1976.

Poder Judiciário: algumas inovações e transformações (*)

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e
Professor Titular de Direito Processual Civil
da AEUDF

A Constituição anterior ensejou a hipertrofia do Poder Executivo, atingindo seriamente o princípio da independência e harmonia dos poderes por ela própria adotada. O Legislativo foi convertido em mero órgão de homologação da legislação editada pelo Executivo, através de decretos-leis, e o Judiciário não pôde acompanhar o desenvolvimento do País, porque sempre estava a depender do Executivo para a inclusão no orçamento das verbas do seu interesse e da sua posterior liberação, o que ocorria, em regra, de maneira parcimoniosa: os recursos concedidos eram manifestamente insuficientes para atender às suas reais necessidades. Os Presidentes dos Tribunais ficavam sempre a depender da boa vontade das chefias dos Órgãos fazendários e de planejamento, situando-se em posição aviltante em termos de relacionamento dos poderes.

A nova Constituição corrigiu ou, pelo menos, minorou tais anomalias, valorizando a função de legislar e de fiscalizar do Congresso e outorgando autonomia financeira e administrativa ao Judiciário. Na verdade, o destino do Judiciário é intimamente vinculado ao do Legislativo. O Judiciário é como um prolongamento do Legislativo. Enquanto este aprova normas gerais, aquele as faz incidir concretamente, a fim de solucionar casos específicos de conflito de interesses. É através do Judiciário que se reafirma a obra do Legislador, segundo afirmou conhecido processualista.

A valorização do Judiciário decorre, pois, da sua autonomia financeira e administrativa conferida pelo novo texto constitucional, mas, também, da criação de institutos novos e transformação de outros já existentes, com o intuito de dar eficácia aos próprios direitos constitucionais e à legislação de índole inferior.

Antes de versar sobre os institutos novos e transformados, convém dizer algumas palavras sobre a autonomia administrativa e financeira do Judiciário.

(*) Palestra proferida em 28-10-88, no Auditório da Justiça Federal em São Luís no "2.º Ciclo Maranhense de Ciência do Direito", a convite do Governo do Estado do Maranhão, extraída das notas taquigráficas.

Com relação à matéria, o art. 99 da Constituição é expresso ao dizer que "ao Poder Judiciário é assegurada a autonomia administrativa e financeira". Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados na denominada lei de diretrizes orçamentárias. Tais propostas serão encaminhadas diretamente pelo Poder Judiciário ao Legislativo competente. No plano nacional, pelo Supremo Tribunal e pelos Tribunais Superiores. E, no plano local, pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Então tudo mudou; no primeiro semestre o Congresso e as Assembléias Legislativas deverão preocupar-se com a elaboração da referida "lei de diretrizes orçamentárias", que é uma lei que estabelecerá possivelmente, dentre outras medidas, os percentuais que serão destinados, quando da elaboração do orçamento, aos três poderes do Estado. E, no segundo semestre, se passará propriamente à elaboração do orçamento tendo em conta as regras constantes da lei de diretrizes orçamentárias. Mas é importante destacar que esta regra deve ser analisada em harmonia com o art. 168, dispositivo este de excepcional importância, especialmente se tivermos em conta que estamos num País em que a inflação é muito elevada, hoje, de praticamente 1% ao dia. Diz o dispositivo que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, inclusive os créditos suplementares e especiais, isto é, os créditos adicionais, destinadas aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, serão entregues até o dia 20 de cada mês na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, parágrafo 9.º

Tenho a satisfação de dizer que, no que diz respeito ao Judiciário, essa providência consta da Constituição em razão de sugestão oferecida pela comissão encarregada de acompanhar os trabalhos da constituinte, instituída pelo Tribunal Federal de Recursos, da qual tive o prazer de participar. O texto do Projeto de Constituição previa regra especificamente para o Legislativo, esquecendo-se do Judiciário. Emenda aprovada estendeu a garantia ao Judiciário e depois o Ministério Público, também em boa hora, conseguiu que a regra lhe fosse aplicada. Administrativamente também se adotou regra de valorização do Judiciário: os Tribunais é que irão nomear os juizes e os serventuários, os funcionários da Justiça.

Merece especial elogio a preocupação dos Constituintes em criar instrumentos para dar eficácia prática à Constituição e à legislação, pois segundo dizia Ihering, a "essência do Direito está na sua realização prática". Nesse sentido numerosos institutos foram criados, objetivando que as regras constitucionais não fossem apenas normas programáticas, mas que se transformassem em normas eficazes e aptas a produzirem os seus efeitos.

A respeito, a primeira grande alteração que merece ser examinada concerne à denominada ação direta de inconstitucionalidade, que visa à declaração da inconstitucionalidade da lei em tese, em abstrato.

No sistema da Constituição anterior, só podia propor a ação direta de inconstitucionalidade, o Procurador Geral da República. E o ajuizamento desta ação, que se chamava de representação de inconstitucionalidade, ficava

entregue ao arbítrio do Procurador. Se ele não quisesse propor a ação, então o Supremo não teria vez de examinar a questão constitucional. Surgiu até um caso sério, todos devem recordar-se, aquele que ensejou a renúncia do Ministro Aducto Lúcio Cardoso, do Supremo Tribunal Federal. Mas o que se fez? Transformou-se o Supremo Tribunal em Corte Constitucional e se estendeu a "legitimatio ad causam" ativa, quanto ao ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Poderão promovê-la, agora, não só o Procurador Geral da República, mas também o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conforme os senhores vêem, a répercussão dessa medida deverá ser muito benéfica, porque, hoje, no Brasil, se prima pelo não cumprimento da Constituição e das leis. Com a possibilidade de ser acionado o Supremo imediatamente quando for editada lei ou ato normativo inconstitucional, isso fará com que o legislador e as autoridades que têm competência para editar aquelas regras legais tenham mais cuidado em fazê-lo: deverão ser mais atentas às manifestações das consultorias jurídicas, que por sua vez deverão ter mais cuidado em dar os seus pareceres. E o que é mais importante, o Supremo em pouco tempo poderá tornar sem nenhuma eficácia a lei ou ato normativo inconstitucional. Com efeito, enquanto as decisões judiciais normalmente só atingem as partes, as proferidas na ação direta de inconstitucionalidade atingem a todos: têm efeito "erga omnes".

Assim, se se edita uma lei criando um imposto inconstitucional, os órgãos e entidades mencionados poderão de logo suscitar a questão perante o Supremo, que poderá solucioná-la com relativa rapidez. Poder-se-á, pois, afastar-se de imediato a cobrança de tal tributo. Ao contrário do que atualmente ocorre. Hoje o governo, muitas vezes — e não é o governo atual, isso já vem de longa data — edita regras, os seus órgãos têm consciência de que normas inconstitucionais, que criam tributos inconstitucionais, mas se afirma: não há problema, nós cobramos a exação e os prejudicados, depois, que venham, se quiserem, ao Judiciário com ação de repetição. Como nem todos vão entrar com essa ação ficaremos com a parte que, embora inconstitucional, ninguém reclamou, e a parte reclamada, objeto da ação repetitória, que terá de ser devolvida, servirá, pelo menos, como empréstimo a longo prazo. Ocorrerá, pois, o enriquecimento ilícito do Estado que se beneficiará de ato que ele próprio tem ciência da sua inconstitucionalidade. Isso implica desmoralização do princípio da autoridade, com todas as conseqüências daí derivadas.

Além da ação direta de inconstitucionalidade, um novo instituto importante visando dar eficácia à Constituição: trata-se da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Essa ação de descumprimento de preceito fundamental, está prevista no artigo 102, parágrafo único da Constituição e depende de regulamentação, através de lei.

A outra hipótese de controle da constitucionalidade das leis, é tradicional, antiga: a declaração "incidenter tantum", a declaração que se faz em cada caso concreto quando o juiz examina o feito, sendo que os tribunais só podem declarar essa inconstitucionalidade por maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial. É o que se vê no artigo 97.

Outro caso, ainda de controle de constitucionalidade, ocorre através da intervenção federal. Conforme podem os senhores ler no artigo 34, inciso 7.º, a União poderá intervir nos Estados, para assegurar a observância de princípios constitucionais que enumera. Há casos em que a intervenção depende de requisição ao Judiciário. A grande alteração trazida consiste em que, em certos casos, a requisição será feita pelo Superior Tribunal de Justiça e não pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal, hoje, é Corte Constitucional. E muitas vezes, como a decisão a ser cumprida, versa apenas sobre a aplicação de lei federal, a requisição terá de ser feita pelo Superior Tribunal de Justiça. Chamo a atenção daqueles que ainda não tiveram o ensejo de examinar a Constituição tratar-se de peculiaridade a ser examinada com cuidado.

Irei fazer referência ao chamado "recurso extraordinário" e ao "recurso especial", este novidade constitucional. No âmbito dos órgãos jurisdicionais superiores, uma grande inovação trazida pela Constituição consistiu na transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional e na criação do denominado "Superior Tribunal de Justiça". Essa transformação foi objeto de estudo que já se iniciara há longos anos. Sobre ela versaram numerosos estudiosos. Foi objeto da "Comissão de Alto Nível", presidida pelo ilustre professor Miguel Reale, em 1969; de estudos aprovados pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, realizados pelo competente jurista, Dr. Teotônio Negrão, e Comissão Arinos. Enfim, a providência adotada pelo vigente texto constitucional no sentido da transformação do Supremo Tribunal em Corte Constitucional e da criação do Superior Tribunal de Justiça vinha sendo objeto de estudos profundos desde longa data.

A questão resultou do fato de que o Supremo Tribunal Federal, desde a sua criação até os dias de hoje, tem praticamente a mesma competência, no tópico essencial, que diz respeito ao julgamento de recursos extraordinários. Os casos de cabimento deste, na prática, têm sido os mesmos no curso dos anos. O Supremo, desde a sua criação até hoje teve, em suma, 11 ministros. Em 1891, eram 15 e, em 1967, 16. Houve umas ligeiras alterações no curso da história, mas o que predominou foram 11 ministros. Em 1891, data da nossa primeira Constituição Republicana, o Brasil tinha cerca de 30 milhões de habitantes, número que, hoje, subiu para 130, 140 ou 150 milhões. Então, os senhores vêem de logo que a relação processo e número de habitantes foi muito alterada. O Brasil desenvolveu-se extraordinariamente nesse período. Em razão disso, a legislação constitucional, legal e regimental, a fim de que o Supremo Tribunal pudesse dar conta de julgar os recursos extraordinários, passou a estabelecer numerosas

limitações ao seu cabimento, limitações tão amplas que culminaram com a instituição da denominada arguição de relevância, que foi rechaçada do texto constitucional. Na prática, portanto, tornara-se quase impossível fazer com que o recurso extraordinário subisse ao Supremo Tribunal Federal.

No âmbito da Justiça Federal, o mesmo problema surgiu. O Tribunal Federal de Recursos foi criado pela Constituição de 46, exatamente com a finalidade de absorver parte da competência do Supremo Tribunal Federal. Todavia, cresceu de tal maneira que o número de processos sujeito à sua apreciação que, neste ano, cada ministro deverá receber aproximadamente 3.000 processos a título de distribuição, ou seja, cada ministro receberá cerca de oito processos por dia, incluindo férias, domingo, sábado e feriados. É um número realmente absurdo!

Diante de tal quadro, o que fez o legislador constituinte? Seguindo a tradição, consubstanciada na criação do Tribunal de Recursos, para julgar causas antes da competência do Supremo, criou um novo Tribunal Superior, o Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de absorver mais competência do Supremo Tribunal Federal, e desdobrou o Tribunal Federal de Recursos em vários outros Tribunais. Inicialmente, serão criados cinco e, depois, poderão ser criados, através de lei, outros Tribunais Regionais Federais em cada capital dos Estados integrantes da federação brasileira. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal irá julgar apenas o chamado recurso extraordinário por ofensa à Constituição, enquanto o Superior Tribunal de Justiça irá julgar todos os demais recursos extraordinários que receberam o nome de "recurso especial". Os recursos extraordinários por divergência na interpretação da lei federal, por negativa de vigência desta, ou então, quando o acórdão impugnado der pela validade da lei local em confronto com a lei federal, não mais subirão ao Supremo Tribunal Federal; serão endereçados ao Superior Tribunal de Justiça. Portanto, o Superior Tribunal de Justiça funcionará como um *Tribunal Nacional*, porque exercerá jurisdição não apenas sobre a Justiça Federal, mas também sobre a Justiça estadual. Dará a última palavra concernente à aplicação e interpretação das leis federais.

Uma peculiaridade que, desde logo, levo ao conhecimento dos senhores, é a de que, talvez por falha do texto constitucional, o recurso extraordinário, isto é, aquele da competência do Supremo, é cabível em causa de alçada, enquanto que o recurso especial só de decisão proferida em única e última instância por Tribunal. Por que isso? Porque, ao tratar do recurso extraordinário, o dispositivo deixou de fazer referência à expressão "tribunais". Diz o artigo 102, inciso III, que "competete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida...". Não diz: "decididas em única ou última instância por Tribunais", como ocorre com o recurso especial (art. 105, III) e como ocorria com a Constituição atual quanto ao recurso extraordinário. Isso implica que as denominadas causas de alçada poderão ser impugnadas através de recurso extraordinário

interposto da sentença diretamente para o Supremo. É a interpretação que se extrai da redação do dispositivo ora em vigor.

Prosseguindo, quero fazer breve referência ao denominado mandado de segurança coletivo. Trata-se, também, de inovação importantíssima, inovação que se harmoniza com a tradição do nosso direito. Os senhores sabem que um dos institutos que consubstancia verdadeiro orgulho do direito nacional, é o mandado de segurança, que, embora tenha similares no direito alienígena, tem peculiaridades que lhe dão identidade. Na verdade, não se confunde com o "mandamus" do direito anglo-saxão, e nem com o "amparo" do direito mexicano. Foi instituto que aprovou, pois, realmente, é um meio eficaz na defesa dos direitos individuais violados por ato de arbítrio das autoridades. Agora, assumiu dimensão maior, é possível que se ajuíze mandado de segurança coletivo. As associações de classe poderão, por exemplo, manifestar o mandado de segurança coletivo na defesa do interesse dos seus associados (art. 5.º, LXX, *b*). As associações de pais e mestres, as associações de vizinhos e, enfim, uma série de órgãos classistas poderão combater no Judiciário atos violadores de direitos dos seus sócios, atingidos de maneira abusiva pelas autoridades públicas. Com isso, poder-se-á desafogar o Judiciário. É do conhecimento de todos que, hoje, quando a causa é parecida, centenas, milhares de mandados de segurança são ajuizados (inconstitucionalidade da exigência do IOF, do empréstimo compulsório, do FINSOCIAL, por exemplo). Por outro lado, pobre nem sempre tem acesso à Justiça, porque o ingresso nesta é, em regra, muito dispendioso. Em razão disso, a criação do instituto do mandado de segurança coletivo estimulará o surgimento de associações e fortalecerá as existentes. Será, a meu ver, meio muito eficaz para a defesa dos interesses de coletividades.

Farei, a seguir, referência ao denominado mandado de injunção. Trata-se, também, de importantíssima inovação. O mandado de injunção é garantia constitucional à qual toda e qualquer pessoa tem acesso na defesa de direitos constitucionais não regulamentados. Aí estão os pressupostos fundamentais para se impetrar mandado de injunção: é necessário, primeiro, que se demonstre a titularidade de um direito constitucional, e, segundo, que esse direito constitucional não seja regulamentado. É o que diz expressamente o artigo 5.º, inciso LXXI, da Constituição: "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". Portanto, o mandado de injunção visa ao cumprimento e à observância da Constituição. Inovação importantíssima, conforme disse. Muito criticam a nova Constituição. Falam mal dela. A referida norma, porém, é de grande importância. Mostra a preocupação do legislador constituinte em valorizar o Poder Judiciário e dar meios a que as regras constitucionais produzam efeitos práticos. Com a injunção, pretende-se que não mais haja distinção entre normas programáticas e normas jurídicas. Pretende-se que essa distinção deixe de existir e que os institutos, os preceitos constitucionais alcancem o plano da realidade da vida.

O mandado de injunção, na sua feição constitucional, não encontra precedente na legislação dos outros países. Irei, para melhor esclarecê-lo, expor algumas idéias, porque muito ainda há que se refletir sobre ele. Só mesmo com o curso do tempo se poderá chegar a construções judiciais ou legislar-se regulamentando o exercício do instituto. Até que a lei regule a matéria, obviamente que há de se meditar, há de se refletir acerca dessa novidade do texto constitucional. Penso, para tanto, conveniente consultar-se o denominado "processo interdital romano" e a chamada "injunction", do direito anglo-saxão. A injunção do direito anglo-saxão é muito ligada ao procedimento interdital romano. O direito romano exerceu imensa influência no direito anglo-saxão. É o que se deu, por exemplo, com os chamados "state-writs". São instrumentos que os ingleses criaram visando à tutela imediata dos direitos dos cidadãos quando vulnerados por atos oficiais. E, dentre eles, cinco são extremamente conhecidos, pelo menos a maioria deles. É o caso do "mandamus", que consubstancia ordem endereçada à autoridade para prática de determinado ato; da "prohibition", que implicava veto ao comportamento oficial; do "certiorari", muito semelhante à "intercessio" romano, que visava anular sentença ou processo; do "habeas corpus", que vem do interdito "de homine libero exhibendo", também vinculado, pois, ao processo interdital romano; e do "quo warranto", que se destinava à defesa de prerrogativas ou cargos públicos. Mas, além desses institutos que visavam a tutela dos direitos contra atos oficiais, paralelamente, com apoio na denominada justiça de equidade, surgiu uma série de remédios processuais e, dentre eles, o instituto da injunção. A injunção, no direito alienígena, tem por escopo a tutela de interesse particular contra ato praticado por particular, e não por autoridade pública. Há numerosos tipos de injunções, como a "prohibitory injunction" e a "mandatory injunction". As últimas ordenavam a prática de atos e as outras impunham a sua abstenção. É exatamente esse o contexto que deve ser levado em conta para se estudar o instituto de injunção, que teve enorme aceitação no direito anglo-saxão. Hoje, são cabíveis injunções para atender as mais diversas e imprevisíveis situações litigiosas. A propósito, convém que se leiam os ensinamentos do emérito Professor Galeno Lacerda e da bibliografia em que se apóia (ver "Comentários ao CPC", Forense, 1.^a Edição, 1980, pp. 146 e 55).

Em tal contexto, verifica-se que a injunção, como prevista no direito pátrio, não se confunde com a do direito alienígena, mas neste a sua regulamentação e aplicação podem encontrar excelentes subsídios. Visa, como no direito alienígena, a prática ou a abstenção de determinado ato com o objetivo de preservar o exercício de Direito Constitucional não regulamentado.

A competência para julgar o mandado de injunção dá ensejo também a muitas reflexões. Cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente "o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos

Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal” (art. 102, I, q). Esse dispositivo é claro quanto à questão de competência. Mas certas dificuldades surgem, principalmente, da interpretação do dispositivo que concerne à competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar o mandado de injunção, segundo o qual cabe àquela Corte processar e julgar originariamente o mandado de injunção “quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal” (art. 105, I, h). Acontece que se os Senhores examinarem a Constituição, verão que ela, ao elencar a competência dos Tribunais Regionais Federais, (art. 108), não faz referência ao mandado de injunção. Ao dar a competência da Justiça Federal de primeiro grau, também, não menciona o mandado de injunção (art. 109). Ao versar sobre a competência da Justiça Militar, é da mesma forma, omissa quanto ao mandado de injunção e o mesmo quanto à Justiça do Trabalho (arts. 111, § 3.º, 113 e 124). Por isso é que vou tecer breves considerações sobre o assunto.

Quanto à Justiça Militar e à Justiça Federal, afigura-se, à primeira vista, que não têm competência para julgar mandado de injunção, ao argumento de que a legislação ordinária não pode ampliar os casos de *competência elencados exaustivamente no texto constitucional*. Esse é o primeiro entendimento acerca da matéria, que, no entanto, merece melhor reflexão. Voltarei ao seu exame posteriormente. No que concerne à Justiça Eleitoral, a questão enseja enfoque diverso, porque há dispositivo segundo o qual cabe ao Tribunal Superior Eleitoral, julgar recursos das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais em mandados de injunção (art. 121, § 4.º, VI). Ora, se assim diz o texto, a conseqüência lógica é que a Justiça Eleitoral pode julgar mandado de injunção. Há ainda aspecto importante a considerar: a Constituição ao tratar da Justiça Eleitoral diz que “lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, juízes de Direito e das juntas eleitorais” (art. 121, *caput*). Se a Constituição, no caso, diversamente da Justiça Federal e da Militar, deixou para a lei ordinária poderes de fixar a competência da Justiça Eleitoral, acredito que poderá aquela incluir o mandado de injunção na competência do Tribunal Superior Eleitoral e, também, dos juízes de primeiro grau daquela justiça especializada.

No âmbito da Justiça do Trabalho, faço raciocínio semelhante. A Constituição não fixa a competência dos órgãos da Justiça do Trabalho. Refere-se, apenas, à competência justificadora da sua criação consistente em dirimir os litígios de índole trabalhista (art. 114). Diz que caberá à lei ordinária dispor acerca da competência dos seus órgãos. Este é o texto do art. 111, § 3.º: “A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho”. De outra parte, preceitua o art. 113: “A lei disporá sobre a Constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho, assegurada a pari-

dade de representação de trabalhadores e empregadores”. Portanto, na esfera da Justiça do Trabalho, a Constituição delegou competência à lei ordinária para criar institutos processuais. Então, por que não admitir que o texto permite que a lei ordinária crie mandado de injunção no âmbito da Justiça do Trabalho?

Continuando o exame da matéria, irei, a seguir, fazer breve exposição sobre o instituto do “habeas data”, que, também, constitui novidade. A fim de melhor compreendê-lo fiz pesquisa de dados e a ela farei referência. De início, assinalo que se trata de instituto previsto no artigo 5.º, inciso LXXII, da Constituição. Segundo a autoridade impetrada, poderá ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Juízes Federais. Pergunta-se: e pela Justiça Estadual? Quer me parecer que nada impede que a Constituição Estadual, à semelhança da Constituição Federal, preveja a sua criação no âmbito do Estado.

O instituto tem origem no artigo 35 da Constituição de Portugal, do dia 2 de abril de 1976, que tem a seguinte redação:

“1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registros informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a retificação dos dados e a sua atualização.

2. São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão, bem como os fluxos de dados transfronteiras, salvo em casos excepcionais previstos na lei.

3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeito de registro informático.

5. É proibida a atribuição de número nacional único aos cidadãos.”

Conforme se depreende, a Constituição Portuguesa estabeleceu os princípios relativos à utilização dos dados constantes dos computadores, matéria, hoje em dia, de grande relevância. Hodiernamente a vida de qualquer cidadão pode ser traduzida em poucos segundos, manipulando-se a tecla de um computador. É de se imaginar o que isso significa no contexto das relações sociais. No entanto, aquela Constituição, embora tenha regulamentado a matéria, não previu o instituto do *habeas data*. Por isso mesmo, o professor José Antônio Barreiros, da Universidade de Lisboa, em trabalho que publicou no livro denominado “Estudos sobre a Constituição”, disse que “hoje é ponto assente na doutrina especializada na

matéria que o aumento da computadorização da informação deve ser acompanhado de uma extensão do direito à informação, havendo quem proponha até a definição de um princípio político-jurídico a que se chamam "habeas data" por semelhança ao clássico "habeas corpus", de gênese anglosaxônica".

Penso que foi com base nessa orientação que se introduziu na nossa Constituição esse dispositivo sobre o "habeas data". Cabe, dizer, que o "Direito de Informática", que em francês é denominado "Droit de l'Informatique" e em inglês "Computer Law", tem sido objeto de estudos aprofundados, aflorando em vários troncos, cada um dos quais merece estudo especial. Quais são esses troncos? Em primeiro lugar, há de se estudar a relevância jurídico-probatória dos registros em computador. Os senhores lembram-se de que, quando foi elaborado o Código de Processo Civil, muito se discutiu sobre se podia considerar-se a fotografia como meio de prova, como, também, as gravações, os videoteipes, não é verdade? Agora, constitui matéria de alta significação a consistente em regulamentar o valor probatório dos registros existentes em computador.

A segunda questão importante diz respeito à responsabilidade civil e criminal decorrentes das aplicações do computador, através do qual é possível causar danos a outrem e até mesmo praticar crimes. Outro problema jurídico concerne à contratação de material e serviços de computação, bem como concernente à propriedade de programas e proteção do *software*, hoje muito comentada pelos jornais.

A última questão, que é mais diretamente ligada ao instituto do qual estamos tratando, concerne às liberdades públicas e à privacidade. O Direito a Informação é assegurado pela Constituição. Os respectivos dados são transplantados para computador. Em que limites isso pode ocorrer? Em que âmbito deve ser preservada a esfera de atuação dos indivíduos no seio da sociedade? O que deve ser preservado da vida privada dos cidadãos? Isso é assunto muito sério.

O *habeas data*, como garantia constitucional, tem por escopo apenas dar acesso a toda e qualquer pessoa às informações a ela relativas, de permiti-la complementar os dados existentes nos registros ou então de retificar esses dados. É o que se depreende do art. 5.º, inciso LXXII, da Constituição.

O procedimento do *habeas data* ainda não está regulamentado. A propósito, foram apresentados alguns projetos, mas o Congresso não tem votado matéria alguma, porque estamos na iminência da realização de eleições. Tudo leva a crer que a sua tramitação será muito semelhante à atinente ao processo do mandado de segurança. Recentemente trabalho publicado do Consultor-Geral da República, o Dr. Saulo Ramos, denominou o *habeas data* de "mandado de segurança nominado". Não sei se é precisa a denominação, mas é certo que bem reflete a tendência no sentido de que as regras atinentes ao procedimento do mandado de segurança podem ser adotadas quanto ao novo *writ* constitucional.

Alterações foram trazidas também quanto à competência para julgar os conflitos de jurisdição que, hoje, a Constituição, talvez mais tecnicamente, passou a denominar de conflitos de competência. Os conflitos de competência serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal quando travados entre Tribunais Superiores ou entre estes e outros Tribunais. O Superior Tribunal de Justiça julgará os conflitos de competência, quando não forem travados entre Tribunais Superiores, entre estes e Tribunais inferiores e não se referirem a órgãos sujeitos à jurisdição superior comum. Assim, o conflito entre duas Juntas de Conciliação e Julgamento deverá ser julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho, entre dois Tribunais Regionais do Trabalho, pelo Tribunal Superior do Trabalho. Em suma: quando os conflitos não forem localizados no âmbito da mesma Justiça, não disserem respeito a dois Tribunais Superiores ou a Tribunal Superior e Tribunal inferior, caberá decidi-lo o Superior Tribunal de Justiça. É o que se deduz do art. 105, I, d, da Constituição, ao dizer que compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir:

“os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.”

Outra questão que merece referência diz respeito à reclamação. A Constituição anterior só previa a reclamação ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal Federal de Recursos criou o instituto no seu regimento e o Supremo Tribunal Federal declarou-o inconstitucional. No meu modo de ver, sob o aspecto doutrinário, não foi uma solução acertada. Com efeito, destina-se a reclamação apenas a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade da sua decisão. Ora, se assim é, penso que é um instituto que não precisa ser previsto em lei nenhuma. Se o Tribunal dá uma decisão e essa decisão não é cumprida, acho natural que o interessado dirija-se ao Tribunal para pedir que faça cumprir a decisão: o poder de fazer cumprir a decisão é inerente ao poder de decidir. Parece-me algo óbvio. Todavia, o Supremo assim não entendeu, sob a égide da Constituição anterior. Daí a sua inclusão na competência do Superior Tribunal de Justiça elencada na vigente Lei Fundamental.

Outra alteração diz respeito ao conflito de atribuições. Os conflitos de atribuições eram julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Agora, pelo texto atual, passaram a ser julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. A meu ver, a competência para decidi-los deveria permanecer com o Supremo Tribunal Federal. A modificação não ensejará, porém, grandes prejuízos, por se tratar de instituto raramente utilizado.

Outra questão que merece referência diz respeito à competência para julgar Governadores e Desembargadores. No regime anterior, os Governadores eram julgados pelos Tribunais de Justiça dos Estados. A jurisprudência entendeu ser da competência do Tribunal Federal de Recursos julgá-los só se praticassem crimes em detrimento da União. A Constituição

atual passou para o Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar os Governadores no caso de crimes comuns. Quanto aos crimes de responsabilidade, a questão deverá ser prevista, provavelmente, na Constituição estadual a ser promulgada, a semelhança do julgamento do Presidente da República pela prática do referido crime.

O julgamento dos Desembargadores, nos crimes comuns e de responsabilidade, era da competência do Supremo Tribunal Federal, que, agora, foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça. Seguiu-se a regra que sempre o Juízo superior julga os integrantes de órgãos jurisdicional imediatamente inferior. Assim, o Tribunal de Justiça julgará os juizes de primeiro grau. O Superior Tribunal de Justiça, os Desembargadores. E o Supremo Tribunal Federal, os Ministros dos Tribunais Superiores. No que concerne à competência para julgar os Governadores, parece-me que deveria continuar com os Tribunais de Justiça dos Estados. A Comissão do Tribunal Federal de Recursos não propugnou pela inclusão dos Desembargadores, em tal caso, na competência do Superior Tribunal de Justiça. A manutenção da regra constitucional anteriormente vigente implicaria valorizar a Justiça dos Estados.

Outra inovação importante concerne às causas de interesse da magistratura. Diz o art. 102, inciso I, letra g, que compete ao Supremo julgar originariamente a ação em que todos os membros da magistratura sejam, direta ou indiretamente, interessados e aquela em que mais da metade dos membros do Tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados. É uma alteração também relevante.

Outro assunto fundamental diz respeito aos juizados especiais. O art. 98 prevê a criação de juizados especiais. A meu ver, o êxito da reforma da Justiça apoia-se, em grande parte, nesse dispositivo. Se ele não funcionar, os órgãos jurisdicionais superiores ficarão novamente congestionados e de nada valerá a reforma. A sua regulamentação será feita, em grande parte, pela Justiça dos Estados.

A Constituição é um documento solene que estrutura os Poderes do Estado e define os direitos e garantias individuais e sociais. Traduz o grau de civilização de um povo e das liberdades que se lhe reconhecem. Todavia, segundo salientou RAMALHO ORTIGÃO (*As Farpas*, outubro de 1971):

“A verdade é que a civilização, bem como a liberdade, se não decreta. Só há um meio de a alcançar: merecê-la.”

Ou, nas palavras do Marquês de Maricá (Máximas):

“As Constituições mais liberais, nos povos menos ilustrados, servem freqüentes vezes para oprimir os bons, anistiar ou absorver os maus”;

A Constituição recentemente promulgada reflete as aspirações gerais do povo brasileiro e, apesar das naturais deficiências próprias dos documentos políticos, é boa. Os juristas não mais devem preocupar-se em atacá-la, mas em procurar meios de dar eficácia às suas normas.

A cláusula “devido processo legal” e a lei antitruste nacional

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

SUMÁRIO

1. Origem histórica do princípio. 2. Evolução inicial do Direito Processual aos Direitos do Homem. 3. Aplicação ao processo antitruste. 4. A tutela do próprio processo: nova evolução. 5. O princípio como instrumento de controle da constitucionalidade das leis e de garantia do direito material antitruste. 6. Flexibilidade da cláusula.

1. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” é o que dispõe o art. 50, inciso LVI, da Constituição Federal. É a consagração constitucional do “due process of law”, cuja aplicabilidade à legislação ordinária passou, assim, a ser cogente, por disposição expressa e não mais por mera interpretação doutrinária.

Teve o princípio por origem remota o édito Conrad II, de 1037, que garantia o respeito a certos direitos de propriedade: “nisi secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum”. Ficou mais conhecido, entretanto, por sua inclusão no art. 39 da Carta Magna, de 1215, significando a exigência de observância das leis do país (“nullus liber homo capiatur vel imprisonetur . . . nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”). Ulteriormente, iniciando longo processo evolutivo, seja em termos formais como substanciais, a expressão “lei da terra” (“law of the land”) passou a ser substituída, a partir do estatuto de Eduardo III, de 1354, por sua sinônima, “due process of law”, que obteve reconhecimento universal.

O conceito, como já adiantado, através dos tempos, vem passando por marcantes transformações. Tomado, na Carta Magna, como princípio especificamente processual, garantidor de “orderly proceedings”, assim permaneceu por cerca de três séculos, reiniciando sua evolução no século XVII, até tornar-se, nos dias de hoje, em “standard” genérico imune a cerceamentos formais.

2. No plano processual, objetiva proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, sendo assim exprimida em diversos textos constitu-

cionais e proclamações dos Direitos do Homem. Exemplo disso é o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim reza:

“Toda pessoa acusada de prática de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpa venha a ser apurada no curso do processo público, durante o qual se lhe assegurem todas as garantias necessárias à defesa.”

A partir deste ponto, conclui-se com o Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS em seus recentes *Comentários à Constituição do Brasil*, obra em co-autoria com IVES GANDRA MARTINS, vol. 2, p. 260, que o processo, no mundo moderno, passou a ser considerado não mais como simples procedimento adjetivo, mas antes, manifestação de um direito da pessoa humana. Adotada a orientação publicística do processo, tornou-se inafastável o reconhecimento da ação como direito público subjetivo e, nesse diapasão, como direito cívico ou obrigação do Estado. Por conseqüência, os textos constitucionais passaram a discipliná-lo, impedindo que leis mal-elaboradas possam levar à sua desnaturação com conseqüente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar. Transpõe-se desta forma o âmbito puramente processual para compreender também o substancial. É que se o Direito substantivo não pode ficar à mercê do processo, por outro lado, não pode ele sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste. É o que resulta da preleção.

Como expressa ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 12), exsurge do texto constitucional a proclamação dos valores éticos sobre os quais repousa nossa organização política. Direito processual passou a ser expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei. Decorre daí uma plêiade de princípios corolários, muitos dos quais também merecedores de reconhecimento constitucional, tais como os da isonomia, do juízo natural, da garantia de assistência judiciária, do sistema acusatório, do contraditório, da ampla defesa, da coisa julgada, da inafastabilidade do controle judiciário, do duplo grau de jurisdição, da publicidade e da imparcialidade dos julgadores. Suas aplicações práticas, porém, têm abrangência lata, que extravasa o elenco constitucional.

Acentua COUTURE, citado pelo emérito constitucionalista, Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (*apud* “Processo e Constituição: o Devido Processo Legal”, RDP, vol. 68, p. 55), que (a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; (b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico destes preceitos, deve instituir outro processo; (c) a lei não pode instituir formas que tornem ilusória a concepção de processo consignada na Constituição; (d) se a lei instituir forma processual que prive o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer seu direito, será inconstitucional; e (e) nestas condições, devem existir meios de impugnação para que seja efetivo o

controle da constitucionalidade das leis. Cabe, portanto, aos mecanismos processuais específicos tornarem eficazes as normas constitucionais e, assim sendo, no dizer de LIEBMAN, o processo, de instrumento de justiça, desvenda sua real vocação para transformar-se em garantia da liberdade. As formalidades do processo, por consequência, são veículos das garantias constitucionais.

Um dos componentes básicos do “devido processo legal”, no campo processual, é, a par do direito de ação, o da jurisdição, que atua após a notificação apropriada, que dê conhecimento, a todas as partes, da interposição de atuações que possam afetar direitos, e que culmina com a prolação, pelo juiz competente, de uma sentença motivada, apoiada na “causa petendi”, e que seja congruente com os termos do libelo (“sententia debet esse conformis libello”), não lhe ultrapassando os termos (“ultra petitum”), nem lhe sendo diverso (“extra petitum”). São os princípios da congruência e da motivação.

3. A vigente legislação antitruste brasileira (Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962) não poderia estar infensa às exigências processuais constitucionais, atendendo-as, como de mister, mas através de cláusula por demais sucinta, em seu art. 36. Determina esse preceito que, na instauração do processo antitruste, deve ser observado o disposto no Livro II, Capítulo III, Título I, do Código de Processo Penal, com as alterações constantes do diploma especial.

Assim sendo, a fórmula remissiva não teve o condão de, tão-somente, garantir o direito do acusado por abuso do poder econômico à ampla defesa, mas, antes, de consagrar o “due process of law” em sua inteireza, do qual aquele direito é apenas um corolário, embora, como outros, de vital importância.

De fato, ainda que respeitáveis posições doutrinárias entendam ser o processo antitruste um rito administrativo por essência e não um processo penal-econômico, não se lhe pode negar a aplicabilidade do devido processo (“due process of law”), mesmo pelos que o entendam como feito puramente administrativo, constituindo, no dizer de RENATO MARTINS PRATES (“O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado”, RDP, vol. 86, p. 131), requisito essencial para a autoridade pública expressar, com fidelidade, a vontade da lei. Isto porque, como bem esclarece esse ilustre Procurador da Fazenda Nacional e Mestre em Direito Administrativo, a vontade expressa pelo administrador não é, ou não deve ser, fruto das tendências, inclinações ou desejos pessoais, mas a mera concretização e individualização de uma vontade abstrata e genericamente prevista em lei. Incumbe ao processo concretizar essa vontade, fornecendo-lhe elementos de fato e de direito que permitirão que ela se perfeça de conformidade com o ordenamento jurídico.

E, de qualquer modo, na linha de pensamento de RENATO MARTINS PRATES (*opus cit.*, p. 134), ainda que o processo administrativo seja, de modo geral, informal, dispensando a rigidez e o formalismo do processo

judicial, o processo é fundamentalmente “forma” e a “forma”, no processo, é a garantia do julgamento justo. Em suma, o processo administrativo deve seguir seu rito próprio, previamente previsto em lei, que varia de acordo com a natureza da atuação administrativa a que visa.

Tem inteira procedência o ensinamento ao ressaltar que o grau de formalidade do processo deve não só ser previamente previsto em lei, mas também variar de acordo com a natureza da atuação administrativa. Assim, tendo-se em conta a natureza repressiva da legislação antitruste (independentemente da taxinomia da lei), atingindo o “status libertatis” dos agentes econômicos e balizando a legitimidade do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, por sua importância e gravidade, não poderia ela satisfazer-se com regras processuais de aplicação informal. A forma, sem resvalar para o formalismo da velha praxe, é, no caso, garantia da liberdade econômica.

Como inarredável conseqüência da lição, destaca o estudioso administrativista os principais princípios de defesa do administrado, a que geralmente aludem os especialistas: (a) o da imparcialidade dos órgãos responsáveis pelo processo; (b) o da publicidade do processo; (c) o da especificação da acusação; (d) o da cientificação do processo ao interessado (citação); (e) o da contestação (defesa); (f) o da produção de provas e controle das provas produzidas pela Administração; (g) o da motivação no julgamento e (h) o da utilização dos recursos cabíveis (“opus loc. cit.”). Ressalta-se, ainda, que os princípios da legalidade dos atos administrativos e da garantia de defesa exigem a fundamentação precisa da peça inicial que instaura o processo, contendo a acusação ao administrado. Dela devem, portanto, constar, ao menos, a descrição exata da infração cometida e a qualificação do acusado, sem o que não poderá haver defesa, posto que a ausência destes requisitos formais impede ao acusado plena ciência da ofensa que lhe é irrogada. Como diz o ensaísta, neste caso, “o processo é a configuração do absurdo kafkaniano” (*opus loc. cit.*).

No atual anteprojeto da nova Lei Antitruste brasileira, conforme publicado no *Diário Oficial* da União de 2 de dezembro de 1988, Seção I, a matéria foi objeto de ampla adoção. Em primeiro lugar, deu-se ao processo antitruste a devida relevância e amplitude, reconhecendo tratar-se de direito público subjetivo e evitando-se com isso conotações meramente adjetivas, passíveis de tratamento normativo através de diplomas de menor hierarquia (cf. art. 41 do Anteprojeto). Partindo dessa posição, seguiu-se a consagração explícita, “de lege ferenda”, dos demais princípios resultantes da cláusula do devido processo legal: o do juízo natural (arts. 31 e 42, parágrafo único, e 60); o da publicidade (arts. 40, 61 e 69, parágrafo 1.º); o da natureza pública do processo (art. 42); o da assistência jurídica (art. 46), que, inclusive, admite a nomeação de defensor “ad hoc”, em caso de necessidade; o da imparcialidade do julgador (art. 53); o do sistema acusatório (“ne procedat iudex ex officio”) (art. 58); o do contraditório e da ampla defesa (art. 60); o do chamamento (art. 62); o da

congruência e motivação da sentença (arts. 69, parágrafo 2.º, e 85, parágrafo 2.º); o da coisa julgada (art. 69, § 2.º); o do duplo grau de jurisdição (art. 70) e o da inafastabilidade do controle judicial (art. 85).

Não se permitiu desta forma, que tema fosse relegado à maior ou menor flexibilidade hermenêutica do aplicador ou à iniciativa normativista de menor hierarquia, sujeitas a inseguras mutações, muitas vezes de natureza política, subjetiva ou pessoal. É o que ocorre atualmente, por exemplo, com a excessiva sisudez processual da vigente Lei Antitruste, que tem permitido entendimentos mais informais, que culminam, por vezes, por desconsiderar alguns dos princípios basilares resultantes da cláusula "due process of law", tais como, conforme salientado por RENATO MARTINS PRATES, o da especificação da acusação e fundamentação da peça inicial. De fato, com freqüência não contêm as acusações formuladas junto ao CADE, acarretando-lhes insanável nulidade, a descrição exata da infração cometida e a qualificação do acusado. Estes requisitos encontram-se contemplados no art. 41 do Código de Processo Penal, aplicável ao atual processo antitruste nos termos do art. 36 da Lei n.º 4.137, de 1962, combinado com o art. 394 daquele diploma processual penal básico. Buscou, conseqüentemente, o Anteprojeto sanar o problema e evitar a proliferação de vícios processuais, de um lado, exigindo da representação o atendimento às demandas de identificação do acusado e exposição do fato argüido como caracterizador de abuso do poder econômico (art. 54, parágrafo único) e, de outro, incorporando, expressamente, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal à denúncia da Procuradoria do CADE (art. 58, parágrafo 1.º). Adotou-se, assim, a fórmula sempre moderna de JOÃO MENDES DE ALMEIDA ("apud" ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 23, pp. 306 e segs.), segundo a qual a petição inicial deve ser uma exposição narrativa e demonstrativa, "verbis": "Narrativa por que deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, i.e., não só a ação transitiva, como a pessoa que praticou ("quis"), os meios que empregou ("quibus auxiliis"), o malefício que produziu ("quid"), os motivos que o determinaram a isso ("cur"), a maneira por que a praticou ("quomodo"), o lugar onde a praticou ("ubi"), o tempo ("quando") ...".

Quanto à exigência de cientificação do processo ao interessado, foi ela atendida pela compulsoriedade de notificação do acusado (arts. 56, parágrafo único, e 62), que só comporta ressalvar, na fase de averiguações preliminares, em casos de absoluta excepcionalidade, tais como a notória conduta prepotente, arbitrária, desleal, maliciosa ou anticoncorrencial do representado no mercado, cujo conhecimento antecipado da representação possa por em alto risco o regular andamento do procedimento investigatório, ou a cabal desnecessidade da notificação, por exemplo, por já ter tido o acusado, por sua iniciativa ou do representante, prévio acesso à representação. A regra geral, face à natureza repressiva da legislação antitruste, é a da obrigatoriedade da notificação do representado, "ab initio", regra esta que só comporta taxativas e excepcionais exceções em defesa do interesse público ou por sua total inocuidade.

4. Outrossim, procurou o anteprojeto acolher avanços da doutrina recente, que vê na cláusula do “devido processo legal” não apenas uma garantia da pessoa, mas também a tutela do próprio processo. É o que preleciona ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Processo Constitucional em Marcha*, p. 8, item 2) ao dizer que “as garantias constitucionais do devido processo legal converteram-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformaram o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”.

A Lei n.º 4.137, de 1962, deu grande realce à colaboração compulsória, apenando a recalcitrância com eventual responsabilidade criminal ou funcional (cf. arts. 75, 76, 78 e, principalmente, 80 daquela lei).

Mais consentâneo com o espírito da estrutura cooperatória do processo, a que se referiu ADA PELLEGRINI GRINOVER, o Anteprojeto ressaltou, *primordialmente*, a atitude participativa voluntária e cívica, inclusive com a substituição da pena privativa da liberdade pela “astreinte”, e admitiu recurso à força pública apenas quando absolutamente necessário (cf. arts. 44, 45, 63 e 101). Por outro lado, ao pleno direito do representante de formular representação contrapôs-se-lhe a responsabilidade de fazê-lo em boa fé (art. 52) e o dever de cooperar com a Procuradoria no exercício do *ius puniendi* (art. 63).

5. Por outro lado, e prosseguindo na análise do alcance do “devido processo legal”, o processo justo não tem por objetivo o processo em si mesmo, em seu sentido mais formal. A par de constituir-se em garantia individual e tutela do próprio processo, o “due process of law” culmina por também compreender o direito material a que se propõem a lei substantiva e o direito objetivo proteger. No caso da Lei Antitruste, atualmente respaldada no art. 173, § 4.º, da Constituição Federal, é ela norteadada pelos princípios gerais da ordem econômica constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da Constituição Federal).

Em outra ordem de idéias, “due process of law” significa não só a necessidade de a ordem jurídica limitar o exercício das prerrogativas do Estado no campo econômico, como também de efetivar, por via legislativa ordinária, o princípio fundamental da livre concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal).

Sob o primeiro aspecto serve a cláusula como instrumento de controle da constitucionalidade das leis, função esta ressaltada na decisão histórica

proferida pela Suprema Corte norte-americana no famoso caso *Hurtado vs. Estado da Califórnia* (110 v.s. 516) de que: "Applied in England only as guards against executive usurpation and tyranny, here they have become bulwarks against arbitrary legislation". De fato, a legislação arbitrária, ainda que tenha escopo social, é inconstitucional por representar uma violação do "due process of law".

Procurou, portanto, o Anteprojeto da nova Lei Antitruste brasileira, sem prejuízo do vigor inerente a qualquer lei repressiva, evitar atitudes policiaescas ou antidemocráticas, seja exigindo que a fase investigatória do processo tenha por objetivo primordial evitar a acusação infundada, através da pesquisa do real motivo (art. 58, § 1.º) à instauração do processo administrativo, e não constituir-se em procedimento acusatório, seja buscando a pronta restauração da ordem econômica ofendida ou sob risco, através dos institutos do "nolo contendere" (art. 62, § 4.º), do compromisso de cessação (art. 102) e do acordo entre as empresas (art. 48, parágrafo único), seja incentivando a cooperação ativa e voluntária dos agentes econômicos através de recomendações (art. 98), seja garantindo a transparência dos procedimentos (arts. 40, 45, parágrafo único, e 61), seja ressaltando os acordos restritivos da concorrência que encontram apoio em leis especiais (art. 24), seja controlando as eventuais iniciativas ou interpretações estatais, inclusive normativas, atentatórias ou prejudiciais à livre concorrência (arts. 37 e 39).

Quanto ao segundo aspecto, alertava F. C. DE SAN TIAGO DANTAS (*Problemas de Direito Positivo*, pp. 37 e ss.) que a crescente intervenção do Estado na vida econômica, para orientar, coordenar, estimular e reprimir iniciativas, constitucionalmente se exprime numa dilatação do "poder de polícia", o qual estende sua esfera de ação até os negócios privados, na medida em que eles se refletem no campo do interesse público. Mais modernamente, o Prof. BARACHO (*opus cit.*, p. 75) anota que a importância da jurisdição constitucional tem também grande significado na efetivação dos interesses difusos, tendo as Constituições hodiernas ampliado o elenco desses direitos, estabelecendo "princípios diretores da política social e econômica", geradores de interesses dessa natureza, tais como a proteção econômica.

Compreendidos estes aspectos, têm-se, de um lado que, tendo adotado a Constituição Federal por princípios fundamentais da ordem econômica a liberdade de iniciativa e o direito de concorrência, o exercício dos direitos deles resultantes só pode sofrer restrições quando ditadas pelo interesse público e apenas quando não haja alternativas à consecução dos fins pretendidos. Isto porque, como salienta THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 23), essas restrições se destinam a preservar a ordem econômica vigente e não destruí-la.

Serve, assim, a cláusula do "due process of law" para limitar toda legislação decorrente das funções de polícia no campo econômico, de que é expoente a legislação antitruste nacional.

Disso resulta que ninguém pode, por exemplo, ser processado junto ao CADE por exercer as regras do livre mercado, da concorrência ou da livre iniciativa; ninguém pode ser processado sem justa causa. Caso contrário o feito instaurado será violador do "due process of law" e, portanto, inconstitucional. Não é por outra razão que o art. 27 da Lei n.º 4.137, de 1962, exige o "real motivo" à sujeição do acusado a processo administrativo, conceito este melhor definido no art. 58, § 1.º, do Anteprojeto, como sendo a existência de "indícios veementes de prática de abuso do poder econômico". Ofende o "devido processo legal" a instauração de processo administrativo sem que contra o representado haja ao menos elementos indiciários concretos de atentado à ordem econômica, não servindo aquele procedimento para a investigação da existência ou não desses indícios contra quem apenas exerça seus direitos constitucionais de livre concorrência e iniciativa. Para a constatação de indícios, entendendo-se estes nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal (dada sua aplicação subsidiária, seja nos termos do art. 36 da vigente Lei n.º 4.137, de 1962, seja na consagração expressa do entendimento no art. 49 do Anteprojeto), como sendo a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias, conferiu-se amplo espectro investigatório à fase de averiguações preliminares (art. 56 do Anteprojeto).

Em resumo, qualquer Lei Antitruste ou entendimento que permita ser alguém processado por exercer um dos direitos e garantias constitucionais, de livre concorrência ou livre iniciativa, será inconstitucional. Não é certamente o caso da vigente Lei n.º 4.137, de 1962, nem o do Anteprojeto, consagradores que são de exigência do "real motivo" ou justa causa.

6. Este um breve apanhado da aplicabilidade da cláusula do "devido processo legal" à legislação e processo antitruste brasileiros.

Não seria possível, à toda evidência, tê-lo como um quadro exaustivo do conceito, que, como visto, se expande continuamente. É que, como disse o Juiz FRANKFURTER no caso Comitê Antifascista vs. McGrath (341 US 123, 95 L.Ed. 817 (1951)), citado por ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA (*Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula "Due Process of Law"*, p. 48), "due process" não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de sua fórmula... 'due process' é produto da História, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. 'Due process' não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo".

O Anteprojeto da nova Lei Antitruste brasileira procurou dar a mais ampla e eficaz ênfase possível ao "due process of law". Novas contribuições, todavia, certamente advirão do processo legislativo e, por fim, do aplicador hermeneuta.

Prova indiciária nas ações relativas a contratos cujo valor supere dez salários mínimos

ERNESTO LIPMANN

Advogado em São Paulo e Professor da
PUC — SP

SUMÁRIO

1. Introdução: Objetivo do trabalho e sua impotência prática. 2. Breve relato histórico e doutrinário sobre a prova testemunhal. 3. Dos indícios e presunções. 4. Dos contratos com valor superior a dez salários mínimos. 5. Sugestões e conclusões.

1. *Introdução.*

Objetivo do trabalho e sua importância prática

Se, de um lado o art. 401 do CPC veda a prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor exceda dez salários mínimos, de outro são bastante comuns negócios jurídicos verbais que excedam esta quantia.

Na hipótese do litígio, qual deve ser a posição do julgador? Denegar simplesmente o bem da vida pleiteado? A experiência demonstra que, muitas vezes, a única maneira de comprovar a existência de uma relação jurídica é mediante o depoimento pessoal e testemunhal daqueles que presenciaram seu nascimento, desenvolvimento e extinção. No curso da instrução processual é comum que surjam indícios que, embora não se enquadrem nas hipóteses do art. 402 do CPC, nem por isso devem ser desprezados.

Indícios são “circunstâncias conhecidas e provadas, que relacionadas com determinado fato, autorizam, por indução a concluir pela existência

de outras circunstâncias" (1). Exemplo típico de indício que não se confunde com a "prova escrita" do art. 402, que, por definição legal, emana da parte contrária, seria o caso do dentista que, sem contrato escrito de honorários, propõe uma ação de cobrança contra um paciente. Este contesta, afirmando que sequer conhece o profissional, mas o autor junta a ficha do paciente, um recibo de protético compatível com o serviço efetuado e demonstra um conhecimento bastante profundo da arcada dentária do réu. O mesmo poderia ocorrer com o prestador de serviços, que ao cobrar uma empreitada demonstra um bom conhecimento do interior de uma residência, seus hábitos e peculiaridades, também apresentando notas fiscais de materiais compatíveis com as obras efetuadas. Em ambos os casos pode-se construir com bastante lógica o caminho que levará à procedência da dívida, e até mesmo sua avaliação mediante perícia, na liquidação por sentença, mas na inexistência de um *contrato escrito* o principal meio de comprovação das partes no negócio jurídico, trazendo como seqüência um crédito, será exclusivamente testemunhal.

São casos freqüentes na jurisprudência dos tribunais compromissos verbais de compra e venda de imóveis (2) venda de boiada (3), de corretagem (4), mútuo (5), etc. . .

2. Breve relato histórico e doutrinário sobre a prova testemunhal

Dentre os primeiros povos que sistematizaram o direito, como os egípcios, os persas e os hindus, a prova testemunhal imperava como modo de comprovar as alegações feitas em juízo (6), sendo fácil entender porque: a dificuldade de se gravar em materiais como a cera e a argila, que se constituíam nos meios conhecidos da época, tornavam a escrita lenta e cara demais para o uso cotidiano.

No processo Romano do primeiro período aonde havia a *actio condictio* (7) destinada à cobrança de promessas verbais solenes, a prova verbal atingiu seu ápice, sendo considerada aceitável para comprovar "convenções de toda espécie, sem qualquer restrição e até arestos judiciais" (8).

A partir deste instante a importância do depoimento pessoal no processo foi se reduzindo, devido a fatores como o avanço no desenvolvi-

(1) *Novo Dicionário Aurélio*. Verbete Indício.

(2) RTJESP — V. 97 / P. 110.

(3) RT 449/100.

(4) TARJ — Ap. 44.948 — Cit. por Arruda Alvim "Prova Testemunhal", p. 268.

(5) JB 121/106 — RT 368/108.

(6) Moacyr Amaral Santos — Prova Judiciária no Cível e no Comercial, Saraiva, 1972, v. 2, p. 519.

(7) V. 3, 15, 1 — *Apud* Correia, Alexandre. *Manual de Direito Romano*, Saraiva, 1969, v. 2, p. 519.

(8) Amaral Santos, Moacyr. Cit. p. 29.

mento das técnicas de manufatura do papiro e das tintas, que levaram a um maior uso dos documentos, e o populacional traduzido no aumento das comunidades, e por último a expansão do comércio, que fez com que as transações deixassem de ocorrer apenas entre membros do mesmo grupo social, tendo chegado a seu nível mais baixo entre os povos germânicos, cujo principal meio probatório eram as ordálias e os juramentos, métodos de tortura através dos quais se procurava extrair a vontade de Deus.

A concepção da prova testemunhal como elemento fundamental para a instrução somente seria recuperada na Idade Média, a partir da forte influência humanista do Direito Canônico, de traço marcante na formação do direito lusitano, precursor remoto de nossa atual legislação.

Os diplomas processuais modernos apresentam três linhas mestras: a do limite geral, aonde a eficácia jurídica da prova testemunhal fica condicionada a um valor pré-determinado por lei, acima do qual é necessária a prova escrita que a complementa, aquele que chamaremos de discricionários, pois embora também estabeleça um teto para sua validade, ao mesmo tempo faculta ao magistrado o poder de autorizar seu complemento, como a moderna legislação italiana, onde "a prova por testemunhos, de contratos não é admitida quando o valor do objeto exceder 5.000 liras". Todavia, a autoridade judiciária pode consentir na prova além do limite acima referido, tendo em conta a qualidade da parte, a natureza do contrato, ou qualquer outra circunstância⁽⁹⁾. O terceiro sistema é o da admissibilidade plena da prova testemunhal, e que parte da doutrina estrangeira, como o mexicano Rafael de Piña que entende que a "regulamentação da prova testemunhal apresenta limitações expressas que o tempo encarregará de ir apagando, à medida que as conquistas da psicologia levem ao juiz a confiança necessária para o manejo deste delicado instrumento de busca da verdade"⁽¹⁰⁾. Segundo o art. 401 do CPC vigente, há o limite de dez salários mínimos para a prova exclusivamente testemunhal, o que em princípio enquadra nosso sistema jurídico no primeiro sistema, o do limite legal.

São velhas as críticas que se fazem à prova testemunhal⁽¹¹⁾, e extensas as bibliografias a seu respeito, de modo que parece supérfluo estendermo-nos sobre o assunto, cabendo apenas uma rápida menção às suas principais objeções, que são:

— De cunho social, como a possibilidade de multiplicação das lides; em função da abertura propiciada pela falta de exigências mínimas para a abertura de uma demanda.

(9) Art. 2.721 do CC.

(10) Tratado de las pruebas civiles, Forúa, México, 1975, p. 21.

(11) V. Por todos. Amaral Santos, Moacyr, Prova... cit., V. 3, p. 61-121 e o clássico "Crítica del testimonio" de Francisco Grophe, na tradução espanhola da Ed. Reus, Madrid.

— De cunho jurídico, visando a evitar que se confundam as conversações preliminares com os tratos definitivos.

— aqueles ligados essencialmente à prova testemunhal consistentes:

1) Na falsidade proposital do testemunho.

2) Na possibilidade de erros de observação, ou de adulteração dos sentidos pelo álcool ou tóxicos.

3) Nas dificuldades de comunicação que levam à impossibilidade da testemunha transmitir em linguagem clara e precisa os fatos de que teve conhecimento.

4) O temor à justiça, traduzido numa inibição frente ao magistrado, que leve a testemunha a não contar tudo o que sabe.

Parece-nos, todavia, que para que se atinjam os objetivos do presente trabalho, mais importante do que repetir os inconvenientes da prova testemunhal, é tentar estabelecer mecanismos de sua avaliação, que permitam mensurar a qualidade do depoimento oferecido, visando ao aproveitamento daqueles que expressem a verdade e a desconsideração dos demais. Esta tarefa é parcialmente cumprida pelo art. 405 do CPC. O jurista colombiano Hernando Devis Echandia propõe⁽¹²⁾ a sistematização de mecanismos que transcendem os estritos limites do Código, dos quais selecionaremos alguns:

1) Em razão da coerência do depoimento, tanto com relação à sua estrutura interna, que deve revelar ausência de contradições, quanto em seu confronto com os demais depoimentos.

2) A existência de fatores que levem à parcialidade, como crenças, religiosas, partidárias, os espíritos de corporação (p. ex. entre religiosos e militares).

3) As condições físicas, mentais e psicológicas do testemunho à época do ocorrido, visando a apurar se possuía condições de entender os fatos que presenciou. Em caso de dúvida, entendemos ser lícito que o juiz e o M.P., quando parte legítima, requeiram a realização de perícia médico-psiquiátrica visando tal apuração.

4) O estado em que a testemunha presenciou o ocorrido, tendo em vista, tanto fatores objetivos como iluminação, posição de observação, etc.... quanto subjetivos como à atenção, as emoções despertadas e a eventual alteração dos sentidos por drogas, álcool, etc....

5) A qualidade da testemunha, avaliada tanto no tocante à sua capacidade de expressar os fatos com clareza, quanto no seu grau de exatidão

(12) *Teoría general de la prueba judicial*, Victor Zapla, Bs. As., 5^{ed}, 1981, pp. 113-140 e 247-273.

e objetividade que deve ser o maior possível. (Há uma diferença entre “o motorista era louco” e “estava chovendo, o motorista estava correndo, e fiquei assustado quando olhei para o velocímetro e vi que a velocidade era de 120 km/h)”.

6) A verossimilhança dos depoimentos quando confrontado com outros meios de provas apresentados no curso do processo.

Além das linhas mestras traçadas acima, o juiz atento perceberia que o comportamento tende a trair aquele que mente em juízo⁽¹³⁾, através de sinais como “os olhos que não se fixam no interlocutor, apresentando tiques faciais e ademãs nervosos. Vacila e titubeia em toda a narração. Arrasta-se demoradamente no depoimento, ou feito nova indagação retoma ao ponto inicial. Perguntado sobre o fato já afirmado, encontra-se em contradição”⁽¹⁴⁾.

E, se os depoimentos de todas as testemunhas forem dignos de credibilidade, coerentes, e não haja razão para se duvidar de sua imparcialidade? Como ficaria o bem da vida pleiteado, eis que é íntima a relação entre o reconhecimento de um pedido e a possibilidade jurídica de prová-lo?

Para aprofundarmo-nos nesta matéria, é necessário que primeiramente tracemos os conceitos de “indícios” e “presunções”, para posteriormente analisar os fundamentos que, a partir dos fatos jurídicos, gerarão os silogismos, os quais virão a se traduzir na motivação da sentença.

3. *Dos indícios e presunções*

Uma das raras unanimidades da moderna doutrina é a visão do processo como uma função social. Uma das conseqüências da transição do liberalismo para o Estado de Direito foi a mudança do enfoque da relação processual, que deixou de ser encarada como o direito de uma parte contra a outra para ser vista como o direito ao exercício da prestação jurisdicional.

Segundo BARBOSA MOREIRA, no processo este fenômeno se traduziu “pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode compactar no arquetipo de observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para

(13) A utilização do polígrafo ou “lie-detector”, aparelho que mede os sinais fisiológicos cientificamente associados ao ato de mentir, como o acréscimo dos batimentos cardíacos e o aumento da sudoração, não possibilita uma prova plena, devido a limitações relativas à competência do examinador e do equipamento. A jurisprudência americana, motivada por estas restrições não equiparou aquele feito com o detector à prova pericial para efeitos penais. Deste modo parece-nos muito reduzida a sua aplicabilidade no campo cível, e dadas as limitações impostas pelo art. 5º, III, da C.F. somos da opinião que seu uso dependeria do consentimento daquele que depõe.

(14) Oliveira, Eudes, Técnica do interrogatório, UFCE, p. 85.

assegurar a observância das 'regras do jogo', e no fim proclamar o vencedor" (15).

O juiz deve, portanto, assumir um papel cada vez mais ativo, procurando a descoberta da verdade nos elementos que lhe chegam, através do comportamento das partes. Estes, segundo ANTONIO DELLEPENE (16), de acordo com seu maior ou menor grau de certeza se dividem em: absurdo, impossível, improvável, duvidoso, provável, verossímil e necessário.

A prova indiciária é aquela obtida pela inferência do juiz (17). É todo rastro, vestígio, pegada ou fato conhecido, que através do raciocínio lógico e do conhecimento da natureza das coisas leva a uma conclusão provável, ou verossímil. E a disposição de fatos lógicos que resultam convergentes.

As presunções são, como se viu, "as ilações que julgador tira de um ou mais fatos conhecidos para firmar um fato desconhecido desde que, encadeados logicamente, numa relação de causalidade mediante ligações estabelecidas entre uns e outros fatos de acordo com as máximas de experiência.

Os indícios, por sua vez, são fatos auxiliares que constituem como que sinais de outros fatos sempre que entre uns e outros possa estabelecer-se uma ligação de acordo com as máximas de experiência" (18).

Resumindo, os indícios são os meios pelos quais se pretende provar — geralmente de maneira indireta — fatos jurídicos, que através do raciocínio do magistrado, o qual baseia-se em presunções — avaliação subjetiva da prova, com base nas máximas da experiência — geram a sentença que, por meio de um trabalho lógico, conduzirão o conhecido ao desconhecido.

Embora nosso legislador, ao elaborar o C.P.C., não tenha tratado dos indícios e presunções (19), é conveniente um breve relato do direito comparado, para que possamos traçar as normas de admissibilidade dos indícios como prova judicial.

Na Argentina, os arts. 357 e 358 do CPP admitem a prova indiciária, desde que os eventos sejam "independentes entre si", convergentes, verossímeis e concordantes, quando as conclusões sejam "diretas", ou seja, que não seja necessário chegar-se a elas por uma série de inferências encontradas entre si.

Em Portugal o art. 349 do C.C. define que "presunções são ilações que a Lei ou julgador tira de um fato desconhecido".

(15) Barbosa Moreira, "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo", in *RP* v. 37, p. 145.

(16) *Nova teoria da prova*, trad. port., Liv. Jacinto, RJ, 1942, p. 55.

(17) *Id.* pgs. 71 — 79.

(18) Indícios e presunções como meio de prova, Custódio Piedade Ubaldino Miranda, in *RP* 37, p. 54.

(19) *Id.* p. 62.

Na Colômbia⁽²⁰⁾, a apreciação é livre, mas a doutrina e a jurisprudência indicam como exigências mínimas:

a) que o indício esteja plenamente provado;

b) a coerência dos indícios;

c) que haja uma conexão entre estes fatos e o indício de modo conclusivo e claro;

d) que seja impossível afirmar que tais indícios possam ter sido falsificados por terceiros.

Em suma, há um requisito comum entre as várias legislações⁽²¹⁾. Os indícios devem ser graves, precisos e conexos entre si, tendo a doutrina complementado que não devem existir contra-indícios que permitam uma hipótese contrária. Nestes termos, a doutrina afirma que “a prova indiciária é perfeitamente admissível em matéria cível”⁽²²⁾.

Concluindo, no sistema da prova legal, se os indícios não permitem que se prove um contrato, podem perfeitamente servir para demonstrar um fato jurídico, gerador de obrigações, que a sentença traduzirá numa condenação, p. ex. a existência da prestação de serviços, gerando a percepção de honorários.

4. *Dos contratos com valor superior a dez salários mínimos*

À primeira vista, o art. 401 do C.C. ao vetar a prova exclusivamente testemunhal dos contratos com valor superior a dez salários mínimos⁽²³⁾, estabelece um teto para a prova exclusivamente testemunhal. Segundo Orlando Gomes, “contrato é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e obrigacional”⁽²⁴⁾. Assim, o contrato assume a natureza de forma solene de garantia de obrigação.

Esta é a razão primordial pela qual entendemos que o art. 401 não se estende aos fatos jurídicos com valor superior a dez salários mínimos.

(20) Echandia, Hernando, Teoria cit. pp. 628 — 691.

(21) C.C. Italiano, Art. 2.729, CPC Argentino, Art. 163, 5, C.C. Francês, Art. 1.353.

(22) Dellepaine, cit. p. 145.

(23) Questão interessante é a de saber qual o indexador a ser utilizado na leitura do Código, eis que a Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, estabelece em seu art. 1º que o salário mínimo já não mais valia para qualquer fim de direito, e, finalmente, pelo Decreto-Lei nº 2.381, de 7 de agosto de 1987, que estabeleceu o piso nacional de salários, de natureza salarial, passando o antigo salário mínimo a denominar-se salário mínimo de referência. A tendência jurisprudencial é o de utilização do piso, de valor maior, e de conhecimento geral da população.

(24) Contratos, Forense, 1983, p. 14.

O contrato visa a comprovação solene da obrigação, e em muitos casos, pode ser executado diretamente⁽²⁵⁾. Já os fatos encontram-se na dependência probatória do processo de conhecimento, que daria ao juiz os elementos necessários para declarar⁽²⁶⁾ uma seqüência de atos jurídicos que se constitui numa relação jurídica, geradora reciprocamente de direitos e obrigações, e não na existência de um contrato. Há sim, uma declaração, que, se no contrato provém das partes, na sentença emana do Estado, e se, num caso, o efeito é imediato, no outro, deriva da conclusão da prestação jurisdicional.

O segundo motivo pelo qual pensamos ter o Código excluído os fatos jurídicos provém de que estes se constituem em algo mais do que um contrato. O instrumento do contrato via de regra é um papel. Os fatos são de um mundo complexo, um encadeamento de atividades comportamentais, como a prestação de serviço, a entrega de uma mercadoria que deixou rastros de uma existência, v.g. a compra de materiais, a contratação de uma transportadora, que permitem, através do encadeamento proporcionado pelos indícios, um raciocínio que justifique sua existência, de modo a que sua prova não seja exclusivamente testemunhal, de modo a que a limitação expressa do Código fique prejudicada⁽²⁷⁾.

Além dos motivos expostos há outros que justificam este raciocínio. O mais importante, e já fartamente debatido na jurisprudência, é a questão do enriquecimento ilícito, que beneficiaria o adquirente do bem ou serviço, se o prestador não tiver um meio de prova sancionado pelo direito. O segundo é de cunho social. É fato notório que, quanto mais rico o homem, maior o cuidado com que trata da elaboração de seus negócios, munindo-se da assessoria dos melhores advogados; ao passo que, entre as pessoas humildes, a prática demonstra que a própria utilização do instrumento escrito é rara. A impossibilidade da comprovação de um negócio jurídico mediante o uso de testemunhas poderia levar a que, com freqüência, pessoas simples fossem prejudicadas, em detrimento daquelas economicamente mais fortes, e que conhecem melhor os mecanismos legais do país.⁽²⁸⁾

(25) CPC, Art. 585, II, Estatuto da OAB, Art. 100, parágrafo único.

(26) E, mesmo na própria ação declaratória, o que declara ordinariamente não é o fato, mas a própria relação jurídica (Cf. Alfredo Buzaid, *A ação declaratória no direito brasileiro*, Saralva, 1986).

(27) Ainda que, freqüentemente não haja o "início de prova escrita" na exata acepção do CPC.

(28) Neste sentido o acórdão da RJTJESP, V. 97, p. 101:

"CONTRATO — Compromisso de compra e venda — Acordo verbal — Valor superior ao estabelecido em lei — Prova testemunhal — Admissibilidade no caso — Singeleza dos participantes da avença, sendo à época da convenção do contrato verbal, muito amigos — Outorga da escritura ou conversão da obrigação em perdas e danos determinada — Ação procedente — Recurso provido — Voto vencido.

Apelação Cível nº 96.597.2 — Paraguaçu Paulista — Apelante: José Rodrigues da Silva — Apelado: João Francisco da Silva."

Com base em todas estas ponderações, os Tribunais freqüentemente têm aceito a prova testemunhal em negócios jurídicos acima de 10 salários mínimos, como no acórdão que se segue:

PROVA TESTEMUNHAL — ENTREGA DE CERTA QUANTIDADE DE SOJA A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO — ADMISSIBILIDADE DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL — PROVA DE FATO CONSEQUENTE E NÃO DO CONTRATO.

Ementa oficial: Prova testemunhal.

Aplicação do art. 401 do CPC. Admite-se a prova testemunhal para demonstrar o fato da entrega de certa porção de soja, a título de empréstimo; não se trata de demonstrar a existência do contrato, mas sim de provar o fato consequente ao empréstimo. Apelação não provida.

Ap. Civ. 20.653 — Cerro Largo — Apte.: Inácio Zeno Langer — Apdo.: Augusto Pauli Sobrinho — Rel.: Juiz Túlio Medina Martins — j. em 11-7-1979 — TARS.” (29)

Para entendermos melhor o raciocínio do acórdão, é conveniente destacarmos alguns trechos do julgado:

Não se pode ver, no caso, desrespeito ao disposto no art. 401 do CPC, conforme o qual a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

Não se trata de provar, exclusivamente através de testemunhas, a existência do contrato de empréstimo de soja, mas apenas e tão-só de provar o fato da entrega da soja, a título de empréstimo, o que se tem admitido na jurisprudência dos tribunais (RJTJRS, 52/306, 61/250).

A prova testemunhal coligida convence de que, realmente o apelado entregou a soja ao apelante, a título de empréstimo, que jamais foi pago. Não há discrepância entre as testemunhas quanto ao lugar para onde foi remetida a mercadoria: ambas dizem que foi para o armazém de um certo Perim em Cerro Largo. Mesmo que se encontrem na prova pequenas contradições e equívocos, isso

(29) In Jurisprudência Brasileira 121/106. Neste sentido, vide também Jurisprudência Mineira 80/158, e Revista da Jurisprudência do TJRGS, V. 77, p. 191.

não só não desmerece o valor da prova testemunhal, como evidencia que outra coisa não poderia ocorrer, já que as pessoas ouvidas prestaram declarações sobre fatos acontecidos há mais de seis anos atrás.

Semelhante a esta corrente é a Paulista, onde se distinguem os fatos já operados, e os futuros, como ficará claro a partir da leitura do acórdão que se segue:

**PROVA TESTEMUNHAL — LOCAÇÃO DE SERVIÇOS
— CONTRATO NÃO SOLENE — POSSIBILIDADE DE SER
PROVADO UNICAMENTE POR TESTEMUNHAS.**

A locação de serviços é contrato não solene. Desse modo, pode ser provada por testemunhas sem infração do art. 141, do Código Civil, seja qual for o seu valor, independentemente de começo de prova escrita. Nem outra foi a posição consagrada no julgamento da Apelação n.º 228.879, de São José do Rio Preto — 29-12-73, Rel. o então Juiz Geraldo Arruda, quando o acórdão pôs em destaque: “A prova exclusivamente testemunhal é vedada para a prova de contratos acima do valor legal, mas exclusivamente em relação aos seus efeitos futuros, ainda por operar. Quanto aos efeitos já operados tem-se que admitir a prova testemunhal (com a devida prudência, é verdade), sob pena de se legitimar, com base no formalismo jurídico mal entendidas situações geradoras de enriquecimento injusto. Ademais, há de se notar que em tal caso já não se trata propriamente de prova de contrato, mas de fato jurídico.

Ap. Civ. 104.665-2 — Guarulhos — Apte.: Unicolor Studio Gráfico Ltda. — Apda.: Famosa — Indústria e Comércio de Brinquedos Ltda. — Rel.: Des. Viseu Júnior — j. em 16-4-1986 — TJSP. (30)

Vale a pena destacarmos a fundamentação jurídica do acórdão:

Daí a observação de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, apoiado em sólidos precedentes judiciais, que a “prestação de serviços pode ser provada por testemunhas sem infração do art. 141 do Código Civil, seja qual for o seu valor, independentemente de começo de prova escrita” (Direito das Obrigações, 2.º vol., pág. 183).

Na verdade, tem sido tradicional em nosso Direito a admissibilidade de prova exclusivamente testemunhal inobstante o teor

(30) In JB 121/155, neste sentido vide também RT 499/151.

deste mandamento legal, revigorado pelo já referido art. 401, do Código de Processo Civil. E tal acontece não apenas na situação vertente, mas também com outros contratos que igualmente impliquem numa prestação de fato, como a empreitada e a mediação (cf. Revista dos Tribunais 546/218), pois, na essência, é o próprio fato que se irá comprovar em julzo (Nova Jurisprudência de Processo Civil, de JURANDIR NILSSON, tomo II, p. 485).

Nem outra foi a posição consagrada no julgamento da Apelação n.º 228.879, quando o acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Geraldo Arruda, pôs em destaque: A prova exclusivamente testemunhal é vedada para a prova do valor dado à causa. Contratos acima do valor legal, mas exclusivamente em relação aos seus efeitos futuros, ainda por operar. Quanto aos efeitos já operados, tem-se que admitir a prova testemunhal (com a devida prudência, é verdade), sob pena de se legitimar com base no formalismo jurídico mal entendidas situações geradoras de enriquecimento injusto. Ademais, há de se notar que em tal caso já não se trata propriamente de prova de contrato, mas de fato jurídico" (Revista dos Tribunais, 499/142). (g.n.)

Deve-se destacar, no entanto, que a admissibilidade da prova testemunhal com relação a fatos geradores de obrigações superiores a dez salários mínimos é matéria controvertida entre os diversos Tribunais do País. São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais a admitem, Mato Grosso a rejeita, assim como o Supremo Tribunal Federal, que no regime da Constituição de 1969 ⁽³¹⁾, reformava as sentenças dos Tribunais, acatando a tese da negativa de vigência dos arts. 401 do CPC.

5. Sugestões e conclusões

O exposto demonstra que, às vezes, a aplicação com rigor excessivo do art. 401 do CPC, que limita a prova testemunhal aos contratos cujo valor não exceda dez salários mínimos, em conjunto com o art. 402, que não considera os indícios como início de prova documental pode levar a grandes injustiças.

Considerando-se que, freqüentemente estes indícios não podem ser corroborados pela prova documental, ou pericial, de modo a que uma interpretação excessivamente rígida da lei acabaria por negar o bem da vida pleiteado, somos pela alteração do direito positivo.

(31) RE 100.870-9 in JB 121/50. RE 89.573-6 in RT 539-239. O Supremo tem exigido que haja um começo de prova por escrito, no teor dos arts. 401 e 402 do CPC.

Este deveria adotar o sistema discricionário de modo a que "o juiz, atendendo às peculiaridades do caso concreto, pudesse alterar o valor fixado em lei", a exemplo do sistema italiano. Deve ser ressaltado que na prática, com a ampla aceitação da corrente jurisprudência que distingue entre a prova dos "fatos jurídicos" e do "contrato", sendo os primeiros aceitos independentemente de seu valor, o sistema adotado é o discricionário.

Parece-nos correta esta orientação, e somos da opinião que ela deveria ser esposada pelo direito positivo; gerando assim uma maior certeza nos meios jurídicos, pois como já foi ressaltado, o Poder Judiciário não deve ser tolerante com o enriquecimento ilícito, sob a alegação da impossibilidade jurídica da prova, eis que é íntima a relação entre um direito e sua aceitação pelos Tribunais.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacyr — Prova Judiciária no Cível e no Comercial, V. 1, e V. 3, Max Limonad.

AMARAL SANTOS, Moacyr — Comentários ao CPC — Forense, 1983.

DE PAULA, Alexandre — Código de Processo Civil Anotado, V. 2, RT, 1986.

DELEPAINE, Antônio — Nova Teoria da Prova, Jacinto, RJ, 1940.

ECHANDIA, Herivando Davis — Teoria General de La Prueba Judicial, Victor P. de Zatala, Bs. As., 1981.

GORPHE, Français — La Crítica del Testemuño — Trad. Esp., Revs., Madrid, 1971.

LESSONA, Carlos — Prueba en Derecho Civil, Revs., Madrid, 1957.

MIRANDA, Custódio de Ubaldino — Indícios e Presunções como Meio de Prova, in RP 37/52.

NEGRÃO, Theotônio — Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, RT, 1988.

OLIVEIRA, Eudes — A Técnica de Interrogatório, UFCE, 1971.

PIGNATELLI, José Enrique — Da Prova Indiciária, in RT 610/283.

PINA, Rafael — Tratado de Las Pruebas Cíviles, Porrúa, México, 1975.

RIGHI, Ivan — Eficácia Probatória do Comportamento das Partes, in RBDP in 33.

Da segurança pública na Constituição de 1988

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo em São Paulo e Autor do "Direito Administrativo da Ordem Pública" (1)

O constituinte de 1988, no Título V da Constituição da República, que cuida "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas", designou o seu Capítulo III, como o "Da Segurança Pública", dela tratando no seu artigo 144.

Com isso é possível afirmar-se que o constituinte de 1988 procurou valorizar o principal aspecto ou elemento da "ordem pública", qual seja a "segurança pública". Procurou, ainda, guardar a correta grandeza entre, a "ordem pública" e a "segurança pública", sendo esta exercida em função daquela, como seu aspecto, seu elemento, sua causa.

Lembre-se, a propósito, que "segurança pública" é conceito mais restrito do que o da "ordem pública", esta a ser preservada pelas Polícias Militares (artigo 144, § 5.º), às quais se atribuiu, além das atividades de polícia de segurança ostensiva, as, também, referentes à "tranqüilidade pública" e à "salubridade pública".

O mesmo constituinte de 1988, outrossim, deu dignidade constitucional a órgãos policiais até então inexistentes em termos constitucionais, como a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal e as Polícias Cíveis.

Em outras palavras, a Constituição da República de 1988 passou a prever que a "segurança pública", como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (artigo 144), sendo um *estado anti-delinquente*, será exercida, na República Federativa do Brasil, pelas Polícias Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, devendo ser lembradas, por asse-

(1) LAZZARINI, Alvaro; Caio Tácito; Diogo de Figueiredo Moreira Neto; Hely Lopes Meirelles; José Cretella Júnior e Sergio de Andréa Ferreira. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

melhação, as Guardas Municipais, porque, integram a previsão do aludido Capítulo e artigo 144, no seu § 8.º

Observe-se que os Corpos de Bombeiros Militares, em princípio, não exercem atividades de “segurança pública”, por ser esta uma atividade que diz respeito às infrações penais, com típicas ações policiais preventivas ou repressivas. A atividade-fim dos Corpos de Bombeiros Militares é a de prevenção e combate a incêndios, busca e salvamento e, agora, a de defesa civil, prevista no artigo 144, § 5.º, final. Essa gama de atribuições dos Corpos de Bombeiros Militares diz respeito, isto sim, à “tranquilidade pública” e, também, à “salubridade pública”, ambas integrantes do conceito da “ordem pública”.

Observa-se, outrossim, que a previsão constitucional é taxativa, não podendo ser criados outros órgãos policiais incumbidos da segurança pública, em quaisquer dos níveis estatais.

De outro lado, a ordem cronológica dos sete órgãos previstos no artigo 144 da Constituição da República de 1988, em absoluto, não indica um *escalonamento hierárquico*, que implicaria supremacia de um sobre o outro ou, ao inverso, subordinação de um para com o precedente na referida previsão do artigo 144.

Nem há de se considerar que um deva coordenar as atividades do outro ou dos outros. Isso, na prática, implicaria em reconhecer supremacia do órgão coordenador sobre o coordenado.

Esses sete órgãos pertencem a entidades estatais diversas, como diversas são as linhas hierárquicas, quando pertencentes a uma mesma entidade estatal.

E cada um desses órgãos policiais tem, a partir da Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, competência bem definida no seu artigo 144.

Em razão disso, ou seja, da sua investidura no órgão policial de segurança pública, os seus agentes públicos têm a correspondente autoridade policial na área de sua atuação. É nela e nos seus estritos limites constitucionalmente previstos, que devem exercer o Poder de Polícia, que legitima a sua ação. Aquele que entenda de exercer atribuição não decorrente da esfera de competência constitucional do órgão policial de segurança pública a que serve, ao certo, estará se havendo com excesso de poder ou desvio de poder, ou seja, com abuso de autoridade, sujeitando-se, pois, à responsabilidade criminal, civil e administrativa.

Cumprе lembrar, a propósito, que, na lição de CAIO TÁCITO (2) “A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há,

(2) TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios*; edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador" (grifos nossos).

Bem por isso e por exemplo, agora, às Polícias Cíveis compete o exercício de atividades de *polícia judiciária*, ou seja, as que se desenvolvem após a prática do ilícito penal e, mesmo assim, após a *repressão imediata* por parte do policial militar que, estando na atividade de *polícia ostensiva*, tipicamente preventiva e, pois, *polícia administrativa*, necessária e automaticamente, diante da infração penal que não pode evitar, deve proceder a *repressão imediata*, tomando todas as providências elencadas no ordenamento processual para o tipo penal que, pelo menos em tese, tenha ocorrido.

Lembre-se que a *repressão imediata* pode ser exercida pelo policial militar, sem que haja violação do dispositivo constitucional, pois, quem tem a incumbência de preservar a ordem pública, tem o dever de restaurá-la, quando de sua violação.

A partir dessas providências, que representam a *repressão imediata* da Polícia Militar, a ocorrência criminal será transmitida à Polícia Civil, cabendo a esta, então, a tarefa cartorária de sua formalização legal e investigatória de *polícia judiciária*, na apuração ainda administrativa, da infração penal, exceto as militares (art. 144, § 4.º) e a de outros órgãos do poder público, uma vez que o inquérito policial nem sempre é necessário para instruir denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público.

Isso que dizer, no exemplo que tratamos, que a atividade-fim da Polícia Civil ficou sendo a de *polícia judiciária*, nos estritos limites previstos no art. 144, § 4.º, da Constituição da República, não devendo, por isso mesmo, exercer aquelas de *polícia administrativa*, nos melhores termos da doutrina nacional e estrangeira.

De outro lado, e ainda no exemplo, às Polícias Militares, instituídas para o exercício da *polícia ostensiva e preservação da ordem pública* (art. 144, § 5.º), compete todo o universo policial, que não seja atribuição constitucional prevista para os demais seis órgãos elencados no art. 144 da Constituição da República de 1988.

Em outras palavras, no tocante à *preservação da ordem pública*, às Polícias Militares não só cabe o exercício da *polícia ostensiva*, na forma *retro examinada*, como também a *competência residual* de exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos.

A competência ampla da Polícia Militar na *preservação da ordem pública*, engloba inclusive, a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de greves ou outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, funcionando, então, a Polícia Militar como a um verdadeiro exército da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de *preservação da ordem pública* para todo o universo da atividade policial em tema da "ordem pública" e, especificamente, da "segurança pública".

Com essas considerações, agora, cabe aguardar que o legislador, nos termos previstos no art. 144, § 7.º, da Constituição da República de 1988, discipline a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, evitando-se a superposição de atribuições, que levará a inevitáveis conflitos de competência, que desgastam o respeito às autoridades policiais e causam o descrédito dos órgãos policiais em prejuízo da segurança pública.

Devem ser coibidas incursões de órgãos policiais em atividades próprias de outros órgãos, ou seja, que extrapolem as missões que o constituinte de 1988 lhes reservou, com o que se evitará desnecessários confrontos, quando não, superposição de esforços e desperdício de meios. E, nesse passo, não poderão ser esquecidas as Guardas Municipais, pois, na previsão constitucional do art. 144, § 8.º, elas são destinadas à proteção dos bens dos respectivos Municípios, seus serviços e instalações e não à proteção de pessoas como possa se pretender. Ainda em relação às Guardas Municipais, invoca-se a afirmativa do brilhante administrativista TOSHIO MUKAI⁽³⁾, "Os Municípios, ainda, de acordo com outras disposições esparsas da Constituição, 'poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei' (art. 144, § 8.º). Portanto, o Município não pode ter guarda que substitua as atribuições da polícia militar, que só pode ser constituída pelos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 144, § 6.º)".

A proteção às pessoas físicas, ao povo, seus bens e atividades, há de ser exercida pela Polícia Militar, como *polícia ostensiva*, na *preservação da ordem pública*, entendendo-se por polícia ostensiva a instituição policial que tenha o seu agente identificado de pleno, na sua autoridade pública, simbolizada na farda, equipamento, armamento ou viatura. Note-se que o constituinte de 1988 abandonou a expressão policiamento ostensivo e preferiu a de *polícia ostensiva*, alargando o conceito, pois, é evidente que a *polícia ostensiva* exerce o Poder de Polícia como instituição, sendo que, na amplitude de seus atos, atos de polícia que são, as pessoas podem e devem identificar de relance a autoridade do policial, repita-se, simbolizada na sua farda, equipamento, armamento ou viatura.

(3) MUKAI, Toshio. *A Administração Pública na Nova Constituição Brasileira*, São Paulo; Saraiva, 1989, p. 42.

Hermenêutica e completude do ordenamento

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
Professor assistente da Faculdade de Direito
da USP

S U M Á R I O

- I — *O dogma da completude.*
 - 1 — *Pressupostos dogmáticos.*
 - 2 — *Pressupostos históricos.*
 - a — *Unificação das fontes.*
 - b — *Divisão das funções.*
 - c — *Burocratização.*
 - d — *Defesa contra o arbitrio.*
- II — *O lugar estrutural das lacunas na Teoria do Direito.*
 - 1 — *Distanciamento entre língua e discurso.*
 - 2 — *Distanciamento entre língua e escrita.*

O momento da aplicação do direito constitui-se em objeto de explicação às vezes embaraçosa. A razão disto reside em muitos pontos não esclarecidos para os juristas tanto quanto para os leigos em direito. Uns e outros compartilham vagamente — e até inconscientemente — a idéia de que existem por princípio normas absolutamente claras aplicáveis a casos absolutamente claros, que impõem por si decisões ou julgamentos evidentes.

Trata-se de convicção que descreve assim o processo decisório: a premissa maior é a lei, a premissa menor o fato, a conclusão é a sentença. A conclusão chega-se por inferência. A conclusão não seria nada mais do que a conclusão de um silogismo à moda da lógica formal.

E quando não existe clareza na premissa maior e nem certeza quanto à verdade do enunciado da menor, como inferir daí a conclusão a um tempo válida e verdadeira? A resposta pode tomar dois caminhos ou justificativas: ou a decisão é livre e o julgador decide como quiser, ou torna-se necessário afirmar a existência de critérios seguros para obter-se a clareza da premissa maior (o problema dos métodos de interpretação do direito) e verificabilidade da menor (o problema das provas dos fatos).

As respostas seguras e prontas não são do agrado de quem ousa saber, como diriam os iluministas, ou qualquer pessoa que, à maneira dos gregos da idade clássica, acredita que o assombro diante das coisas é causa e princípio de mais saber. As respostas prontas, hoje formuladas pela dogmática jurídica, foram na sua época fruto de muitos e antigos assombros e de muita ousadia. Hoje novas contribuições continuam chegando ao saber jurídico. A da hermenêutica filosófica é uma delas, que tomamos por base para compreender o que se passa com o dogma da completude do ordenamento e por consequência com os obstáculos encontrados (ou criados) sob a forma de lacunas do direito.

I. *O dogma da completude*

1. *Pressupostos dogmáticos*

Resumidamente, a completude do ordenamento jurídico torna-se um dogma caso ocorram duas condições: em primeiro lugar, quando existir o dever de recorrer apenas às regras do próprio ordenamento, ou àquelas por ele de algum modo reconhecidas. Em segundo lugar, quando houver o dever de se pronunciar uma decisão para todo caso que se apresente. NORBERTO BOBBIO ⁽¹⁾ estabelece estes dois critérios como necessários e suficientes. É um resumo bastante feliz.

Neste sentido a completude é característica dos direitos modernos. Os dois princípios estão presentes, por exemplo, em nossa Constituição. O art. 5.º, inciso II, diz: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (princípio da legalidade). Em outras palavras, significa que apenas as normas do ordenamento jurídico estatal, e não outras, podem vincular as condutas. Já o inciso XXXV diz: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

(1) NORBERTO BOBBIO. *Teoria dell Ordinamento Giuridico*.

O Judiciário, quando chamado, deve pronunciar-se sobre qualquer controvérsia e sua decisão deve fundar-se na lei, conforme prevê o art. 93, inciso IX da mesma Constituição Federal.

Nas leis ordinárias os mesmos princípios voltam a aparecer. A Lei de Introdução ao Código Civil, por exemplo, diz os casos em que o juiz, na falta de lei específica, pode decidir fundamentando o julgamento na analogia, nos costumes ou nos princípios gerais do direito. O Código de Processo Civil também dispõe: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". No direito público em geral os critérios para fundamentação das sentenças é um pouco diverso, sobretudo no que diz respeito ao uso da analogia, embora continuem valendo as duas grandes regras: decidir conforme a lei e não furta-se a decidir. Se estes dois princípios são contingentes ou necessários é uma grande discussão de *teoria geral do direito*. *Aqui não importa. Se eles existem em dado sistema legal (ordenamento jurídico)*, impõem que reconheçamos o postulado da completude dentro daquele ordenamento. A completude torna-se aí um postulado.

2. *Pressupostos históricos*

Ao contrário dos postulados da matemática, que existem idealmente como condição de formalização do pensamento de sistemas, o postulado da completude é um dogma⁽²⁾ cuja origem histórica é clara e, até certo ponto, recente. O dogma da completude diz-nos que não há lacunas no direito, ou na lei⁽³⁾, ou quando muito que tais lacunas não podem e nem devem existir e se por acaso forem constatadas cumpre à autoridade completá-las na forma prevista na lei (é o que prevê tipicamente o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, citada acima).

A origem do dogma da completude pode ser buscada no surgimento do Estado moderno e sobretudo liberal. Há quatro características do Estado moderno e liberal por detrás do dogma da completude: (1) a unificação das fontes do direito; (2) a divisão das funções do governo ou partição dos poderes; (3) a burocratização generalizada e (4) o princípio da limitação do poder do soberano, ou princípio da sujeição do soberano à lei. Vejamos cada um brevemente.

(2) Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 61 ss.

(3) Cf. KARL ENGLISCH. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. (Trad. J. B. MACHADO), 5ª ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1979, pp. 223-5.

a. Unificação das fontes

Com o declínio do feudalismo, a centralização do poder em Estados nacionais reforça o conceito de soberania como poder incontrastável. Este poder incontrastável pode residir no rei ou no príncipe, mas também nos Parlamentos, não importa. O que conta é que o poder soberano procede criando duas coisas: os exércitos profissionais (desarmamento a um tempo do povo e da nobreza) e os órgãos legislativos, superando o direito corporativo (pessoal) ou os direitos locais (4). Trata-se da passagem do direito de estatutos pessoais para um só e grande estatuto territorial. Tudo que dos direitos corporativos e territoriais sobrevive, sobrevive com a justificativa da aquiescência, permissão ou reconhecimento do soberano. Em resumo o soberano "concede", "aceita", "reconhece" e "valida" que continuem a existir. Mas tais "fontes" de direito são-no apenas na medida em que são inferiores ao poder soberano. Daqui vão surgir dois problemas: (1) a questão da validade e da hierarquia das normas — se tudo procede de uma só fonte superior e geral, como aplicá-la ou aplicar todas as outras normas de forma coerente? Trata-se aqui do problema do ordenamento e da eliminação das normas incompatíveis entre si, ou problemas das antinomias. (2) Como saber quando o caso está previsto nas normas, em que medida está previsto, direta ou indiretamente (o problema das lacunas)? Ambos os problemas (o da eliminação das antinomias e o da eliminação das lacunas) colocam-se diante da hermenêutica.

b. Divisão das funções

Ao lado da soberania, o Estado moderno, com as reformas impostas pelas revoluções liberais, tem como característica a divisão de poderes. Aqui interessa sobretudo notar a divisão entre os órgãos legislativos e judiciários. Ao contrário de outras formas de organização política em que a elaboração das normas ou não é geral e abstrata ou compete à mesma autoridade que julga as controvérsias em particular, no Estado moderno e poderes divididos existe a diferença entre quem faz a lei e quem decide os casos. Esta distância é que provoca entre outras coisas a famosa distinção entre os juristas defensores dos métodos de interpretação subjetivista e os objetivistas, entre os que procuram a vontade da lei e os que procuram a vontade do legislador. Os julgadores devem aplicar a lei, é certo. Mas a lei, uma vez feita, deve ser entendida como a expressão de um comando

(4) Cf. NICOS POULANTZAS. *L'Etat le Pouvoir le Socialisme*. Paris: Quadrigue/PUF.

pessoal ou de um comando impessoal? Se o aplicador e o autor da norma fossem a mesma pessoa esta distância não seria objeto de interpretação na forma como é hoje em dia.

c. Burocratização

Devemos em princípio a MAX WEBER o reconhecimento da burocracia como forma de organização social⁽⁵⁾. Resumidamente a burocracia consiste na organização das diversas relações sociais em função de cargos despersonalizados. A sociedade ocidental moderna é o modelo de sociedade burocratizada, embora graus diversos de burocracia existam em diversas sociedades. Como se sabe, WEBER mesmo adverte para o método de construção de tipos ideais, não encontrados em forma pura na realidade. De qualquer maneira, a burocracia contribui muito para que o problema da interpretação do direito assuma relevância extraordinária. Sendo as normas comandos que devem ser entendidos como procedentes de autoridades burocráticas e não de pessoas no sentido comum, impõe-se determinar a *vontade* objetiva da autoridade, que não se confunde com a pessoa que eventualmente encarna o papel de autoridade (mesmo que este papel lhe esteja reservado *pro vita*, como acontece com os reis ou com os ministros dos tribunais superiores em alguns países de tradição jurídica civilista, como o Brasil).

Este espaço que há entre pessoa e cargo, assim como entre os diversos cargos de um sistema burocrático é outro espaço hermenêutico. Porque não se trata apenas de constatar a divisão entre Legislativo e Judiciário. Dentro de cada poder do Estado existem as divisões de competência e funções entre os diversos cargos e órgãos, o que caracteriza a própria burocracia e permite, na passagem entre as ordens de superiores e inferiores, a existência da interpretação.

d. Defesa contra o arbítrio

O problema hermenêutico coloca-se também a partir do ângulo da proteção contra o arbítrio, contra o ditado "o que agrada ao príncipe tem força de lei". De alguma maneira a invocação da lei, do direito, seja do direito posto, seja do direito natural, sempre está referida à busca de justificar a resistência ao poder de outro. Se é certo que o direito pode justificar o exercício do poder, pode também deslegitimá-lo⁽⁶⁾.

A impessoalidade da lei, sua generalidade, a divisão dos poderes, a burocracia, tudo aquilo a que nos referimos acima, foi aos poucos consa-

(5) M. WEBER. *Economía y Sociedad*. (Trad. J. Echavarría e outros), vol. 1, 2ª ed. México—Bogotá: 1977, p. 170 ss.

(6) Cf. NICOS POULANTZAS, *op. cit.*

grado como conjunto de mecanismos de limites ao poder do soberano, muito embora a burocracia tenha servido de maneira notável para o aumento do poder, bem como para sua irracionalidade.

É com esse propósito de controle que se justifica o afastamento entre julgador e legislador, aplicador da lei e revisores de suas decisões (pelos mecanismos de recursos). Trata-se, outra vez, de tornar geral e impessoal a lei. Ora, é dentro dessa mesma impessoalidade e generalidade que se insere a hermenêutica jurídica de maneira específica. E é aí também que se colocam as espinhosas lacunas.

II. *O lugar estrutural das lacunas na teoria do direito*

Os diversos distanciamentos referidos acima remetem-nos ao espaço que medeia a norma e sua aplicação, um espaço, para vários teóricos do direito⁽⁷⁾, entre duas decisões: a decisão de criar a norma geral e a decisão de aplicá-la. Neste espaço é aberta ao aplicador, ou intérprete, a possibilidade de dar-se conta de uma insuficiência de critérios para decidir, ou ao contrário, como afirma BOBBIO⁽⁸⁾, uma exuberância de critérios, de modo tal que o intérprete podendo legitimamente optar por qualquer decisão está de fato diante de uma abertura praticamente completa para decidir.

Com método tipicamente classificatório, os juristas costumam distinguir lacunas e lacunas. Tomemos o caso de Karl Engisch. A primeira distinção que ele usa é relativa àquela opondo lacuna da lei a lacuna do direito: a primeira diz respeito à falta de lei, a segunda inclui a falta de normas também no direito consuetudinário. Envereda, depois, pela distinção entre lacunas voluntárias e involuntárias, primárias e secundárias, axiológicas, próprias, impróprias, etc. Todas as classificações são fruto do interesse em permitir aos aplicadores da lei determinar critérios que justifiquem suas decisões.

Todavia, a pergunta fundamental colocada na teoria do direito diz respeito à própria existência das lacunas⁽⁹⁾. Para alguns elas não existem, são um falso problema. Para outros, elas existem. A sua classificação é um ato segundo, precedido pela constatação de sua realidade. Sobre este ponto é que pode ser útil a reflexão propriamente filosófica avançada pelo estudo da filosofia da linguagem.

(7) Esta é a base da teoria pura do direito, que descarta, justamente por isso, a análise das decisões como objeto de investigação do jurista, atendo-se à investigação do universo das normas, como se norma e decisão fossem perfeitamente distinguíveis.

(8) N. BOBBIO, *op. cit.*

(9) Sobre o assunto ver nosso "O Problema Teórico das Lacunas e a Proteção ao Consumidor". *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, n. 99, jul./set. 1988.

1. *Distanciamento entre língua e discurso*

PAUL RICOEUR destaca-se pela sua análise do discurso. Ele faz uma verdadeira filosofia do discurso⁽¹⁰⁾. É em "Événement et Sens", texto de 1971⁽¹¹⁾, que pode ser buscada uma analogia esclarecedora. Dedicase a explicar a diferença entre língua e discurso. Para tanto, constrói quatro dimensões de uma e de outro.

Primeira dimensão: a temporalidade. A língua, diz ele, é apenas um sistema virtual e isto lhe garante sua intemporalidade. A língua não tem tempo. O discurso, ao contrário, é realizável uma única vez. Cada repetição de determinados atos de fala, por mais "ipsis verbis" que seja, é um fato único, realizado no tempo.

Segunda dimensão: o sujeito. As línguas não têm sujeitos. É inútil perguntar quem fala uma língua. Os sujeitos reais pronunciam discursos, envolvem-se em discursos. Os discursos, sim, procedem de sujeitos determinados e a eles reenviam sempre. Mas a língua em si não é falada, porque o ato de fala é realizado no tempo, no espaço, e neles se consoma.

Terceira dimensão: os signos e sua relação recíproca. Dentro das línguas os signos se referem uns aos outros. O seu significado procede apenas de sua assimilação ou oposição aos outros signos da língua. Não é assim no discurso: neste, os signos referem-se ao mundo empírico, ao contexto, às circunstâncias que envolvem o próprio discurso e seu sujeito. Enquanto na língua os signos reenviam a outros signos, no discurso os signos se realizam, porque referentes ao mundo, e descrevem, representam, exprimem.

A língua, portanto, não tem sujeito, nem tempo, nem mundo. A quarta dimensão distinta da língua e do discurso é, finalmente, a mensagem. Uma língua não tem mensagem, não veicula coisa alguma: ela é, isto sim, a condição ou código das mensagens. Já o discurso implica mensagem e troca de mensagem, e também interlocutores entre os quais se estabelece a comunicação.

Não é difícil para os juristas perceberem o alcance da reflexão de Ricoeur para o entendimento do processo hermenêutico dentro do qual se realiza o direito. Se a busca do sentido é importante na comunicação em geral, no discurso normativo ela o é de maneira própria. Ao contrário do que se pensa, às vezes ingenuamente, a relação entre uma lei e uma decisão que sobre ela se baseia (ou dela tira sua validade) — seja essa decisão uma sentença, um ato administrativo, a elaboração de uma lei ordinária pelo

(10) Cf. HILTON JAPIASSU, "Paul Ricoeur: filósofo do sentido" in Paul Ricoeur. *Interpretação e Ideologias*. (Trad. H. Japiassu) Rio: Francisco Alves, 1977, pp. 1-13.

(11) PAUL RICOEUR. "Evenement et Sens" in *Revelation et Histoire — Actes du Colloque International*. Paris: Aubler, 1971, pp. 15-34.

parlamento, etc. — não é uma simples repetição. Não é tampouco fruto da inferência lógica. A dogmática do direito não procede segundo a lógica formal pelo muito simples fato de que opera com classificações e os processos de classificação tendem para a analogia. A classificação não é o raciocínio dedutivo (12).

Se as decisões não podem ser simples derivado lógico de enunciados primeiros contidos na lei, também não são absolutamente livres. Tomemos a interpretação de uma partitura musical, um exemplo simples, em que a transcrição musical é “normativa” para o intérprete. A interpretação musical tem a vantagem de mostrar que interpretar uma obra é realizá-la. A peça musical não existe na partitura; existe na sua realização/execução (performance), segundo a partitura. E todavia o público é capaz de dizer se um maestro e sua orquestra executaram uma determinada peça ou se criaram uma variação sobre um tema alheio. Por mais liberdade que haja — e de fato há — na execução, alguma coisa é responsável pela identidade entre a composição vinda do autor (idealmente normativa) e a execução.

O exemplo acima serve para nos aproximarmos outra vez da questão do sentido que Ricoeur chama de “o permanente” do discurso, que não se confunde quer com os altos discursivos (fugazes), quer com a língua (instrumento do discurso).

A esta altura, é evidente que dentro do direito as normas têm o papel de língua, enquanto as decisões e execuções têm o papel de discursos. Isso tudo, naturalmente, no direito das sociedades burocratizadas. Nas sociedades de dominação carismática ou tradicional a coisa pode ser bem diversa.

A dimensão temporal das normas é semelhante à das línguas. Embora empiricamente seja possível determinar-lhes a origem e o fim, a sua validade (que não se confunde com a sua eficácia empírica) é atemporal. As normas são feitas para valerem. Ao contrário, as decisões são realizações das normas em momentos determinados: esgotam-se na sua execução, muito embora, sendo decisões jurídicas, pretendam também de uma certa forma valer.

As normas tampouco têm sujeitos. O chamado legislador não passa de uma ficção. Existem empiricamente legisladores, incessantemente, em todos os níveis, produzindo normas. Mas o legislador é um verdadeiro postulado inventado pelos juristas para sua necessidade de pôr ordem no sistema jurídico. Para uma análise desse ponto nada melhor do que ler a precisa (e bem humorada) lição de SANTIAGO NINO (13). As decisões

(12) Cf. a crítica feita por Umberto Cerroni, a partir de F. Cohen, ao pensamento jurídico em “Conocimiento Científico y Derecho”. *Metodología y Ciencia Social*. Barcelona: Martínez Roca, 1971, pp. 114-6.

(13) C. SANTIAGO NINO. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1984, pp. 328-9.

têm um sujeito, um sujeito que as produz e que deve ser convencido pelas partes, sujeitos que as recebem, sobretudo no campo das decisões judiciais, mas também em outras esferas burocráticas estatais.

Nas normas os signos reenviam uns aos outros, como na língua. Por isso é que os manuais, tantas e tantas vezes, decepcionam alunos, advogados e juízes que ali vão buscar respostas aos casos a eles apresentados. Os manuais são "gramáticas normativas" ou "dicionários" da língua jurídica, são repertórios de regras; não são as decisões produzíveis com as regras. Os textos ou discursos têm de fato que proceder ao discurso no qual os signos referem-se ao mundo empírico.

Como conclusão, as normas são o código da mensagem. Não são porém a mensagem veiculada pelas decisões. Elas são a condição de possibilidade da mensagem, mas por si não realizam mensagem alguma. É preciso lembrar a chamada hierarquia das normas. A importância disso reside no seguinte: quando falamos em normas superiores e normas inferiores usamos de uma figura geométrica para descrever as *relações* entre as normas. No entanto, é esclarecedor notar que as normas ditas superiores são, de fato, a língua na qual pode realizar-se compreensivelmente o discurso das decisões, ou normas inferiores. As normas ditas inferiores são a realização/aplicação das superiores, afirmava Kelsen⁽¹⁴⁾. Afirmava também que entre umas e outras havia, no momento da aplicação, um espaço de liberdade. Tratava-se, na verdade, do espaço existente entre a língua e o discurso.

2. *O distanciamento entre língua e escrita*

Foi feita referência acima ao fato de que nos direitos das sociedades históricas mais complexas existe uma diferença entre órgãos legisladores e órgãos aplicadores das leis, numa pluralidade de fontes produtoras e de usuários do conjunto de normas jurídicas. Existe ainda algo mais: não apenas as fontes são muitas e são diversas, como o direito legislado passa a ser escrito.

Também aqui existem analogias bastante esclarecedoras entre as distinções que ocorrem quando um discurso é reduzido a texto escrito. Paul Ricoeur desenvolve a análise de três distanciamentos que então se produzem. Veremos como a redução do direito a direito não apenas estatal mas também a direito escrito (seja codificado, seja escrito nos precedentes judiciais, como na tradição anglo-americana) coloca os mesmos problemas de distanciamento, para além daqueles já explicitados acima.

(14) H. KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. (Trad. J. B. Machado), 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 325.

O primeiro distanciamento se estabelece na forma da autonomização do texto em relação ao seu autor. Estabelece-se uma distinção entre o significado TEXTUAL e o significado MENTAL. É o espaço onde ocorre, para alguns, o "mal entendido". No entanto, a redução a escrito impõe esta distinção por que a redução a escrito quer sempre transformar o discurso em algo permanente e o preço a pagar pela permanência é a separação inevitável entre texto e autor. Trata-se de uma verdadeira perda de controle do autor sobre o texto.

A segunda distância aberta, intrinsecamente ligada à primeira, é a da DES-CONTEXTUALIZAÇÃO. Tem duplo caráter: psicológico, na medida em que, como visto acima, o texto perde a sua ligação imediata com o autor, mas também sociológica, na medida em que o texto escrito perde, no tempo e no espaço em que continua a ser veiculado, a sua ligação com o MUNDO DO AUTOR. Neste momento torna-se necessária a RE-CONTEXTUALIZAÇÃO, a ser feita necessariamente pelo leitor. O texto é produzido justamente para isso, para ser lido em outros tempos e locais, pressupõe e exige, portanto, leitores capazes de assumi-lo ativamente.

O terceiro distanciamento impõe-se pelo fim da SITUAÇÃO DIALOCAL, em que os interlocutores se interpelam imediata e diretamente. O texto leva à estranha situação comunicativa em que os interlocutores não podem referir-se mutuamente de modo direto e na qual o meio torna-se a mensagem. Compete então ao leitor fazer o texto falar, daí que ele se torna um co-autor do discurso.

Para muitos estas três distâncias criadas pelo texto escrito são algo a ser evitado e vencido. Para Ricoeur, no entanto, não é bem assim: os distanciamentos são a condição de existência da própria comunicação e da própria interpretação, vale dizer, sem a distância não haveria "sentido" a ser buscado, não haveria tampouco compreensão.

Ora, o direito reduzido a escrito cria sem dúvida os mesmos distanciamentos que qualquer texto. Daí falar-se na autonomia da lei em relação ao legislador (autonomização do texto), da necessidade de uma interpretação histórica e adequada à realidade do aplicador da norma (a atenção ao bem comum, aos fins sociais da lei, etc.) que nada mais seria do que a re-contextualização da norma, sem esquecer a célebre afirmação de correntes realistas de que a norma não é mais do que o que decidirem os tribunais, visto que sem a situação dialogal os intérpretes podem tornar-se verdadeiros co-autores do discurso ou do sentido ("permanente do texto").

Estas poucas referências a uma filosofia hermenêutica que, em nossos dias, procura dar conta de uma verdadeira antropologia capaz de superar impasses criados pelas grandes contribuições do estruturalismo e pela teoria crítica da sociedade mostram quanto existe que se possa investigar na filosofia do direito para superar também aqui um obtuso formalismo positivista, só de certezas feito, muita vez mesclado de má fé.

Perspectiva da atuação do Ministério Público na área da infância e da juventude

HUGO NIGRO MAZZILLI

Promotor de Justiça

SUMÁRIO

1. A proteção à infância e à juventude e a destinação institucional do Ministério Público. 2. A defesa do interesse público relacionado com a proteção à infância e à juventude. 3. Interesses coletivos e difusos relacionados à infância e à juventude: a) a legitimação ordinária e a extraordinária; b) a norma de extensão; c) legitimidade concorrente; d) indisponibilidade da ação; e) legitimação e interesse para agir; f) desistência e transação; g) inquérito civil; h) fundo para reconstituir o bem lesado; i) custas e encargos da sucumbência. 4. Hipóteses de ações civis públicas. 5. O Ministério Público e a ação penal pública. 6. O Ministério Público e os gastos públicos. 7. Situações especiais: a) menor em situação irregular e menor infrator; b) guarda; c) o trabalho do menor; d) tutela; e) adoção. 8. O atendimento ao público pelo curador de menores. 9. Conclusão.

1. A proteção à infância e à juventude e a destinação institucional do Ministério Público

É estreita a ligação do Ministério Público com as normas de proteção à criança e ao adolescente.

Já ao definir-lhe seu campo de destinação, o art. 127 da Constituição da República assevera que "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

(*) Palestra proferida em 22-8-89, no Salão Nobre da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, no Encontro Nacional de Promotores de Justiça Curadores de Menores.

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Atualmente destinado pela lei a funções tão elevadas, com maiores e necessárias garantias para defender os interesses sociais, o Ministério Público passa a ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais e da defesa de direitos indisponíveis, sejam do indivíduo, sejam da coletividade.

Analisando os principais direitos ligados à proteção da infância e da juventude, como foram elencados pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República, vemos que a indisponibilidade é a nota predominante em todos eles. Com efeito, diz a Constituição ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Dentre os principais instrumentos conferidos ao Ministério Público para desincumbir-se de sua destinação institucional, o art. 129 da Constituição vigente lhe comete a promoção da ação penal pública e da ação civil pública, bem como o zelo pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na própria Constituição.

Desta forma, com a disciplina ora advinda da Constituição democrática de 1988, a lei complementar e, com maior razão, a ordinária, não podem excluir a ação penal pública do Ministério Público ou negar-lhe a iniciativa ou intervenção em qualquer feito judicial em que se discutam interesses sociais ou individuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente; o mesmo se diga da iniciativa ou da intervenção ministerial, quando se trate de interesses coletivos ou difusos ligados à proteção da infância e à juventude.

Ora, assim colocado na Constituição federal, com as garantias que conquistou para defender os interesses sociais, o Ministério Público vem a ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais e de garantia de direitos fundamentais; passa ele a assumir importante papel no zelo de interesses coletivos, campo no qual desponta, com grande importância, a atuação tuitiva da instituição no zelo de interesses individuais, coletivos e difusos ligados à proteção da criança e da juventude.

2. *A defesa do interesse público relacionado com a proteção à infância e à juventude*

Bem examinado o campo de atuação ministerial, vemos que todas suas formas de atuação se identificam, em última análise, com o zelo de um interesse público.

Valendo-nos da distinção de RENATO ALESSI entre interesse público *primário* e *secundário*, poderemos dizer que a tarefa do Ministério Público é a de zelar pela prevalência do interesse público primário (ou seja, o interesse do bem geral), em contraposição com o interesse público secundário (ou seja, o modo pelo qual os órgãos governamentais vêem o interesse público).

Pois é justamente nas questões que digam respeito a interesses sociais e individuais indisponíveis, a interesses difusos ou coletivos ligados à proteção da infância e da juventude, que o Ministério Público comparece, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar como fator de equilíbrio entre as partes no processo.

Procurando sistematizar as causas interventivas da instituição ministerial, ANTÔNIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO com bastante felicidade identificou quatro situações que exigem o comparecimento da instituição em juízo:

“1.^a) Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a igualdade das partes no processo;

2.^a) quando a condição pessoal da parte torna o seu direito indisponível ou disponível de forma limitada;

3.^a) quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade do seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota de indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge;

4.^a) quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como interesses difusos e os coletivos)” (1).

Ora, na área dos valores jurídicos ligados à proteção da infância e da juventude, não raro somam-se todas essas hipóteses, a matizar a causa interventiva do Ministério Público.

Verdade é que ainda hoje costuma causar polêmica a atuação ministerial quando intervém ele no zelo de um interesse público evidenciado pela qualidade de uma das partes (CPC, art. 82, I e III) (2).

(1) Prefácio ao nosso livro *Curadoria de ausentes e incapazes*, ed. APMP, 1988.

(2) Sobre o art. 82, III, do Código de Processo Civil, v. J. J. CALMON DE PAS-SOS, *Justitia*, 107:80; JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, *O Ministério Público e o Processo Civil*, ed. Saraiva, 1976, p. 52 e s.; ANTÔNIO E. CACCURI, *Justitia*, 86:135; RT, 480:17, 494:17; MILTON SANSEVERINO, RF, 254:197; JACY VILLAR DE OLIVEIRA, RF, 254:191; ARRUDA ALVIM e outros, RP, 3:136; JORGE LUIZ DE ALMEIDA, RT, 462:288.

Como diz VICENTE GRECO FILHO, "o Ministério Público intervém no processo civil em virtude e para a defesa de um interesse público determinado, ou intervém na defesa de um interesse público indeterminado" (*Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, 1981, v. 1, p. 124). Quando intervém no zelo de um interesse público que decorre objetivamente da natureza da lide, pode naturalmente opinar de forma imparcial. Pergunta-se: e quando intervém em razão de um interesse público configurado em vista de condições especiais de algum tipo de pessoa (como a criança, o adolescente, o deficiente físico etc.)? Estará vinculado à defesa de tais interesses, ou continua a ser um fiscal da lei, exatamente como no primeiro caso?

A segunda alternativa, se levada a extremo, permitiria não só opinar, como até recorrer para contrariar os interesses do hipossuficiente, que ao ver do órgão ministerial não tivesse razão. Entretanto, a nosso ver, trata-se de solução incorreta.

A maneira adequada de enfrentar o problema não dispensa um exame teleológico da causa interventiva, exame este ligado à própria questão da indisponibilidade de interesses.

Há interesses que, objetivamente falando, são indisponíveis, qualquer que seja seu titular, ou então sofrem disponibilidade restrita por normas de ordem pública: é o que ocorre com o direito à liberdade, por exemplo. Aqui a intervenção ministerial se dá para fiscalizar essa indisponibilidade, isto é, o interesse público, imparcialmente considerado, de atuar a norma de ordem pública que assegura a liberdade individual. Entretanto, em outros casos, a indisponibilidade ou o interesse público se ligam não à natureza da relação jurídica em si, mas sim a um dos titulares da dita relação jurídica, pessoalmente considerado: é o caso do interesse patrimonial do incapaz, por exemplo.

Ora, no campo dos interesses ligados à proteção da criança e do adolescente, o interesse público é duplamente qualificado, de forma que a razão de ser da intervenção do Ministério Público, nos feitos que digam respeito a normas de proteção à infância e à juventude, consiste no zelo de dita indisponibilidade, seja objetiva, seja subjetivamente considerada; daí por que se trata de atuação tipicamente protetiva, vinculada, pois.

Entretanto, a nosso ver, mesmo nos casos em que atue vinculadamente, não há obrigatoriedade de o órgão ministerial recorrer, quando seu defendido sucumbe. Nos casos em que atua com liberdade de opinião, nem sempre poderá ou deverá recorrer, isto porque não se confunde liberdade de opinião com interesse para recorrer.

Na verdade, desde que não seja *representante da parte* nem seu *substituto processual* (casos em que não conserva liberdade de opinar contra

seu representado ou substituído), a condição de intervir protetivamente a uma parte que ostente alguma deficiência na relação processual, posto o torne como que seu *assistente* e o vincule na destinação de sua iniciativa processual, nem por isso o obriga a não ver, ou a negar o que está nos autos ou a afirmar o que lá não esteja, para, sempre e sempre, procurar dar razão a quem não a tenha.

Contudo, se tem liberdade para opinar livremente nesses casos, porque para tanto basta a legitimidade que a lei lhe confere para intervir, já para *recorrer* é mister que tenha *interesse* na reforma do ato atacado (cf. *Justitia*, 130:187; JTACSP, Lex, 78:295). Assim, só pode recorrer em favor da defesa do interesse que legitima sua intervenção no feito (o interesse indisponível a zelar).

3. *Interesses coletivos e difusos relacionados à proteção, à infância e à juventude*

a) *A legitimação ordinária e a extraordinária*

É extremamente rico o campo que se descortina ao intérprete, na área dos interesses coletivos e difusos ligados à proteção à criança e ao adolescente. A título de mero exemplo, veja-se que o Ministério Público pode ser chamado a agir, inclusive para cobrar do Estado uma atuação mais eficiente no efetivo fornecimento de condições de educação, saúde, profissionalização e lazer às crianças e aos adolescentes.

Sabe-se que a maneira clássica de proteger interesses encontra canal no Poder Judiciário, pelo que se chama *legitimação ordinária*, ou seja, o lesado defende seu próprio interesse em juízo. Assim, se o interesse lesado é público, o Estado tem seus órgãos que acionam a jurisdição (p. ex., na matéria criminal, o Ministério Público promove a ação penal pública); se o interesse lesado é particular, o indivíduo não pode ter-lhe vedado o acesso ao Judiciário (CF, art. 5.º, XXXV). Fica em nosso sistema jurídico limitada a hipóteses excepcionais à chamada *legitimação extraordinária*, ou seja, a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender interesses alheios (CPC, art. 6.º) — o que é verdadeira substituição processual (e não representação, pois nesta última alguém, em nome alheio, defende interesse alheio).

Com a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, alargou-se a esfera de proteção de interesses coletivos e difusos. Por sua vez, a Constituição de 1988, ao legitimar associações, sindicatos, o Ministério Público e o próprio cidadão para a defesa de interesses metaindividuais, ampliou extraordinariamente a legitimação para agir em proveito da defesa de valores coletivos e difusos.

b) *A norma de extensão*

Animou-se, assim, o Constituinte de 1988 em conferir ao Ministério Público uma norma de extensão, que lhe permite a defesa de outros interesses coletivos e difusos, além daqueles taxativamente arrolados na Lei n.º 7.347/85. Assim, dispôs o art. 129, III, da Constituição Federal, que, dentre suas funções institucionais não privativas, cabe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

É evidente que, sob a abrangência dessa norma de encerramento, também chamada de norma residual ou de extensão, eliminou-se o sistema de "numerus clausus" para a ação civil pública, de iniciativa do Ministério Público. Cabe agora a defesa, pelo Ministério Público, de importantes interesses ligados à proteção à infância e à juventude, como o acesso à educação, a condições de saúde, etc.

c) *Legitimidade concorrente*

Entretanto, é bom que seja realçado, a nova Constituição não conferiu exclusividade ao Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CR). Importante é anotar que nesse campo a Constituição corretamente negou a titularidade exclusiva da ação ministerial, pois que "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei" (§ 1.º do art. 129).

Bem fez a Lei Maior em ampliar a legitimação para agir nessas hipóteses, conferindo-a a diversos órgãos. Exemplificativamente, anote-se que, sem falar na legitimidade das próprias pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa em juízo de interesses sociais, a Constituição, além de manter a ação popular (art. 5.º, LXXIII), previu o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), assegurou a legitimação para agir a sindicatos e associações de classe (art. 5.º, XXI; art. 8.º, III), erigiu a nível constitucional a ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º LIX), conferiu legitimação concorrente para a ação direta de inconstitucionalidade (arts. 103 e 125, § 2.º), e atribuiu legitimação para agir a comunidades e organizações indígenas (art. 232).

d) *Indisponibilidade da ação*

Por outro lado, partindo do Ministério Público a iniciativa da ação, não é correto falar-se em mero "direito de agir". Há mais um dever de agir que um direito; daí se afirmar a indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.

Contudo, dita indisponibilidade da ação deve ser bem compreendida. O que não se admite é que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese em que deva agir, se recuse a agir: nesse sentido, sua ação é um dever. Todavia, se não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifica* a hipótese de agir, ao contrário, tem liberdade para apreciar se *ocorre hipótese* em que sua ação se torna obrigatória.

Por isso que, na esfera civil, não verificando a presença de justa causa para propor a ação civil pública, o órgão ministerial promoverá o arquivamento das peças de informação (reunidas no "inquérito civil"), em ato que só é passível de revisão pelo Conselho Superior da Instituição (art. 9.º da Lei da Ação Civil Pública).

e) *Legitimação e interesse para agir*

Quando a lei confere legitimidade de agir ao Ministério Público, presume-se o interesse, pois que está a instituição identificada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis da sociedade (cf. F. Carnelutti, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1953); quanto aos demais legitimados, porém, o interesse há de ser demonstrado concretamente.

Abstraida agora a legitimação para agir do Ministério Público, cabe lembrar que, na área dos interesses coletivos ou difusos ligados à proteção das crianças e dos adolescentes, além da legitimação ativa das pessoas jurídicas de direito público e de entidades autônomas das quais participe o Estado (legitimação que não dispensa a demonstração do interesse de agir), em matérias que digam respeito ao interesse de associações e sindicatos, podem estes propor ações coletivas (CF, arts. 5.º, XXI; 8.º, III).

Por sua vez, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser parte passiva na ação civil pública. Não raro, as pessoas jurídicas de direito público interno o serão, pois que, quando não parta delas diretamente o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem, permitindo ou autorizando a atividade nociva ou deixando de coibi-la, quando obrigadas a tanto.

f) *Desistência e transação*

Agora que se perscruta o futuro, no campo da atuação ministerial na área de proteção da infância e da juventude, surge o delicado problema da desistência e da transação, nas ações civis públicas. Creio pertinente reportar-me a estudos anteriores, aplicáveis a essa matéria (v. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, ed. Revista dos Tribunais, 1988), valendo ora fazer algumas observações particulares.

Como se sabe, o legitimado de ofício não tem disponibilidade sobre o conteúdo material do litígio, que é o verdadeiro objeto de transação. Se tecnicamente não pode transigir nenhum dos legitimados ativos da ação civil

pública, não se duvida, entretanto, que a jurisprudência venha a aceitar algumas transações, nas quais se pode conseguir praticamente tudo o que é objeto do pedido. Caso se chegue a tanto, a concordância do órgão do Ministério Público, em nosso convencimento, deve ser analogicamente referendada pelo Conselho Superior, porque importa poder de disponibilidade infinitamente maior ao da mera não-propositura da ação.

g) *Inquérito civil*

A Constituição (art. 129, III) e a Lei n.º 7.347/85 (art. 8.º) conferem ao Ministério Público a presidência de um *inquérito civil*, destinado a colher os elementos de informação, necessários à propositura da ação civil pública.

Bem andou o legislador constitucional de 1988, ao prever a instauração de um inquérito civil mais amplo, que agora servirá à coleta de elementos para a propositura de qualquer ação civil da área de atuação ministerial. Com isto, possibilita-se o ajuizamento de ações mais bem aparelhadas e instruídas, sem falar que, no curso do inquérito, também se podem apurar, ao contrário, circunstâncias que demonstrem a desnecessidade da própria provocação jurisdicional, levando ao arquivamento do inquérito, o que em muito ajudará a desafogar os serviços judiciários, quando o acesso a eles não se faça imprescindível.

Desta forma, assim como as hipóteses de ação civil pública deixaram de ser "numerus clausus", igualmente por força da nova ordem constitucional o inquérito civil passou a caber como coleta de elementos preparatórios para a propositura de qualquer ação civil pública. Por analogia, portanto, cabe utilizar-se do procedimento a ele destinado tanto na Lei n.º 7.347/85, como das normas regulamentares contidas na Resolução n.º 7/85-PGJ, de 28-8-1985 (publicada na revista *Justitia*, 130:305 e na Resolução n.º 2/89-PGJ, de 17 jul. 1989 (publicada no *D. O. E.*, Seção I, de jul. 1989).

Vale anotar que, não se convencendo o órgão do Ministério Público da existência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento do inquérito, com revisão do Conselho Superior da instituição. Trata-se de órgão colegiado, que proporciona um sistema de revisão bem superior ao do atual art. 28 do Código de Processo Penal, que centraliza no Procurador-Geral de justiça a decisão sobre o arquivamento do inquérito policial.

A evidência, por tratar-se de legitimação concorrente, o arquivamento do inquérito civil e a não-propositura da ação civil pública pelo Ministério Público são atos que não impedem o ajuizamento da mesma ação por qualquer dos legitimados do art. 5.º da Lei n.º 7.347/85 (cf. CF, art. 129, III, e § 1.º), bem como pelo próprio cidadão, por associações ou sindicatos de classe, quando das hipóteses constitucionais já referidas (arts. 5.º, XXI e LXXIII, e 8.º, III).

h) *Fundo para reconstituir o bem lesado*

Assim como o art. 13 da Lei n.º 7.347/85 cuidou da criação de um fundo, que se destina à reconstituição dos bens lesados, igualmente se deve cogitar da criação de um fundo destinado a gerir os recursos provindos das condenações em ações civis públicas ligadas à defesa de interesses difusos da área da infância e da juventude.

O mérito de tais fundos, aos quais a doutrina tem chamado de *fluid recovery*, consiste em que podem ser eles usados com certa flexibilidade, para uma reconstituição que não precisa — e às vezes nem mesmo pode ser exatamente a do mesmo bem lesado.

Em matéria de danos a interesses coletivos ou difusos, em muitas hipóteses se torna irreparável o prejuízo. É pertinente aqui evocar o provérbio chinês que lembra poder uma criança matar um escaravelho, mas não podem todos os sábios do mundo recriá-lo... O dano é muitas vezes irreparável, principalmente se exemplificarmos com a não-prestação, ou sua prestação irregular, de serviços públicos relacionados com a educação e a saúde das pessoas em formação.

A criação de um *fundo fluido*, portanto, é uma tentativa razoável de enfrentar o difícil problema da reparação do dano causado a interesses cujos titulares estejam dispersos na coletividade.

Há precedente advindo da Lei n.º 7.347/85, mediante o qual o legislador brasileiro criou esse fundo para gerir alguns valores destinados a reparar danos ambientais, ao consumidor e ao patrimônio cultural, fundo esse gerido por um Conselho Federal e por Conselhos Estaduais (conforme seja a origem e a destinação dos bens lesados), de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade.

Na área de proteção a interesses difusos ligados à infância e à juventude, o ideal, a nosso ver, consiste na criação de um fundo federal, cumulativamente, não alternativamente ⁽³⁾ à criação de um fundo local, para cada Estado da Federação. Cada qual dos fundos deve administrar os ingressos decorrentes de condenações em ações civis públicas relacionadas com a preservação desses interesses, conforme tenha sido a condenação imposta em feito da competência da justiça federal ou local.

i) *Custas e encargos da sucumbência*

Não há adiantamento de custas, emolumentos ou qualquer outra despesa nas ações civis públicas (art. 18 da Lei n.º 7.347/85).

(3) A crítica ao Decreto Federal nº 92.302, de 16-1-1986 já a fizemos em nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo* (cit., pp. 96-99) a propósito, cf. lb. o Decreto Estadual nº 27.070, de 9-6-1987.

O dispositivo, muito teórico, não resolve importantes problemas práticos, como o dos custos das perícias, nas ações propostas pelo Ministério Público. Nesse caso, o Estado deve prever recursos orçamentários para as perícias necessárias ao Ministério Público, seja no curso dos inquéritos civis, seja no bojo das ações civis públicas.

Excetuada a hipótese da ação popular, em que em regra há total isenção de custas judiciais e de ônus da sucumbência (CF, art. 5.º, LXXIII), na ação civil pública da Lei n.º 7.347/85 e no sistema do Código de Processo Civil, o vencido pagará as custas do processo.

Como temos tido ocasião de sustentar (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 106) “o vencido pagará as custas do processo. Sendo o Ministério Público que venha a obter a improcedência, por certo que, Instituição do próprio Estado, cujos órgãos são agentes políticos, *responsabilidade haverá para o próprio Estado*”. Nosso entendimento, portanto, é o de que o Ministério Público não sucumbe, não paga custas nem honorários. Na ação civil pública proposta pelo Ministério Público, em nosso entender, quem arca com tais despesas, no caso de improcedência do pedido, será o próprio Estado, nunca o Ministério Público.

4. Hipótese de ações civis públicas

Como se viu, a atuação do Ministério Público, na área da proteção da infância e da juventude, pode atualmente dar-se pela propositura de inúmeras ações civis públicas.

Inicialmente, não pode ser afastada a possibilidade de ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade e as representações interventivas, quando interessem à área ora em exame (por exemplo, a inconstitucionalidade — até mesmo por omissão — de norma federal, estadual ou municipal ligada à proteção de interesses da infância e da juventude).

Lembre-se que ficou agora criada, na Constituição de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos *estaduais ou municipais* em face das *constituições estaduais*, vedada a instituição de exclusividade de um só legitimado para agir (§ 2.º do art. 125). Contudo, não se prevê a ação direta de inconstitucionalidade de *lei municipal* em face da *Constituição Federal*. Por outro lado, ficou mantida a *ação interventiva* da União e dos Estados (arts. 34-36), sendo que apenas nalgumas dessas hipóteses agora se prevê a representação do Procurador-Geral da República (art. 36, incs. III e IV).

Ademais, para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço da defesa de interesses indisponíveis, mister é que tome ele, por exemplo, a iniciativa de propor mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos

direitos e liberdades constitucionais, como, por exemplo, os direitos da criança e do adolescente, discriminados no art. 227 da Constituição da República. Mister ainda é que proponha ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de medidas para tornar efetiva norma constitucional (CF, art. 103, VI, e § 2.º). Imperioso também que intervenha na fiscalização dos gastos públicos com as campanhas governamentais, os subsídios e os investimentos estatais ligados a essa importante área de interesses sociais.

Outras ações desde já podem ser lembradas, em prol da segurança da pessoa do menor ou de seus haveres.

Segundo o Código de Menores em vigor, veja-se, por exemplo: a ação de alimentos (art. 89, IV, e 86); qualquer requerimento de medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis (advertência, obrigação de submeter o menor a tratamento ou intervenção, perda ou suspensão do pátrio poder, destituição da tutela, perda da guarda), cf. arts. 42 e 86; o procedimento contraditório e o verificatório simples (arts. 96-7 e 86); o procedimento ordinário para perda do pátrio poder (arts. 104 e 86); as vistorias (Código de Menores, arts. 92 e 86; CPC, art. 846) (4); o procedimento para imposição de penalidades administrativas (arts. 111 e 86); quaisquer outras ações ou medidas aplicáveis a menor em situação irregular (como advertência, entrega sob responsabilidade, colocação em lar substituto, imposição de liberdade assistida, colocação em semiliberdade, internação, delegação do pátrio poder, guarda, tutela, adoção simples, adoção plena, suprimento de capacidade ou de consentimento para casamento, emancipação, designação de curador especial, registro de nascimento etc.), cf. arts. 14, 17, 89 c/c art. 86.

Em vista da nova destinação constitucional do Ministério Público, espera-se que, em suma, possa e deva a instituição promover ou acompanhar qualquer processo ou procedimento destinado à proteção da pessoa ou dos bens de incapazes.

5. *O Ministério Público e a ação penal pública*

Sendo o titular da ação penal pública, desnecessário dizer que deverá o Ministério Público promover as medidas necessárias para responsabilizar, no campo criminal, as pessoas ou autoridades que violem normas penais ligadas à área da proteção da infância e da juventude (v.g., crimes de abandono material ou intelectual, crimes contra os costumes etc.).

6. *O Ministério Público e os gastos públicos*

A atual Constituição, além de conferir ao Ministério Público a promoção da ação civil pública na defesa do patrimônio público e social (art. 129,

(4) Embora possa pessoalmente fazer vistorias, independentemente de procedimento judicial, em casos especiais, por cautela ou *ad perpetuam rei memoriam*, podem ser requeridas vistorias judiciais pelo curador de menores, como procedimento cautelar, preparatório ou incidente.

III), ainda prevê a intervenção de órgãos do Ministério Público junto aos tribunais e conselhos de contas (arts. 73, § 2.º, I, e 130).

Nessa atuação, deverá o Ministério Público despender especial zelo no tocante às contas da administração pública direta, indireta ou fundacional, ligadas à área da proteção da infância e da juventude. Nessa função, outrossim, deverá o Ministério Público fiscalizar rigorosamente a correta aplicação do percentual legal de recursos públicos que devem ser destinados à saúde na assistência materno-infantil (art. 227, § 1.º, inc. I, da CR); bem como fiscalizar a aplicação dos gastos públicos (arts. 227, § 7.º, e 204, da CR) e dos incentivos fiscais e subsídios destinados à proteção especial à criança ou ao adolescente, de que cuida o inc. VI do § 3.º do art. 227 da CR.

7. *Situações especiais*

Por certo não é apenas o curador de menores ⁽⁵⁾ o único órgão do Ministério Público que zela pelos interesses ligados à proteção do menor. O promotor criminal, o curador de família, o curador de incapazes, o procurador de justiça — enfim, toda a instituição se destina à proteção dos interesses ligados ao menor.

Deve o curador de menores atentar para as recomendações constantes dos arts. 197 a 206 do Ato n.º 1/84-PGJ-CSMP-CGMP (publicado em *Justitia*, 128:168), em especial para o atendimento pessoal dos menores e para as visitas aos estabelecimentos onde eles se encontrem.

a) *Menor em situação irregular e menor infrator*

Atualmente o art. 2.º do Código de Menores usa a terminologia de “menores em situação irregular”, para identificar a situação em que se exige a atenção da Justiça de Menores ⁽⁶⁾.

Justamente quando o juizado de menores e o curador de menores são acionados, não raro a situação familiar está totalmente deteriorada, isto para não dizer que muitas vezes nem mesmo há falar propriamente em existência de uma verdadeira família. Assim, embora a solução dos problemas do menor deve ser buscada preferentemente no seio da própria família, isto nem sempre é possível; mas, quando o é, deve-se anotar que a orientação, a advertência e o esforço para resolver seus problemas mantendo-se o menor com a família geralmente costumam dar bons resultados.

(5) A Curadoria de Menores é cuidada no art. 47 da Lei Complementar Estadual nº 304/82. Distingue-se da curadoria de incapazes (art. 41), pois naquela temos a função protetiva do menor perante o juízo de menores, para fins do Código de Menores; na curadoria de incapazes, temos a intervenção em razão da incapacidade da parte (ainda que maior), especialmente perante o juízo comum.

(6) Sobre o Ministério Público e a justiça de menores, v. MUNIR CURY e outros autores, em *Temas de direito do menor*, Revista dos Tribunais, 1987.

Em casos mais graves (7), o requerimento de sindicância e a utilização de medidas alternativas do Código de Menores podem justificar-se (arts. 13 e 14). Nesse passo, é indispensável que o curador de menores visite sempre as escolas locais e especialmente os internatos e as entidades sociais e filantrópicas de apoio a seu trabalho, dando, nos pedidos de colocação de menores, à falta do lar original, preferência a lares substitutos (parentes do menor, amigos da família ou até terceiras pessoas, dotadas de grande capacidade de dedicação a outrem).

Diz a Constituição que, observados os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o menor pode sofrer medida privativa da liberdade (art. 227, § 3.º, V); nesse caso, imprescindível é que o órgão do Ministério Público, com atribuições na área protetiva do menor, visite constantemente os estabelecimentos onde são ou estejam recolhidos menores infratores (CM, art. 48).

Observe-se que, na falta de estabelecimento adequado, a *internação* do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolado destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade (art. 41, § 2.º, do CM; art. 227, § 3.º, V, da CR); a *custódia* policial, até apresentação ao juiz dentro de, no máximo, vinte e quatro horas, poderá ocorrer em estabelecimento de assistência ou em repartição policial especializada; na falta desta, o menor aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maior de dezoito anos (art. 99 e §§ 2.º e 3.º do CM).

É importante anotar que, não apenas em face do art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal, mas, especialmente, diante do art. 227, § 3.º, IV, da Lei Maior, assegura-se ao menor infrator garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo disponha a legislação tutelar específica.

Assim, nos processos infracionais, entendemos que doravante deve ser feito por ato formal a atribuição de ato infracional a menor de 18 anos. Se partir de órgão do Ministério Público a atribuição de ato infracional a menor, deverá ter ele defesa técnica por advogado ou defensor público. Se a imputação formal partir do órgão ministerial, não poderá o mesmo órgão, a um só tempo, desempenhar a defesa técnica do menor.

Outrossim, não se deve admitir, doravante, que o juiz aja de ofício, para atribuir a prática de ato infracional a menor. Sabe-se que, para assegurar o princípio da imparcialidade, a atividade jurisdicional deve ser provocada pelas partes. Como lembra LUIZ ANTÔNIO FLEURY FILHO, "a

(7) A propósito do menor infrator, v. artigos de JORGE AUGUSTO MORAIS DA SILVA, de Paulo Afonso Garrido de Paula e José Amado de Faria Souza, em *Temas de direito do menor*, Revista dos Tribunais, pp. 127, 134 e 211, 1987.

legitimidade política do Poder Judiciário, que desejamos livre, independente e autônomo, advém de sua imparcialidade. Esta, por sua vez, está ligada à circunstância de a atividade jurisdicional depender de provocação. Nas pendências em que estão em jogo valores fundamentais, cabe ao Ministério Público exercer tal provocação, de tal forma que os conflitos que envolvam os interesses mais relevantes não serão apreciados em Juízo, caso a Instituição não possua as garantias necessárias ao pleno exercício de suas funções" (*Justitia*, 127:60).

Deve-se insistir que tem fulcro legal o livre acesso do referido curador a todo local onde se encontre menor (art. 92 do CM), podendo mesmo inspecionar os estabelecimentos referidos nos arts. 48 a 58 do Código de Menores (não só locais onde estejam internados, como locais de espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, radiofônicos, de televisão, casas de jogos, bailes públicos, hotéis, outros locais de recreação).

b) *A guarda*

O art. 24 e parágrafo único do Código de Menores conferem papel de relevo à questão da guarda de menores, objetivando solução provisória para o problema do menor em situação irregular.

Com efeito, grande parte das pessoas que procuram o Ministério Público para tratar de um problema relacionado com a proteção de menores, na verdade, pelo menos no início, não quer uma adoção (que envolve uma solução definitiva), nem uma tutela (que na prática só é usada pelos seus reflexos patrimoniais), mas sim quer apenas regularizar a guarda do menor, para fins escolares ou trabalhistas e, sobretudo, previdenciários. Nessas condições, pode-se dizer que a guarda confere uma certa estabilidade (embora não definitividade) na manutenção do *status quo*, o que, nas circunstâncias, muitas vezes atende à conveniência do próprio menor e dos guardiães.

Nesse caso, sem prejuízo de orientar o curador aos interessados sobre as demais opções, como a adoção e a tutela, não se deve olvidar que a guarda do menor é solução muitas vezes adequada no caso concreto.

De forma nada burocratizante, é possível conceder-se *de plano*, qual verdadeira medida cautelar, a guarda do menor a terceiros (cf. art. 94, § 1.º, do CM). Para fins de concessão da *guarda do menor*, somente se instaurará procedimento verificatório simples se necessário, e assim mesmo somente *após* a tomar-se a medida cautelar adequada (art. 94, § 2.º, do CM); somente se instaurará o procedimento contraditório em hipóteses excepcionais (art. 95, do CM).

Em suma, quando o menor está de fato com avós, tios ou outros parentes, porque abandonado ou a eles entregues pelos pais, a guarda deve

ser concedida de imediato; maiores investigações, quando justificáveis, serão feitas a seguir.

Quando houver controvérsia sobre a guarda, deve o curador requerer sua concessão também de plano, segundo prudente arbítrio do juiz de menores, ficando a possibilidade de reverter a solução ou de tomar medida alternativa para depois de efetivadas investigações mais demoradas.

Importante é consignar que a guarda confere ao menor a condição de *dependente, inclusive para fins previdenciários, conforme o parágrafo único do art. 24 do Código de Menores*. É comum e útil transcrever-se o parágrafo único do art. 24 no termo de guarda, sob forma impressa ou datilografada, com finalidade didática, para maior divulgação e informação. Contudo, mesmo à falta dessa menção expressa no termo de guarda, é evidente que a condição de dependente já é assegurada por lei.

Embora confira a guarda a seu detentor o direito de opor-se aos próprios pais do menor, consiste em providência que não importa a destituição ou suspensão do pátrio poder⁽⁸⁾. É solução rápida e eficiente na grande parte dos casos, possibilitando desde logo ir contando tempo para adoção. A lei confere vários efeitos à guarda, para fins de adoção (arts. 28 e parágrafos, 30 e parágrafo, 31 e 108, do CM), mesmo que seja simples guarda de fato (art. 95, III, do CM)⁽⁹⁾.

c) O trabalho do menor

A Constituição proíbe trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos, bem como veda qualquer trabalho a menores de quatorze anos, exceto na condição de aprendiz (arts. 7.º, XXXIII; 227, § 3.º, I), bem como proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade (art. 7.º, XXX).

Além das leis trabalhistas (CLT, arts. 402 e s., e legislação específica), vale especial atenção a fiscalização das hipóteses em que se veda o trabalho de menores. Lembro o art. 204 do Ato n.º 1/84-PGJ/CSMP/CGMP que “à Justiça de Menores cabe apreciar apenas os pedidos de trabalho em locais considerados atentatórios à sua moralidade, mesmo porque o trabalho perigoso ou insalubre jamais poderá ser autorizado” (cf. *Justitia*, 128:168).

Reitere-se ter o curador de menores livre acesso a locais onde trabalhem menores (CM, arts. 92 e 83).

(8) Sobre suspensão e destituição de pátrio poder, v. artigos de ADAUTO ALONSO S. SUANNES na Revista *Justitia*, 83:79 e 87:115, bem como de EVELISE PEDROSO TELXEIRA PRADO VIEIRA, em *Temas de direito do menor*, Revista dos Tribunais, p. 193, 1987.

(9) V., a propósito, nosso artigo *As várias formas de adoção*, RJTJSP, 95:21; v., ainda, ANTONIO LUIZ RIBEIRO MACHADO, *Código de Menores comentado*, Saraiva, 1986, p. 30.

d) Tutela (10)

Cabe colocar o menor sob tutela: *a)* sendo falecidos seus pais; *b)* tendo estes sido declarados ausentes; *c)* tendo eles sido destituídos do pátrio poder; *d)* estando os pais ou responsável manifestamente impossibilitados de prover as condições essenciais de subsistência, saúde e instrução obrigatória do menor, desde que declarem por escrito concordar com que seja ele colocado sob tutela (das três primeiras hipóteses cuida o art. 406 do CC; da última, o art. 94, I, do CM). Em todas elas, a tutela é solução destinada a menor que careça de representação permanente (CM, art. 26).

Em caso mais simples, em que não seja cabível ou necessária a tutela, a guarda ou a delegação do pátrio poder poderão ser suficientes (CM, arts. 21 e 25). Em outros casos, a adoção poderá ser recomendável.

Importante papel tem o Ministério Público na fiscalização do exercício da tutela, não só requerendo a prestação de contas dos tutores (CC, art. 394; CPC, art. 919; LC estadual n.º 304/82, art. 44, III), ou sua destituição (CM, arts. 86 e 89, VI; CPC, arts. 1.104 e 1.189; LC estadual n.º 304/82, arts. 43, XI, e 47, IV), como, ainda, zelando pela venda de bens de incapazes (CC, arts. 386 e 429).

e) Adoção

Como já salientamos anteriormente (v. nosso artigo "As várias formas de adoção", em RJTJSP-Lex, 85/19), a adoção, por qualquer de suas atuais formas, é ficção jurídica que estabelece entre adotante e adotado uma relação de paternidade e filiação.

Infelizmente a adoção não tem sido mais amplamente usada, porque, posto deva ser assistida pelo Poder Público, deveria ser possível obtê-la de modo mais simplificado.

Vale especial destaque a importante norma do art. 227, § 6.º, da Constituição Federal, que finalmente equiparou todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, conferindo-lhes todos os direitos e qualificações, bem como proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Desse dispositivo deve-se concluir inelutavelmente que, qualquer que sejam as formas pelas quais se obtenha a adoção, doravante seus efeitos são sempre os mesmos.

(10) V. tese de ROBERTO JOAO ELIAS sobre a nomeação de tutor na tutela civil estatal, *Anais do VI Congresso Nacional do Ministério Público, Justiça*, 131:284.

Nesse campo, atentar ainda para as recomendações do Ato nº 1/84-PGJ/CSMP/CGMP, no seu art. 170, quanto aos pedidos de tutela.

8. O atendimento ao público pelo curador de menores

Embora por si só o atendimento ao público por parte do promotor de justiça já seja importante função afeta à instituição, no tocante aos interesses ligados aos menores o atendimento ao público passa a ser função primordial, fonte inesgotável que é para colher o promotor de justiça elementos para as ações ou intervenções que lhe cabem por força de lei.

Apesar da importância da função, nem todos os promotores vêem com bons olhos tal atendimento: pequena parcela dos membros da instituição não se tem prestado a tal tarefa com o mesmo denodo com que se dedica às demais do seu mister. Talvez nem tanto porque o atendimento ao público em si não denote um maior refinamento jurídico ou porque alguns injustamente o acusem de ser função alheia ou pelo menos circunstancial do Ministério Público ⁽¹¹⁾, talvez nem tanto por isso, mas principalmente pela sobrecarga de serviços que têm sentido os membros do Ministério Público, num quadro desfalcado, com pesadas acumulações e sem a infraestrutura necessária, é que às vezes se vê um certo desestímulo no atendimento ao público. Em virtude disso, aquele entusiasmo inicial do promotor novo na carreira, quando ocorre, às vezes vai arrefecendo com o passar dos anos.

Somente com grande dose de boa vontade, além de infra-estrutura adequada, é que se poderão vencer posições como essas. Não há dúvida de que nas cidades do interior onde só haja um promotor, ou onde haja poucos deles, o atendimento, dependendo do demais volume de serviço, é um encargo bem pesado (ao mesmo tempo atendem-se populares, participa-se de audiências, responde-se pelo expediente forense, fala-se nos processos). Tal sobrecarga é mais ainda notada nas comarcas médias, que, embora sem a correspondente ampliação do quadro funcional de promotores, acabam tornando-se pólos regionais de desenvolvimento.

Não bastassem essas dificuldades, nas grandes cidades do interior e na Capital, especialmente, além da aludida sobrecarga, mais um problema tem surgido: quanto maior o número de promotores, sempre especializados, menos tem sabido o povo a quem procurar.

Na Capital, a exceção ao que se disse acima fica por conta das promotorias regionais, onde o atendimento ao público chega a ser feito mais intensamente, bem mais do que nas promotorias do foro central; não chega, porém, a rivalizar com o atendimento das promotorias do interior.

É indispensável repensar o sistema da distribuição de serviços do Ministério Público, principalmente nas grandes cidades, fundando-o não nos promotores, mas antes nas promotorias (unidades ou órgãos administrativos junto aos quais estejam lotados vários órgãos de execução da instituição, mas cada qual destes com atribuições próprias, definidas na lei). É imprescindível que o povo saiba qual o órgão que pode procurar, qual o

(11) V. Anais do I Congresso do Ministério Público Fluminense, *Revista do Ministério Público Fluminense*, 3(1):199 e s., 1972.

que tem de atender o seu caso, mormente agora que a própria Constituição Federal ampliou, e muito, o leque de atendimento do povo pelo Ministério Público, decorrência natural de ser esse um dos canais mais adequados para o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (CF, art. 129, II). Especial relevo têm suas funções de atender as questões de família ou de menores, de acidentados do trabalho, dos deficientes e dos necessitados em geral.

Ora, para o exercício das funções de que cuida o inc. II do art. 129, acredita-se que a legislação infraconstitucional, na área dos interesses relacionados com a proteção à infância e à juventude, deva atribuir-lhe uma atividade fiscalizatória geral, em relação a órgãos, pessoas ou autoridades da administração direta, indireta, autárquica ou fundacional, podendo o órgão do Ministério Público, entre outras idéias, e na respectiva área de atuação funcional: a) receber petições, reclamações ou representações de pessoas interessadas; b) instaurar, presidir ou determinar a abertura de sindicâncias para apurar denúncias que lhe cheguem; c) requerer a instauração de comissão parlamentar de inquérito, podendo acompanhar seus trabalhos; d) expedir notificações para comparecimento de pessoas e requisitar informações, documentos e explicações; e) realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

O atendimento ao público, dentro das funções cometidas ao Ministério Público, só pode ser exercitado por órgão da instituição. Como vimos, não se poderia afirmar que, só para *ouvir* o povo, bastaria uma secretária, um estagiário ou um assistente social eventualmente lotados no gabinete da promotoria ou da procuradoria.

Sem dispensar-se, quando útil ou necessário, um contato do atendido com esses funcionários do Ministério Público, a idéia central do atendimento por esta instituição não se limita ao papel do promotor em ouvir e orientar o povo, mas sim, além de o fazer, a par disso tomar as providências que, como órgão do Ministério Público, a lei lhe confere, como, se for o caso, requisitar inquérito policial ou diligências investigatórias, promover a ação civil ou a ação penal pública etc.

9. Conclusão

Longe, pois, de se limitar o Ministério Público ao histórico papel a ele reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses privados ou dos governantes — a instituição está hoje consagrada, com liberdade, autonomia e independência funcional de seus órgãos, à defesa dos mais relevantes interesses da coletividade.

Tem o Ministério Público não só buscado, como efetivamente recebido um rol cada vez maior de incumbências, razão pela qual deve a instituição dedicar-se com toda a seriedade a esses encargos tão amplos e tão relevantes, como os interesses difusos e coletivos de que nos vimos até aqui ocupando, relacionados com a área de proteção da infância e da juventude.

Aspectos do direito de família na nova Constituição

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Prof. Adjunto de Dir. Civil na UFMG

SUMÁRIO

1. O novo perfil do divórcio. 1.1 — Introdução. 1.2 — O sistema da separação judicial na Lei nº 6.515/77. 1.3 — O divórcio na Lei nº 6.515/77. 1.4 — O divórcio na nova Constituição. 1.5 — Revogado o art. 38 da Lei nº 6.515/77. 2. As inovações no instituto da adoção. 2.1 — A adoção no Código Civil. 2.2 — Caracteres da adoção comum. 2.3 — A adoção no Código de Menores. 2.4 — Caracteres da adoção simples. 2.5 — Caracteres da adoção plena. 2.6 — Os efeitos da nova Constituição na forma e no conteúdo da adoção (assistência do Poder Público e igualdade de direitos). 3. Revolução na filiação. 3.1 — Filiação: espécies, discriminações, evolução e situação anterior à nova Constituição. 3.2 — O impacto da nova disciplina constitucional.

1. O novo perfil do divórcio

1.1 — Introdução

A Emenda Constitucional n.º 9, de 28-6-77, que introduziu o divórcio no Brasil, assim dispôs:

“O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos” (§ 1.º do art. 175, CF).

“A separação, de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”

Foram instituídos, dessa forma, o divórcio indireto ou por conversão de separação judicial ou desquite e o divórcio direto ou através da simples separação de fato comprovada, pelo prazo previsto.

A Lei regulamentadora, n.º 6.515, de 26-12-77, começou pela disciplina da separação judicial, como via de acesso ao divórcio normal ou comum, desde que o direito não passava de instituição transitória.

Por isso o estudo prévio da separação judicial é indispensável para a boa compreensão do divórcio, não só em face da Emenda Constitucional n.º 9 como perante a nova Constituição.

1.2 — O sistema da separação judicial na Lei n.º 6.515/77

O sistema da separação judicial na Lei n.º 6.515/77 obedece ao seguinte esquema:

Separção *consensual* ou denúncia vazia da sociedade conjugal.

Requisitos: A) casamento realizado há mais de dois anos:

B) consentimento mútuo dos cônjuges;

C) homologação judicial (art. 4.º).

Os cônjuges não podem se separar judicialmente, por acordo, antes do decurso do prazo de dois anos exigido para experiência e reflexão, ainda que estejam separados de fato.

O que pode qualquer deles fazer, inclusive imediatamente após o casamento, é requerer a separação *litigiosa* por *inadimplemento* do outro (conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento — art. 5.º, *caput*), a qual não pode ser transformada em *consensual* antes do decurso do prazo de dois anos de casados, sob pena de nulidade desta última, por falta de requisito essencial.

O que podem também é se separar *de fato*, em qualquer tempo, inclusive arbitrariamente, com as conseqüências legais.

Formas legais de procedimento, na separação de fato, são as medidas cautelares de separação de corpos (§ 1.º do art. 7.º), inclusive a pedido

de ambos os cônjuges, a fim de aguardar o prazo de dois anos para a separação consensual, conforme jurisprudência reiterada. Cabe ainda medida cautelar de afastamento de um dos cônjuges da morada do casal (CPC, art. 888, VI).

Separação *litigiosa* ou por iniciativa unilateral (art. 5.º e parágrafos).

Separação-sanção, punição ou por inadimplemento (art. 5.º, *caput*).

Requisitos: conduta desonrosa de um dos cônjuges ou grave violação dos deveres do casamento (que tornem insuportável a vida em comum).

Compreende, de forma mais ampla, todos os motivos que o Código Civil compendia no art. 317 (adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar) como causas do desquite.

Separação-remédio. Requisitos: a) prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e da impossibilidade de sua reconstituição (§ 1.º); b) grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne insuportável a continuação da vida em comum, reconhecida de cura improvável após a duração de cinco anos (§ 2.º). Ambos os casos são de comprovação objetiva de fatos que demonstrem a *morte natural* do casamento.

1.3 — O divórcio na Lei n.º 6.515/77

Divórcio por conversão (art. 25). **Requisitos:**

a) separação judicial (consensual ou litigiosa) passada em julgado (art. 31);

b) decurso de mais de três anos da sentença de separação, da medida cautelar ou de outra comprovação judicial da separação do casal (art. 44);

c) partilha dos bens (art. 31);

d) cumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação (art. 36, parágrafo único, II);

e) iniciativa de qualquer dos cônjuges e citação do outro (arts. 35 e 36);

f) sentença de conversão (art. 37).

A improcedência do pedido não impede a sua renovação com os requisitos legais (§ 2.º do art. 37).

Divórcio direto, litigioso ou consensual (art. 40 e parágrafos).

Requisitos:

- a) prova documental ou testemunhal da separação de fato por cinco anos, com início anterior a 28-6-77;
- b) fixação de pensão ao cônjuge e filhos necessitados;
- c) partilha dos bens existentes;
- d) iniciativa de qualquer dos cônjuges e citação do outro, ou de ambos;
- e) sentença de divórcio.

Os cinco anos de separação de fato devem iniciar-se, necessariamente, antes de 28-6-77 (ou seja, até 27-6-77). Na data da Emenda Constitucional n.º 9, que instituiu o divórcio, os cônjuges já devem estar separados, ainda que por um dia, para terem direito ao divórcio direto. Esse benefício foi destinado aos que já se achavam separados de fato na data da instituição do divórcio, muitos deles há mais de cinco, 10 ou 20 anos, não sendo justo que ainda tivessem de passar pela separação judicial prévia, como estágio de conversão. Por outro lado, a separação de fato ocorrida de 28-6-77 em diante, ainda que por cinco anos, não autoriza o divórcio direto mas sim a separação judicial por ruptura da vida em comum (art. 5.º, § 1.º).

O art. 38 da Lei n.º 6.515 só permite o divórcio por uma vez, e foi julgado constitucional pelo STF (RTJ, 101/908, 117/508). Por isso a solução para o caso de novo divórcio de divorciado com não divorciada tem sido a concessão de duplo efeito à sentença: somente o divorciado pela segunda vez não poderá se casar de novo (RTJ, 117/508).

1.4 — O divórcio na nova Constituição

Divórcio indireto ou por conversão (art. 226, § 6.º, 1.ª parte).

Requisitos: os mesmos do art. 25 da Lei n.º 6.515, já analisados, com a redução do prazo de separação de “mais de três anos” para “mais de um ano” apenas.

Foi reduzido o prazo de estágio na separação judicial. *Divórcio direto* (art. 226, § 6.º, 2.ª parte).

Requisitos: o 1.º requisito do divórcio direto do art. 40 da Lei n.º 6.515, passa a ser este: prova documental ou testemunhal da separação de fato por mais de dois anos. Permanecem os demais requisitos.

A grande inovação foi a desvinculação do prazo de separação de fato à data da Emenda Constitucional n.º 9 (28-6-77). Com isso o divórcio direto passou de transitório para permanente em nosso direito. O requisito objetivo “comprovada separação de fato por mais de dois anos” veio facilitar o divórcio direto a ponto de praticamente acabar com as separações judiciais ou reduzi-las muito. Com efeito, a separação judicial mais fácil — a consensual, exige que os cônjuges sejam “casados há mais de dois anos” (art. 4.º). Homologada essa separação, a nova Constituição exige prazo “superior a um ano” para a conversão em divórcio. Levaria mais de 3 anos, portanto, pela via da separação judicial consensual, enquanto que o novo divórcio direto se consumaria em pouco mais de dois anos.

Ainda que a separação judicial seja litigiosa e por inadimplemento (separação-sanção, art. 5.º, *caput*), a qual não depende do requisito “casamento realizado há mais de dois anos”, o procedimento contencioso absorveria de um a dois anos e a conversão exigiria mais um ano.

Vai até surgir uma questão formal: na pendência de uma separação judicial litigiosa, pode nascer o requisito objetivo do novo divórcio direto — separação de fato comprovada, por mais de dois anos. Com o requisito constitucional, nasceria o direito de ação de divórcio direto, prejudicando a ação de separação. Na ação de divórcio direto seria provada a causa da separação, para os efeitos de guarda dos filhos (art. 10), uso do nome (art. 17), prestação de alimentos (art. 19).

Por tudo isso o procedimento mais cômodo e rápido para o divórcio de recém-casados passou a ser através da imediata medida cautelar (se possível, consensual) de separação de corpos preventiva, tal como se vinha procedendo para se esperar tempo para a separação judicial consensual (RT, 518/95, 601/74 e outros). Só que agora se espera pelo mesmo prazo para o divórcio direto...

1.5 — *Revogado o art. 38 da Lei n.º 6.515/77*

Já em face da Emenda Constitucional n.º 9 fora arguída a inconstitucionalidade do art. 38 da Lei n.º 6.515, que limitou a uma vez o pedido de divórcio. O colendo STF na Representação n.º 1.000, rejeitou a ar-

guição (RTJ 101-908), ao fundamento (constante do voto condutor do Sr. Ministro MOREIRA ALVES) de que

“o § 1.º do art. 175 somente admite a dissolução do casamento nos casos expressos em lei”.

“Portanto, é à lei que cabe estabelecer os casos em que há dissolução do casamento, não podendo permiti-la, no entanto, sem que haja prévia separação judicial por mais de três anos.” (RTJ, 101/917.)

Essa, realmente, a interpretação, que comportava o § 1.º do art. 175 da antiga Constituição, na redação da EC n.º 9, que assim dispunha:

“O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

Ali a expressão “nós casos expressos em lei” se refere à *dissolução do casamento*, pelo que ao legislador ordinário se devolveu maior autonomia regulamentar, inclusive para limitar a uma vez a dissolução pelo divórcio.

Entretanto, outra é a redação do § 6.º do art. 226 da nova Constituição, *verbis*:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Aqui, a expressão “nos casos expressos em lei” se refere a *prévia separação judicial* e não a *dissolução do casamento*.

Logo, se o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sem outra condição constitucional além das duas previstas (prévia separação judicial por mais de um ano *ou* comprovada separação de fato por mais de dois anos), e desde que não há limitação legal de vezes para a separação judicial, conclue-se que o art. 38 da Lei n.º 6.515 está revogado pela nova Constituição. Decisão em contrário implicará em negativa de vigência do § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, ensejando recurso para o STF. Não mais se trata de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei n.º 6.515, mas sim de sua revogação constitucional.

2. *As inovações no instituto da adoção*

2.1 *A adoção no Código Civil*

Conhecemos três tipos de adoções: a adoção comum do Código Civil, a adoção simples e a adoção plena do Código de Menores.

A adoção comum do Código Civil, como matriz do instituto, traça o perfil da adoção como filiação e paternidade civil ou legal, lançando suas bases e requisitos genéricos. Ao mesmo tempo, cria a forma chamada comum da adoção, com os caracteres civis de liberdade e autonomia (mais contratual e menos cogente).

2.2 *Caracteres da adoção comum*

Rege-se pelos arts. 368/378 do Código Civil.

Forma: perfaz-se por escritura pública, sem termo ou condição e sem a assistência do Poder Público. Comparecem as partes apenas, o adotado incapaz representado ou assistido por quem de direito, inclusive o nascituro.

Condições subjetivas: o adotante há de ser maior de 30 anos, solteiro ou casado, este após 5 anos de realizado o casamento, podendo já ter outros filhos. Deve ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado. O adotado pode ser incapaz, menor ou maior. O menor deve se achar em situação regular (não sujeito às adoções do Código de Menores).

Efeitos: só cria parentesco entre as partes, salvo quanto a impedimentos matrimoniais (arts. 376 e 183, III e V); o pai natural só perde o pátrio poder, conservando os demais direitos e deveres inerentes (378); o adotante passa a ter o pátrio poder e seus consectários (guarda alimentos, etc.) sobre o adotado (378); para os efeitos da sucessão, o filho adotivo sem concorrente biológico é herdeiro descendente, com todos os direitos (1.605); se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção herdará metade do que couber a este (§ 2.º do art. 1.605) e se concorrer com filhos biológicos anteriores à adoção não será herdeiro (377), sua adoção tem função alimentar.

Extinção: extingue-se por acordo das partes, por desligamento unilateral do adotado incapaz, se o quiser, cessada a incapacidade, e por iniciativa do adotante, nos casos de deserdação (373 e 374).

2.3 *A adoção no Código de Menores*

A característica maior da adoção no Código de Menores é a de se tratar de menor de 18 anos em situação irregular (privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável ou manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las (arts. 27 e 30 c/c art. 2.º, I).

Assume duas modalidades: adoção simples e adoção plena, as quais se distinguem entre si e em relação à adoção comum do Código Civil. A adoção plena se distingue profundamente da adoção no Código Civil. Esta última não passa de uma caricatura ou arremedo de filiação, enquanto que a adoção plena procura identificar a adoção com a filiação biológica.

2.4 *Caracteres da adoção simples*

Já a adoção simples do Código de Menores é a mesma do Código Civil aplicada aos menores de 18 anos em situação irregular, cuja escritura pública depende de alvará do Juiz de Menores, com ou sem estágio prévio de convivência do adotante com o mesmo (arts. 27 e 28).

2.5 *Caracteres da adoção plena*

Mas a grande evolução no instituto da adoção está na adoção plena do Código de Menores, com os seguintes caracteres:

Rege-se pelos arts. 29/37 e 107/109 da Lei n.º 6.697/79.

Forma: sentença concessiva do Juiz de Menores.

Condições subjetivas. Podem adotar: casais com mais de 5 anos de matrimônio, salvo prova de esterilidade e estabilidade conjugal; viúvo ou viúva, com estágio de convivência com o menor iniciado em vida do outro cônjuge; cônjuge separado judicialmente, com estágio de convivência com o menor iniciado na constância da sociedade conjugal. Podem ser adotados: menores de até sete anos de idade, em situação irregular não eventual, após período mínimo de um ano de estágio de convivência com os requerentes.

Efeitos: atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais; cancela o registro original do menor e abre outro com os nomes dos pais adotivos como pais verdadeiros, inclusive seus ascendentes, com mudança até do prenome do adotado; equiparação, em direitos e deveres, aos eventuais filhos biológicos, em caráter irrevogável.

2.6 *Os efeitos da nova Constituição na forma e no conteúdo da adoção*

A nova Constituição determinou que

“A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por *parte de estrangeiros*” (§ 5.º do art. 227).

Isto significa que, dependendo ainda da regulamentação, todas as adoções terão a assistência do Poder Público e não apenas aquelas previstas no *Código de Menores*. Não mais será feita livremente pelas partes, através de escritura pública, nos termos do art. 375 do Código Civil. Mais rigor prescreve a Constituição quanto às adoções por parte de estrangeiros, em relação às quais a lei estabelecerá casos e condições.

Maior é o impacto, em nossa legislação, do § 6.º do art. 227 da Constituição:

“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Para resumir os efeitos da disposição supra, em relação à adoção, todas as adoções terão os mesmos efeitos da adoção plena, acima apontados. Todos os filhos, sejam biológicos ou adotivos, são filhos, com os mesmos direitos. Isso é tudo.

3 — *Revolução na filiação*

3.1 *Filiação: espécies, discriminações, evolução e situação anterior à nova Constituição*

O direito de família conhece as seguintes espécies de filiação: filiação natural ou biológica, em oposição à civil ou adotiva. A biológica se distingue em legítima, legitimada e ilegítima. Legítimos são os filhos gerados na vigência de casamento civil de seus pais. Legitimados, os gerados antes desse casamento, que os legitima. Ilegítimos, os nascidos fora do casamento civil de seus pais, os quais, por sua vez, se distinguem em naturais *stricto sensu* e espúrios. Naturais são os filhos cujos pais não se achavam impedidos de se casar um com o outro, quando foram concebidos. Os espúrios, pelo contrário, nasceram ou foram gerados quando seus pais eram impedidos de se casar entre si, em virtude de ser um deles ou ambos

já casados com outra pessoa (adulterinos) ou porque eram parentes em linha ou grau proibido (incestuosos).

Os filhos legítimos, os legitimados e os naturais *stricto sensu* sempre foram equiparados em nosso direito, para os efeitos de reconhecimento e sucessão. Já os incestuosos e os adulterinos foram privados de reconhecimento voluntário ou coativo pelo art. 358 do Código Civil. Leis sucessivas alteraram essa situação, em relação aos adulterinos, até atingir a situação atual, decorrente da Lei n.º 883/49 e suas alterações, que mesmo antes da nova Constituição já permitiam:

a) o seu reconhecimento voluntário ou coativo, dissolvida a sociedade conjugal que o tornou adulterino (art. 1.º, *caput*);

b) o seu reconhecimento voluntário, em testamento cerrado, mesmo na vigência da referida sociedade conjugal (§ 1.º);

c) ainda na constância dessa sociedade, o filho poderá ser reconhecido através de sentença, pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 anos contínuos (§ 2.º);

d) a igualdade de direitos sucessórios entre os adulterinos e os legítimos, legitimados e naturais (art. 2.º);

e) mesmo antes da dissolução da sociedade conjugal, o filho adulterino poderá acionar o pai em segredo de justiça, para pedir alimentos, ficando dispensado de ação investigatória após a dissolução da sociedade (art. 4.º e §, todos da Lei n.º 883/49).

Todas essas conquistas do filho adulterino não beneficiaram o incestuoso, que continuou discriminado pelo art. 358 do Código Civil, desde que do mesmo não cogitou a Lei n.º 883/49. Aliás, sua situação é delicada, pela natural dificuldade em se abrir-lhe um registro civil de nascimento completo.

3.2 — *O impacto da nova Constituição*

A disposição ampla e ilimitada do § 6.º do art. 227 da nova Constituição veio nivelar todos os filhos, do biológico ao adotivo, do legítimo ao incestuoso. Todos podem ser reconhecidos, pedir alimentos e suceder em igualdade de condições. O constituinte foi realista e pôs fim a todos os preconceitos.

Revogadas se acham as disposições em contrário.

Os direitos individuais, sociais e coletivos no Brasil

JOSÉ RIBAS VIEIRA

PUC-RJ/UFF/UFRJ

SUMÁRIO

1 — *Introdução.* 2 — *Direitos individuais e suas vias.* 3 — *Direitos sociais, solidariedade e corporativismo.* 4 — *Direitos coletivos, a crise do Estado de providência e os movimentos sociais.* 5 — *Conclusão.*

"É a Norma da Casa" ()*

(Explicação dada por Agnaldo Gaia ao ser espancado e torturado numa Delegacia de Polícia do Estado do Pará na frente das câmeras da TV Manchete — *Jornal do Brasil*, 10 de junho de 1989)

1. *Introdução*

Nossa análise a respeito dos direitos individuais, sociais e coletivos contidos na Constituição Federal em vigor parte da perplexidade da resposta dada pelo assaltante Agnaldo Gaia após sofrer uma série de espancamentos numa Delegacia Policial no Estado do Pará: "É norma da casa" (1).

(*) Trabalho apresentado no "II Encontro Universitário sobre Democratização, Direitos Humanos e Sociedade", promovido pelo "Instituto Interamericano de Direitos Humanos" em conjunto com o Departamento de Ciências Jurídicas — PUC/RJ — 13 de junho de 1989.

(1) Vide *Jornal do Brasil*, sábado, dia 10 de junho de 1989.

Tal explicação oferecida pelo citado assaltante demonstra, sem maiores rodeios, que a defesa básica de direitos individuais ou de outros no nível de direitos humanos no Brasil reduz-se a uma mera sobreposição de regras particulares (casa) ⁽²⁾ de controle social a uma esfera pública de proteção do indivíduo.

Nessa linha de raciocínio, a nossa perplexidade concentra-se numa já batida questão no sentido de responder quais são os fatores impeditivos de aplicar, por exemplo, o elenco dos artigos 5.º e 6.º da Constituição Federal de 1988 a favor da pessoa humana em nosso país. Sendo mais claro porque, na realidade, prevalece, ainda e de forma contundente, “a norma da casa” em detrimento dos direitos individuais, sociais e coletivos em vigor na sociedade brasileira.

Numa outra oportunidade ⁽³⁾, fomos favoráveis a uma proposta de que a viabilização de mecanismos garantidores dos direitos humanos no seu conjunto no Brasil dependeria mais de uma ação prática. Tal ação seria concretizada tanto pelo alargamento da noção de Estado de Direito e da garantia a todos do acesso à justiça em nossa sociedade. Acreditávamos, nessa ocasião, na importância de uma conscientização crítica e social para alcançarmos, por meio de um Estado de Direito efetivo e uma Justiça mais democrática, um padrão de respeito da pessoa humana no país.

Nessa ocasião, enfatizávamos como um passo relevante para atingir esse objetivo a necessidade de compreender e delimitar os denominados direitos humanos sobretudo através do fundamento histórico-político de sua formação.

Sem abandonarmos essa perspectiva prática assumida por nós, cremos que, para entender esse distanciamento do nível jurídico esboçado na Constituição Federal de 1988 com a realidade brasileira, devemos aprofundar, agora, o tratamento histórico da origem dos direitos individuais, sociais e coletivos.

Desse modo, tentaremos por meio de três eixos distintos realizar essa análise: Direitos Individuais, Direitos Sociais e Direitos Coletivos. Essa di-

(2) Essa diferença dos mundos da “casa” e da “rua” está mais expressa nas análises do antropólogo Roberto da Matta.

(3) Vide José Ribas Vieira “Estado de Direito e o acesso à Justiça: uma contribuição para o debate dos Direitos Humanos no Brasil” in *Direitos Humanos — Um Debate Necessário* (vol. 2). Gustavo Sénéchal de Goffredo e outros. (São Paulo: Editora Brasiliense, 1989) 131:146.

visão metodológica por nós proposta não impede compreender que esses direitos representam, na verdade, um corpo integrado resultado de um certo processo histórico.

2. *Direitos individuais e suas vias*

Estamos conscientes que não basta afirmar a origem dos direitos individuais através de uma mera incorporação de um fundamento de Direito Natural por meio de uma positivação jurídica ocorrida no final do século XVIII.

É básico, assim, detectar que essa positivação é deflagrada de uma estrutura social complexa e conflitiva. Na verdade, temos, no século XVIII, duas vias para materializá-la, a saber: as Declarações Americanas dos Direitos do Homem e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem de 1789.

HABERMAS⁽⁴⁾ lembra que as declarações americanas estabelecidas no decorrer da Guerra de Independência tiveram um caráter de senso comum no sentido de estarem restaurando direitos já existentes na tradição anglo-saxônica. No caso francês, segundo, ainda, o pensador alemão, vinha com o intuito de construir um novo sistema de direitos e, por conseqüência, direcionou-se mais com o propósito de formar uma opinião pública.

Independentemente dessas diferenciações Habermas ressalta, ainda, que as declarações dos Direitos do Homem estatuidas no período conclusivo do século das Luzes apresentavam, através de sua positivação jurídica, uma pretensa neutralidade e um certo apoliticismo.

Após essas reflexões, cabe enfatizar que as duas vias de instituição de Direitos do Homem, no final no século XVIII, mencionadas pelo pensador alemão sublinhavam no seu âmago, toda uma contextura histórica na sua fundamentação em termos de mudança de estrutura de poder nos seus níveis sociais e políticos.

No caso brasileiro, se tivermos como referência a própria Carta Constitucional de 1824, chegaremos a uma outra forma de conclusão. De fato, o elenco de direitos individuais estará vinculado a uma sociedade capitalista dependente e excludente. Nessa forma de processo histórico, torna-se difícil para seus setores dominantes ter um campo de flexibilidade para, hegemonicamente, firmar uma declaração de direitos individuais com um certo sentido de neutralidade. Além disso, cremos ser óbvio o fato de que

(4) Jürgen Habermas, *Theory and Practice*, Capítulo 2, pp. 87 e seguintes (Londres: Heinemann Educational Books Ltd., 1974).

os nossos direitos individuais estão inseridos numa outra prática jurídica. Tal prática nem representa um caráter de “senso comum”, nem traduz anseio de formar uma “opinião pública”.

Pelo contrário, o nosso Estado de Direito ou a prática jurídica vigente no Brasil relaciona-se, intimamente, a um quadro de dominação e exclusão social.

3. *Direitos sociais, solidariedade e corporativismo*

Jean Duvignaud, ⁽⁵⁾ na sua obra “*La solidarité*”, examina que, por meio de determinadas representações sociais, pode ser notada a constante presença de uma noção de solidariedade social em contraposição à idéia de indivíduos.

É interessante destacar que, mesmo com a gradativa prevalência da noção de individualismo na vida moderna, mantém-se vivo o espírito de solidariedade em certas construções sociais. Segundo o próprio Duvignaud, o século XVIII é rico de exemplos nesse sentido. Basta ver, a título de exemplo, a categoria de “vontade geral” ou o termo “nação”. Tais referências expressam um anseio de conjunto e de organicidade em sociedades que se atomizavam.

Entretanto, coube ao período revolucionário francês de 1848 impor, de modo definitivo, a idéia de solidariedade social.

Nesse nível, JACQUES DONZELOT ⁽⁶⁾ desenha que o aumento das contradições sociais ao longo da metade do século XIX francês inviabiliza certas práticas sociais. Cabe lembrar que a noção de “república” tinha a magia de aglutinar e de superar possíveis contradições sociais. Diante da impossibilidade dessas representações sociais continuarem materializando esse sentido de homogeneização social, novas vias deveriam ser, logicamente, tentadas.

Na França, é no campo jurídico que se espelham essas soluções. Desse modo, os juristas e a própria Constituição francesa de 1848 esboçam, pela primeira vez, a idéia de um Direito Social capaz de edificar uma nova solidariedade social. A formulação de um Direito Social vem corporificar a possibilidade de determinadas políticas e intervenções do Estado a favor de um equilíbrio social.

(5) Jean Duvignaud, *La Solidarité (Liens de sang et liens de raison)*. (Paris: Fayard, 1986).

(6) Jacques Donzelot, *L'Invention du Social: Essai sur le déclin des passions politiques*. (Paris: Fayard, 1984).

Seguindo esse caminho, a Constituição de Weimar de 1919 ratifica e aprofunda a existência de uma sistemática de direitos sociais.

A crise econômica de 1929 e as conseqüências da 2.^a Guerra Mundial levam a estruturação definitiva de um Estado Social pela Teoria Constitucional. PABLO LUCAS VERDÚ (7) ressalta, muito bem, que o denominado Estado Social é uma resultante de certas conquistas no curso do desenvolvimento histórico da categoria de Estado de Direito.

Em nome dessas conquistas de um novo formato de Estado de Direito, a Constituição Italiana de 1948 e a Lei Fundamental da Alemanha de 1949 consagram a existência de um Estado Social.

É bom não esquecer ainda o fato de que, na verdade, não se deve, apenas, à Teoria Constitucional a instituição desses direitos sociais. O Estado de Direito, no seu aspecto social, encontra-se no espírito da consolidação de um poder político de caráter intervencionista, como é o caso do Estado de Providência ou de Bem-Estar Social.

O Estado de Providência, consolidado no período pós 45, traduziu-se por um conjunto de políticas públicas favoráveis à manutenção de um padrão mínimo de convivência e solidariedade social.

Lembra, mais uma vez HABERMAS que os direitos sociais, materializados no processo político do Estado de Providência, apresentam algumas diferenças fundamentais com as Declarações de Direitos do Homem do final do século XVIII. Entre essas, cabe anotar a de que não representariam reconhecimento de direitos previamente fixados à base de Direito Natural, como ocorreu no século XVIII. Resultam de processos intencionais da própria lógica do Estado de Providência.

Por conseqüência, os direitos sociais resultam não de uma propalada neutralidade. Pelo contrário, traduzem uma deliberada política do Estado.

Desapareceram, de modo definitivo, distinções entre Direitos políticos e civis. Recriou-se, desse modo, uma nova base social que dilui, aparentemente, a diferenciação entre público e privado em nome do social.

(7) Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho* (Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España), p. 131. Vide, ainda, Wolfgang Abendroth "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto Político" in *El Estado Social*, Wolfgang Abendroth e outros. (Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1986).

A idéia de direitos sociais surge, pela primeira vez, no Brasil, no bojo da Constituição Federal de 1934.

Coube à Constituição Federal em vigor no seu artigo 6.º instituir de modo mais sistemático e claro uma série de direitos sociais.

É fácil perceber que o desenvolvimento histórico do Estado Social no Brasil é muito recente. Pensamos, também, que os direitos sociais em nosso país se estabelecem dentro da mesma mecânica dos projetos liberais das Constituições de 1824 e 1891. Dessa forma, o Estado Social é a continuidade de uma mesma prática de sentido excludente e de domínio nas relações sociais no Brasil. Apesar de manterem o tradicional perfil concessivo por parte do Estado, os direitos sociais expressaram um sentido mais pretensamente integrador em termos de cidadania.

Considerando as diferenciações anteriormente firmadas por HABERMAS⁽⁸⁾, estamos conscientes de que, no tocante ao caso brasileiro, há muito mais uma postura tutelar dos direitos sociais, que não ocorreu nos países centrais. Pois, além de contarmos com a presença de um poder político, com seu costumeiro traço autoritário, não há, nesse nível, em nossas representações sociais nenhum espaço para uma idéia de solidariedade.

As representações do Estado-sociedade e das próprias relações sociais, em nosso País, sempre estiveram vinculadas mais a uma lógica corporativa.

Dessa forma, um projetado Estado Social no Brasil está, necessariamente, preso a esse quadro corporativo. Basta consultar a própria Constituição Federal vigente onde se tipifica uma série de situações corporativas ao reconhecer, por exemplo, certos privilégios a determinados segmentos da sociedade brasileira. Ao examinar a estrutura sindical, encontramos um outro exemplo da manutenção de uma certa tutela jurídica, em termos de sua organização. O inciso II do art. 8.º da Constituição Federal de 1988 arma, assim, a manutenção do formato de sindicato único. É a idéia do corporativismo prevalecendo em vez da busca de uma genuína representação sindical.

4. *Direitos coletivos, a crise do estado de providência e os movimentos sociais*

A concepção de direitos coletivos é recente e data da presença de movimentos sociais ligados à questão da ecologia e da proteção ao consumidor nos anos 60.

(8) Habermas, op. cit. pp. 113 a 116.

Essa atualidade ainda não permitiu a sua incorporação mais sistemática na própria teoria constitucional. Coube muito mais ao campo da processualística civil abrir caminho para sua concretização. Desse modo, o Direito Processual Civil teve uma participação importantíssima ao rediscutir a questão da legitimidade processual, construindo bases para a substituição de uma burguesa noção de individualismo pela força e o vigor da categoria dos denominados interesses coletivos.

Na verdade, segundo a lição de DONZELOT⁽⁹⁾, podemos explicar o surgimento recente dos direitos coletivos como consequência da crise do Estado de Providência. Tornou-se, gradativamente, impraticável, devido à própria lógica do capitalismo, a sustentação de certas políticas públicas sociais. Diante dessa inviabilidade, houve uma natural diminuição da tutela do poder público na esfera do social. No caso francês, o Estado estimula, a título exemplificativo, debates e soluções a favor de uma maior descentralização e presença da sociedade nos processos decisórios.

Não pode ser, tampouco, esquecido que não se trata somente de uma crise da dinâmica do Estado de Providência, pois há, tanto nos Estados Unidos como na Europa Ocidental, o fortalecimento de determinados movimentos sociais que empurram para um novo arranjo na relação Estado-Sociedade.

Em relação ao Brasil, os direitos coletivos representam um fenômeno recente e, no seu conjunto, foram, também, incorporados, inicialmente, na ordem jurídica através da processualística civil. Nos anos 80, legislações específicas sobre interesses difusos e ação civil pública resultaram na consolidação dos direitos coletivos entre nós.

Diferentemente do que ocorreu, no tocante à trajetória dos direitos individuais e sociais no Brasil, os direitos coletivos expressam um anseio de movimentos da base da sociedade. Num país onde não se corporificaram instrumentos mínimos legítimos de representação entre Estado/Sociedade, os direitos coletivos aguçam um novo tipo de debate.

Assim, em lugar de direitos tutelados, os direitos coletivos pela sua força conquistada contra as consequências de um capitalismo selvagem e

(9) Donzelot, op. cit.

de um autoritarismo político-militar abrem novas expectativas sociais no Brasil. Existe uma conscientização por parte dos movimentos sociais que, pelos instrumentos jurídicos dos direitos coletivos, pode facilitar a concretização de uma autêntica cidadania no Brasil.

5. Conclusão

O trabalho procurou demonstrar que a reversão de uma política de não respeito de direitos humanos no Brasil passa, necessariamente, por uma reflexão sobre o Estado de Direito e o acesso à Justiça.

Entretanto, somente através de uma contextualização histórica da trajetória da proteção da pessoa humana em nosso país é que poderemos mensurar as possibilidades de avanço dos instrumentos de Estado de Direito e acesso à Justiça.

Uma referência aos direitos individuais e sociais demonstra que os seus próprios processos de instituição foram sempre de caráter tutelar, concessivo e excludente.

Entretanto, tomando como ponto de apoio as recentes experiências dos movimentos sociais e o espírito do art. 5.º da Constituição federal vigente, os direitos coletivos inspiram, cremos, os concretos e viáveis mecanismos de defesa da pessoa humana no Brasil. É a força da presença do social a favor de uma legitimidade processual ampliada que reverterá um quadro redutor do Direito/Justiça a uma "norma da casa". Aliás, a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 5.º, inciso XXI, abriu esse caminho ao dispor:

"Art. 5.º

XXI — as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicial."

A Constituição republicana e o federalismo mineiro

Perspectivas histórico-metodológicas

Prof. E. ÓRSI PIMENTA

Departamento de História — FAFISC/UFMG

“Federação tornou-se moda, entusiasmo, cegueira, palavra mágica, a cuja simples invocação tudo há de ceder, ainda que a invoquem mal, fora de propósito, em prejuízo da federação mesma.”

RUI BARBOSA

“A história republicana é um grande e promissor espaço desconhecido, desbravado aqui e ali, temerosamente.”

ROSA MARIA GODOY DA SILVEIRA

“Os fatos são sagrados, a opinião é livre.”

C. P. SCOTT

SUMÁRIO

1. *Introdução. Considerações metodológicas.* 2. *Evolução constitucional. Aspectos cíclicos.* 3. *As matrizes constitucionais. A matriz americana (1787).* 4. *O Federalismo descentralizado. Os princípios constitucionais.* 5. *O Federalismo mineiro. Conclusões.*

1. *Introdução — Considerações metodológicas*

Quer parecer-nos que os estudos de História Constitucional têm geralmente ficado adstrito aos aspectos formais, políticos ou jurídicos, em detrimento de um enfoque histórico mais amplo.

Vincular a história constitucional como um todo mais complexo ao próprio desenvolvimento da sociedade significará um desdobramento de novos rumos metodológicos, em que o caudal de complexos fatores sociais se veria refletido em todo o evoluir histórico.

As Constituições tendem como que a consolidar uma ordem evolutiva-institucional, advinda de transformações sociais que marcam as diferentes etapas do processo histórico das formações nacionais.

Os novos caminhos abertos pela chamada “Nova História”, com seus artifícios mais notórios, como J. LE GOFF, P. NORA, P. VILLAR ⁽¹⁾ e outros, multiplicam interrogações ou atitudes quanto a atividade do historiador, às condições próprias da sua construção e ao alcance dos seus resultados.

Essas novas perspectivas na sistematização de tendências anteriormente expressas caracterizam-se particularmente pela ampliação dos centros de interesse do historiador, a preconizada *história-total* de L. FEBVRE, que engloba conjunto de aspectos formais, e se interessa tanto pelo remoto presente.

Destaca-se mais ainda pela substituição da história narrativa pela história-problemas, pela maior expansão e variedade do campo documental, muito embora aqui caiba a lúcida advertência do preclaro LIMA VAZ: “Na verdade, a história é função da informação do historiador, e o campo de informação é, por um lado, ilimitado e, por outro, limitado pelo estudo das fontes” ⁽²⁾.

E mais o permanente risco e os desafios constantes de que a cobertura historiográfica não possa conter a abrangência do campo histórico, gerando as falácias da historiologia, de onde despontam os “silêncios da história”.

Vale concluir, nesta resenha sumária da ampla problemática metodológica, que os outrora limites formais da história estão ou devem ser rompidos, porque a convergência mais ampla e lúcida sobre o objeto material requer uma visão interdisciplinar mais abrangente, quando a visão do historiador se alarga e a História, visão e problematização adquirem seu maior significado.

No campo que ora versamos deter-me-ia em dois pontos básicos destacados por PIERRE VILLAR ⁽³⁾: primeiro, a substituição dos mecanismos

(1) LE GOFF, J., NORA, P. e outros. *Fazer História* — 1 — Novos Problemas e 2 — Novas Contribuições. Lisboa, Bertrand, 1977 e 1981, mais — Certeau, Michel de. *A Escrita da História*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.

(2) LIMA VAZ, Henrique C. de *Escritos de Filosofia* — II — Ética e Cultura. São Paulo, Loyola, 1988, p. 234.

(3) VILLAR, P. “L’*histoire après Marx*”, *Revue de l’Enseignement supérieur*, 1969, nº 44-45.

da sucessão dos acontecimentos pela dinâmica das estruturas e, segundo, a recusa de todo e qualquer corte, de toda e qualquer compartimentação entre os vários setores da história.

No interregno de pesquisa mais abrangente que nos propusemos (História Constitucional do Brasil), pareceu-nos válido o trabalho preliminar do estudo metodológico, pelas carências que viemos constatando, quando o factual surge dominante e as compreensões mais copiosas ressaltam pontilhadas de problemas, cujo repensamento só poderá enriquecer essa ordem de estudos, de singular importância e mais relegados aos pródromos introdutórios dos comentários constitucionais.

2. *Evolução constitucional — Aspectos cíclicos*

A dicotomia centralismo x descentralismo político marca a linha histórica evolutiva do nosso sistema constitucional.

Nos tempos pregressos à nossa emancipação política, no período colonial, capitanias e governos gerais não foram senão os primórdios do grande processo colonial português de preservação da unidade colonial, os impulsos de centralização e descentralização, o embate das forças “centrípetas” convergentes com as “centrífugas” de fragmentação, como bem analisou OLIVEIRA VIANNA (4).

Foi o que não aconteceu ao império colonial espanhol, quando se sobrelevaram as forças centrífugas, transformando-o em “estilhaços de um império” (5).

Nossa primeira Constituição, a “Constituição do Império” (1824) seguiu as linhas da “matriz constitucional francesa” (1791), configurando-se como eminentemente centralizadora. O governo central era o centro irradiador do poder que, num Estado unitário, criou as condições de preservação da nossa unidade nacional e regeu os destinos do País durante 65 anos.

A extensão territorial e a dispersão geográfica fizeram do Município a semente embrionária de um poder nascente, que no evolver dos tempos solidarizaria os fundamentos maiores do poder popular. Como sintetizou PEDRO CALMON: “O Império foi fundado com o voto e apoio das Câmaras Municipais” (6).

(4) OLIVEIRA, Vianna. F. J. *Evolução do Povo Brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro, J. Olympio, 1956, pp. 257-309.

(5) LACOMBE, Américo Jacobina. *Resumo da História do Brasil*. 3ª ed. São Paulo, CEN, 1977, p. 20.

(6) CALMON, P. *História Social do Brasil*. 3ª ed. São Paulo, CEN, s.d., 2º tomo, p. 236.

Os impulsos descentralizadores constituem a nota dominante desde a abdicação de D. Pedro, podendo remontar à Revolução de 1831”.

Como observa P. CALMON: “Abre-se em 1831 a época de idealismo federativo. Calam-se as vozes que defendiam a tradição das Câmaras robustas, do municipalismo vigoroso e democrático; agora, contra a centralização imperial, se levanta a idéia da *província soberana* (nosso o grifo). Os exemplos dos Estados Unidos e do Rio da Prata arrastam os liberais” (7).

O Manifesto Republicano de 1870 mostra-se taxativo quanto à autonomia provincial, imprimindo ao nosso federalismo as feições de descentralização. Estabelece-se uma confusão terminológica e conceitual entre Estados “autônomos” e “soberanos”, ao ponto de o Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, proclamar em seu art. 3.º: “Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima *soberania* (grifo nosso), etc.”

O federalismo republicano adquire no Brasil o sentido de descentralização, voltado para os Estados (Províncias), tendo muitos buscado no modelo norte-americano as bases da nossa estrutura institucional.

Ocorre que essa evolução histórica nos rumos do federalismo se dera em oposição. Na América foram 13 Estados soberanos que se uniram numa Confederação e, após, evoluíram para uma Federação. No Brasil o federalismo caminhou em sentido oposto, da fragmentação de um Estado unitário, e o que se viu foi a transferência do poder central para o mandonismo periférico (8).

Foi nessa perspectiva histórica da evolução constitucional que emergiu o republicanismo federal, cujo ideário básico está consubstanciado na Constituição Republicana, de 25 de fevereiro de 1891.

A contraposição ao unitarismo pontilha todo o processo constituinte (9).

“Procurava-se confessadamente preparar a futura independência dos Estados; e se não fosse a resistência de um grupo de patriotas, mais brasileiros que baianos ou paranaenses ou pernambucanos, talvez a onda destruidora houvesse vencido. Rui Barbosa deu o grito de alarma contra o exagero do federalismo, definindo-o como ‘superexcitação mórbida’, co-

(7) CALMON, P. o.c., p. 237.

(8) Recomenda-se a leitura do livro de LUIZ TOLEDO MACHADO — *Formação do Brasil e Unidade Nacional*. São Paulo, Ibrasa, 1980.

(9) VJ. Annaes do Congresso Nacional Constituinte, 3 vols. (15 nov. 1890 a 26 fev. 1891).

mo um 'apetite desordenado e doentio' grassando na assembléia", como bem registrou Agenor de Roure (10).

O que se depreende das diversas manifestações e análises contidas nos "Annaes da Constituinte Republicana" é que se estabeleceu acirrado confronto entre a salvaguarda do unitarismo e a radicalização do federalismo, chegando alguns constituintes a aspirar um processo geral de descentralização.

Certos destaques dessas manifestações merecem referidos. O Deputado paulista Almeida Nogueira expende um toque sintomático:

"Parece que a Federação é menos fácil de organizar-se do que a República. A República foi feita em um dia; a Federação não se conseguiu ainda, talvez não se consiga em dois, em três ou mais anos" (11).

Serzedelo Correia fez um apelo à Constituinte no sentido de não sacrificar, por exagero de federalismo, os altos interesses da Pátria.

O constituinte Teodureto Souto combate igualmente o federalismo exagerado e destaca o pronunciamento do "digno representante do Paraná", Dr. Ubaldino Amaral, que teve a coragem de vir dizer: "A União não tem advogado; eu vou ser advogado da União" (12).

Apesar de a amplitude do campo histórico projetar à nossa frente toda uma complexa problemática, somos levados a limitar nossas inquirições aos objetivos ora propostos: os aspectos cíclicos essenciais dessa evolução.

Ao centralismo imperial refletido no unitarismo constitucional sucedeu o federalismo radical, descentralizador, que propiciou o fortalecimento das oligarquias estaduais, transformando a política nacional num mosaico de interesses fragmentários e ameaçando permanentemente a estabilidade da Nação.

Em 1824, pondera P. CALMON, "houvera excesso de unitarismo (imitação francesa); em 1889, exagero de federação (imitação americana)" (13).

(10) ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília, Senado Federal, 1979, vol. I, p. 12.

(11) *Anais*, vol. II, p. 5.

(12) *Anais*, anexo do vol. III, p. 5. AGENOR DE ROURE, o.c., vol. I, p. 53.

(13) CALMON, P. *Curso de Teoria Geral do Estado*. 6ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1964, p. 183.

Com o rompimento evolutivo constitucional decorrente da Revolução de 30, houve uma contramarcha do federalismo descentralizador.

A Constituição de 1934, nossa primeira "Constituição Social", remonta suas fontes à própria Constituição de 1891, ao corporativismo fascista, à Constituição da Espanha (1931), principalmente à Constituição Alemã de Weimar de 1919 e, ainda, a princípios sociais já acolhidos na Constituição mexicana de 1917.

Consagrava princípios do federalismo centralizador, sobretudo pela sua natureza presidencialista, privilegiando o Poder Executivo. Era a contraposição cíclica ao processo descentralizador de 1891.

Circunstâncias históricas da época deram-lhe curta duração. A Constituição do Estado Novo (1937) radicalizou o centralismo autoritário, pelo que esse perfil cíclico poderá englobar o conjunto das duas Constituições (1934/1937) como características do processo centralizador, contraposto ao perfil da Constituição Republicana de 1891, com o seu federalismo descentralizador.

Ao término da 2.^a Grande Guerra (1939/45) há ampla retomada do processo de reconstitucionalização. Entre 1946 e 1949 vinte e um países promulgaram suas Constituições fora da América Latina, oito inauguraram instituições novas ou reformaram a fundo as existentes, informa-nos AFONSO ARINOS (14).

Com o término da guerra dá-se a queda do Estado Novo, com Vargas, e veio a ser promulgada a Constituição de 1946, cujos moldes remontavam a 1891 e a 1934. Conservando seus aspectos sociais, propôs-se restaurar o federalismo, agora não "dualista" (como em 1891), mas o chamado "cooperativo" (na linha de 34).

No delineamento cíclico (centralização x descentralização política), há um salto histórico a destacar: a Constituição de 1946 veio restabelecer a linha municipalista que ficara ofuscada em 1891. Diz-se mesmo que desencadeou a "revolução municipalista" (15).

Vigorou ela cerca de 20 anos na diretriz geral de descentralização, até quando se deu a Revolução de 1964. Desse movimento resultou a Constituição de 1967, da qual a ampla Emenda de 1969 não desfigura o caráter centralizador, pelo que podemos englobá-las na referência à Constituição de 1967/69.

(14) Afonso ARINOS de Melo Franco. *Direito Constitucional*. 2.^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 127.

(15) CUNHA, F. Whitaker — *Direito Político Brasileiro (A Estrutura Constitucional)* — Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 47.

Mais uma vez se verifica o caráter cíclico da evolução histórico-constitucional do Brasil.

A tendência atual seria a retomada das características básicas descentralizadoras, fato de nossos dias com a novel Constituição de 5 de outubro de 1988.

Nesta síntese apresentativa dos perfis gerais de nossa evolução constitucional pode-se constatar seu caráter cíclico, que, partindo de 1824, se vem verificando até os nossos dias.

3. *As matrizes constitucionais — A matriz americana (1787)*

A evolução histórica da humanidade revela que as organizações sociais sempre estiveram sujeitas a uma imperiosidade de organização. Como todos os seres, o ser social possui necessariamente uma constituição. Do contrário, a desordem nessas comunidades primevas as condenaria à própria destruição.

O problema da emergência de forças direcionais fez-se presente; a questão de conduzir as atividades coletivas geradas do grupo e fundamentais à sua existência remonta ao mais recuado da História, quando poder e governo se põem como dos problemas básicos da constituição do grupo.

As atividades normatizadoras naturais e primitivas aos poucos se vão constituindo em um corpo formal de ordenamentos, modelando estruturas normativas que paulatinamente adquirem solidez e continuidade, as mais das vezes perpetuadas em documentos formais e duráveis.

Assim, as diferentes civilizações vieram elaborando, ao longo do tempo, certas formas próprias desses ordenamentos constitucionais, em que construções mais e melhor aprimoradas passavam a corresponder aos fins superiores a que visavam e se tornaram verdadeiras matrizes (modelos), onde os povos nascentes buscavam amoldar-se às suas necessidades, dentro das características próprias do seu caráter evolutivo.

Desse modo, no quadro geral do constitucionalismo a que estamos vinculados três matrizes constitucionais se impuseram: a *matriz inglesa*, a *matriz francesa* e a *matriz norte-americana* (16).

Vale referir que, enquanto o corpo doutrinário mais se vincula ao pensamento francês, a prática institucional é americana, mas suas origens tradicionais são inglesas.

(16) O estudo das "matrizes constitucionais" integra o campo de nossas pesquisas. Esperamos desenvolvê-lo e divulgá-lo oportunamente, englobando inclusive a "matriz socialista".

A mais ampla compreensão histórica vincula-se estreitamente a esses entendimentos. Problemas históricos como tais poderão encontrar respostas adequadas. Assim: por que essa defasagem de mais de um século na implantação do federalismo no Brasil? Por que moldamos nosso surgimento constitucional (1824) à matriz francesa e não à norte-americana (1787), que se impôs a todo o processo liberatório e institucional da América? Por que o federalismo mineiro (de 1891) retroage sensivelmente à matriz norte-americana?

A matriz norte-americana reveste-se de um significado próprio, desconhecido da Europa, e reflete as etapas de uma transformação secular. Lá, é uma conquista de poder pela reação da nobreza ou pelas lutas da classe popular contra a autoridade tradicional ou as classes privilegiadas. Aqui, o resultado das lutas de liberação colonial e o enfrentamento de um processo institucional novo, nascido de um ideário ilustrado, mas premido por forças e interesses contrapostos, cujo amálgama unitário se forjou na superação de antagonismos extremos, obstando os sérios riscos de processos de desagração.

Refere WARREN E. BURGER, Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, o sentido e a ciosidade dos 13 Estados sobre sua soberania. E narra que, quando George Washington tentou convencer uma parte das tropas de Nova Jersey a jurar obediência aos Estados Unidos, elas se recusaram a fazê-lo, sob o argumento de que "Nova Jersey é o nosso país" (17).

A formação histórica do constitucionalismo americano pode ser sintetizada: 13 colônias inglesas, tornadas independentes como 13 Estados soberanos uniram-se em *confederação* para defesa ingente de um processo de recolonização e, vitoriosas, evoluíram para a sua unidade federativa, através de um modelar trabalho constitucional (Constituição de 17 de setembro de 1787), que ainda hoje é considerado o processo criador do federalismo moderno, servindo de modelo institucional de todos os processos liberatórios, particularmente os da América (18).

A adesão aos ideais federalistas é a linha mestra na implantação da República brasileira, devendo-se a Rui Barbosa, principalmente, nossa estruturação constitucional básica segundo o modelo americano.

(17) WARREN E. BURGER — *Constituição Norte-Americana* — Revista de Direito Público Brasileiro — FGV — Ano XIX, nº 80:142-147.

(18) A literatura histórico-constitucional é ampla nessa área. Recomendáramos a lúcida síntese contida na "Breve História dos Estados Unidos", de A. NEVINS e H. S. COMAGER, São Paulo, Alfa-Omega, 1986, cap. 5.

4. *O Federalismo descentralizado — Os princípios constitucionais*

A implantação do federalismo no Brasil com o pacto constitucional de 1891 não obistou a dicotomia que se apresenta ao longo de nossa história, a contraposição centralismo-federalismo.

As reivindicações do ideário federalista puseram-se na linha de frente do movimento republicano.

Já o Manifesto Republicano de 1870, redigido por Quintino Bocaiúva, Saldanha Marinho e Salvador de Mendonça, centrava suas idéias no federalismo, com acentuado sentido de descentralização e ênfase à autonomia provincial, quando se contrapunha às origens históricas do federalismo norte-americano.

Enquanto nos Estados Unidos se buscava fortalecer os laços de uma claudicante confederação nascida das imposições de defesa anticolonialista, através do fortalecimento e integração dos 13 Estados emergentes, fundidos num governo nacional forte, em sentido oposto caminhava o nosso federalismo que, antes fragmentário e localista, visava à transferência do poder central para o mandonismo periférico.

“O federalismo, propiciando o excessivo fortalecimento das oligarquias estaduais, transformou a política nacional num mosaico de interesses fragmentários, geralmente antagônicos, a ameaçar a permanente e precária estabilidade da Nação” (19).

A força impositiva emanada da Constituição Americana (1787) e o ideário federalista vitorioso, que dela decorria, impregnavam todo o processo institucional em construção, no qual características próprias da nossa evolução histórica ficaram obscurecidas. Por outro lado, se nossas aspirações reclamavam um corpo de idéias próprias advindas de forças populares, estas não encontravam poder de afirmação e capacidade de captação suficientes para moldar os trabalhos constitucionais de modo mais adequado à nossa realidade.

Cabe referir que, dos duzentos e sessenta e oito membros da Constituinte Republicana, menos de uma centena e meia, apenas, provinham do Partido Republicano histórico, o que certamente se refletiu na falta de programas e ideologias definidas (20).

(19) MACHADO, Luiz Toledo. *Formação do Brasil e Unidade Nacional*. São Paulo, Ibrasa, 1980, p. 158.

(20) VJ. LEAL, Hamilton. *História das Instituições Políticas do Brasil*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1962, p. 387.

Foram sobretudo Rui Barbosa e Campos Sales que desenvolveram o melhor de seus esforços para impedir que o radicalismo federalista predominasse, com o sacrifício da União.

Três tendências básicas definiram-se no Congresso relativamente ao problema federativo: "Uns buscavam um círculo amplo de ação para os Estados, em franco detrimento da União; outros, numa melhor compreensão do problema nacional, advogavam o fortalecimento do poder central e, finalmente, um terceiro grupo, pequeno, é certo, inspirado no positivismo de Augusto Comte, pretendia organizásemos a República sob moldes de uma ditadura científica" (21).

A dominância do processo de autonomia, que o Governo Provisório designou como a "legítima soberania" (art. 3.º do Dec. n.º 1, de 15 de novembro de 1889), talvez tenha sido o primeiro equívoco que franqueou uma ordem de excessos federativos, que o próprio paladino dessas idéias se pôs a verberar veementemente: "Eis o que vem a ser a federação no Brasil. Eis no que dá, por fim, a *autonomia dos Estados*, esse princípio retumbante, mentiroso, vazio de vida como um sepulcro, a cuja superstição se está sacrificando a existência do país, o princípio de nossa nacionalidade, oferecida em pastos de cobiças intestinas, até que outras a venham devorar" (22).

Nenhum idealista e pugnador mais efetivo do federalismo do que Rui Barbosa; nenhum mais lúcido para perceber-lhe os excessos ou desvios; nenhum mais capaz e mais lutador para coibi-los.

A palavra autorizada de MIGUEL REALE traça-lhe o perfil de ação: "... no meio das perplexidades que assaltaram os primórdios da República, Rui representou um centro de equilíbrio, devido talvez à formação científico-positiva que desde os bancos acadêmicos, na Faculdade de Direito de São Paulo, viera se robustecendo em seu espírito, até a ruptura definitiva com o naturalismo de A. Comte e H. Spencer. Com efeito, o elaborador maior da Constituição de 91 teve de resistir a duas poderosas forças conjugadas: uma que visava a *concentração do poder*, representada pela ortodoxia comtiana dos partidários da 'ditadura positivista', da qual o *castilhismo* se tornou a expressão mais duradoura; e a outra, de dispersão do poder, nascida das pretensões de excessiva autonomia, em última análise, de soberania partilhada, reclamada pelas antigas províncias, pomposamente convertidas em Estados" (23).

(21) Id., ib., p. 395.

(22) RUI BARBOSA — *Estados Autônomos*, Jornal *Imprensa*, Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1898.

(23) MIGUEL REALE. *Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, nº 77 (jan./mar. 1983), p. 61.

Se havia então o propósito de adequar a estrutura federalista americana à construção de nossas instituições republicanas, não há outrossim como negar certos descaminhos e incompreensões histórico-constitucionais dessa busca de implantação do modelo exógeno.

Nos Estados Unidos (como na Alemanha, na Suíça) preexistiam Estados soberanos, unidos por uma agregação federal (federalismo por agregação), à qual o Estado federal veio superpor-se. Na nossa conjuntura histórica diferente, houve descentralização de um Estado unitário, que gerou um conjunto de Estados subpostos (federalismo por segregação). O espírito descentralizador, no primeiro caso, perdura como remanescência de sua formação soberana; no segundo caso (e é o nosso), os impulsos de autonomia agiram antes como elemento conturbador da estruturação institucional.

A organização dos Estados se contém em quase todos os capítulos da Constituição federal, uma vez que, constituídas a federação republicana e sua Lei Maior, os parâmetros estavam delineados.

O direito constitucional americano preconiza que, salvo o requisito de guardar a forma republicana, cada Estado adota a Constituição que entender, acorde com as origens históricas daquela federação. As antigas treze colônias tinham já suas instituições ao tempo em que se formou a União ⁽²⁴⁾.

A Constituição de 1891 deixou de precisar melhor e com maior clareza a construção institucional do processo de autonomia, o que deu margem a disformidades conflitantes, questionáveis mesmo no campo da injuricidade.

As disposições específicas relativas à organização dos Estados estavam contidas nos arts. 71 e 72 do Projeto da Comissão do Governo Provisório ⁽²⁵⁾, revisto por Rui Barbosa (Decretos n.º 510, de 22 de junho, e n.º 914A, de 23 de outubro de 1890), onde foi consagrada a diretriz de que os Estados — “não contrariem os princípios constitucionais da União”. Este o texto básico da Emenda aprovada em 12 de janeiro de 1891, de autoria de Lauro Sodré e outros.

Analisando este preceito, Temístocles Cavalcanti comenta: “Sempre houve séria controvérsia em torno à determinação do que se deveria entender por ‘princípios constitucionais da União’ e que teriam de ser obedecidos obrigatoriamente pelos Estados” ⁽²⁶⁾.

(24) VJ. CASTRO NUNES, José de. *Do Estado Federado e sua Organização Municipal*. Rio de Janeiro, Leite Ribeiro, 1920, pp. 95 s.

(25) BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Comentários. 2ª ed. Rio de Janeiro, F. Briguet, 1924, p. 306.

(26) CAVALCANTI, Temístocles B. *A Constituição Federal Comentada*. 2ª ed., Rio de Janeiro, J. Konfino, 1951, vol. I, p. 185.

Comentando o mesmo dispositivo, Oswaldo Trigueiro, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, concluiu: "Impreciso e vago, o preceito se prestava a todas as interpretações..." (27).

Dentre os que melhor estudaram esse controverso entender e sobre ele escreveram, e é importante pela época, pela presença e ação nos acontecimentos de que participou, merece conhecido o pensamento de Amaro Cavalcanti: "... qualquer que fosse a esfera de ação pretendida pelos Estados, não só ficara subentendido que os direitos reconhecidos a cada um deles não podiam *ir além* ou *achar-se* em contradição com a sua *qualidade fundamental* de membros da Federação — como ainda, a própria disposição orgânica dos mesmos assim o haviam *advertido* nas palavras 'respeitados os princípios constitucionais da União'" (28).

Pelo que se conclui desta tentativa de análise histórico-institucional, o federalismo foi o componente motriz básico para a instituição da República, mas gerou um subproduto que ameaçou mesmo comprometer a grande obra unitária do Império. O federalismo descentralizador incorreu em descaminhos e até em excessos, pelo que nossa evolução republicana federativa pode ser considerada como instituída em duas fases distintas — a primeira, logo com a República Federativa de 1891, e a segunda nascida do enfrentamento de situações adversas da nossa estrutura própria com as gradativas conquistas sobre processos dissociativos, de que a união nacional renasce fortalecida e cujo tempo histórico pode ser posicionado entre a Revolução de 30 e a Constituição de 1934.

5. O Federalismo mineiro. Conclusões

Dentro do quadro histórico geral mais amplo é que se há de buscar a construção institucional das unidades integrantes da Federação, os Estados.

Para esta ordem de estudos que procuramos enfocar, tratando especificamente do federalismo implantado em Minas (1889-1891), de que resultou nossa primeira Constituição Política (de 15 de junho de 1891), os trabalhos históricos padecem de sérias carências documentais primárias.

As construções pioneiras despontam nos trabalhos de dois professores ilustres: Alberto de Lima Vieira ("O Bicameralismo em Minas Gerais", publicado pelo Instituto de Direito Público da Faculdade de Direito da UMG — Caderno de Pesquisa n.º 7, Tomo II, 1963) e Silveira Neto com suas "Instituições Republicanas Mineiras" (Belo Horizonte, Lemí/FDUMG, 1978).

(27) TRIGUEIRO, Oswaldo, *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 71.

(28) CAVALCANTI, Amaro. *O Regimen Federativo e a República Brasileira*. Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1900, p. 172.

A fonte primária essencial se encontra nos Anais do Congresso Constituinte do Estado de Minas Gerais — 1891, Ouro Preto, Imprensa Oficial, 1896. E, mais, em publicações parciais encontradas no Arquivo Público Mineiro e jornais da época.

Os “Anais do Congresso Constituinte — 1891” (a que nos referimos como *Anais*) apresentam lacunas de registro, com a falta de transcrição de importantes pronunciamentos, anotado apenas “Não temos o seu discurso” (29).

A partir de uma visão mais ampla do federalismo e de sua implantação republicana, hauridos de nossos mestres maiores, julgamos possível a abordagem de certas linhas diretrizes conclusivas, reportando-nos sobretudo nos Anais do Congresso Constituinte do Estado de Minas Gerais (1891), no confronto com os antecedentes que tentamos esboçar.

Tal como em outras unidades da Federação, a falta de ordenamento melhor explicitados, a ambigüidade de conceitos e a ausência de parâmetros delineadores, foram causa de discutíveis, senão injurídicas construções constitucionais.

Assim é que: “Todos os Estados adotaram suas Constituições declarando-se membros componentes da Federação e modelando-as pela Carta da União, com a tríplice divisão de poderes; dizendo-se alguns — *soberanos* (Bahia, Piauí, São Paulo), *autônomos* e *soberanos* ou *autônomos* e *independentes* (Espírito Santo e Goiás), *livres* e *autônomos* (Alagoas e Sergipe), aludindo outros à *soberania do povo* ou à *soberania do Estado* (Minas Gerais e Rio de Janeiro). Os demais se disseram simplesmente autônomos (30).

O que se constata na Constituinte Mineira (1891) é que ela trabalhou sobre três anteprojetos: o apresentado pelo Governo (*Anais* — pp. 70/80), o do Dr. Augusto Clementino da Silva (*Anais* — p. 134), e o terceiro, original, de Olyntho Magalhães (*Anais* — pp. 46/47), este calcado no modelo suíço, preconizando a divisão do Estado em “cantões”, cada um com sua constituição (?) (*Anais* — art. 41, p. 51).

O que se depreende da leitura e análise das discussões das Sessões Ordinárias do Congresso Constituinte (foram 35 sessões, a primeira em 8 de abril de 1891 e a 35.ª em 15 de junho de 1891) é que se confrontaram federalistas exaltados e moderados, quando os interesses políticos provinciais se sobrepujaram aos bens maiores da União. E, mais (quer

(29) P. ex. — *Anais*, p. 123, e outros.

(30) CASTRO NUNES, José de. *Do Estado Federado e sua Organização Municipal*. Rio de Janeiro, Leite Ribeiro, 1920, p. 98.

parecer-nos), o idealismo e a competência de poucos foram comprometidos pelo despreparo e afoiteza de muitos.

Desde suas raízes históricas há nos longínquos e múltiplos municípios um nascedouro de poder emergente, surgido das necessidades e circunstâncias do isolacionismo da grande base territorial. O movimento liberatório que veio do alto e se institucionalizou na República privilegiou as províncias, ao modelo federal norte-americano, de ordem centralizadora, partindo da periferia para o centro.

A liberação se fez pelo rompimento das forças centrípetas do Império, geradoras de nossa unidade, na construção de um sistema federal contraposto ao americano, no qual as forças centrífugas, agindo no sentido da descentralização do vasto espaço unitário, franquearam mesmo às partes a condição de "soberanas". Tal fato veio a gerar grandes óbices à construção da novel federação e teve, mesmo, repercussões futuras, retardando de quase meio século a consolidação de uma unidade que já vinha de grandes vitórias travadas contra lutas de fragmentação.

Mais considerando a análise dos nossos particularismos, vale referir que a Constituição Federal embasava a autonomia dos municípios (art. 68). A Lei n.º 2, de 14 de setembro de 1891, art. 1.º, declara o distrito a base da organização administrativa⁽³¹⁾, o que levou o mestre João Camillo de Oliveira Torres⁽³²⁾ à discutível conclusão de que o princípio federativo foi levado até os distritos, opinião de Lima Vieira que partilhamos⁽³³⁾.

Mais uma vez, a quem refletir sobre os *Anais Constituintes* difícil se torna compreender a criação institucional esdrúxula de um Congresso, formado por uma *Câmara dos Deputados* e um *Senado* (art. 9.º, Constituição de 1891), questionando antes em termos históricos de nomenclatura que de teoria política.

A invocação de correntes doutrinárias francesas e a constante referência ao modelo estrutural americano como que relegaram a um plano menor a nossa estrutura própria da Carta de 1891.

Infere-se que o objetivo dos constituintes era organizar em Minas uma miniatura do Estado Federal e não, realmente, um Estado-membro integrante da Federação⁽³⁴⁾.

(31) Estado de Minas Gerais. *Coleção de Leis*. Ouro Preto, Imprensa Oficial, 1895, p. 4.

(32) OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. *História de Minas Gerais*. 3ª ed. Belo Horizonte, Lemi/INL, vol. 3, p. 1233.

(33) VIEIRA, Alberto de Lima, o.c., p. 92.

(34) VJ. SILVEIRA NETO, o.c., p. 58.

Numa ordem dominante de discussões políticas, três temas sobrelevaram na Constituinte: a dualidade de Câmaras, a organização municipal e a mudança da Capital.

A dualidade de Câmaras dividiu os debates, com a combativa oposição de David Campista, liderando Afonso Pena a corrente favorável. Mas ressalte-se o pronunciamento do Senador Antônio Carlos Ribeiro de Andrada:

“Os sustentadores de uma segunda Câmara têm neste Congresso argumentado mais de uma vez com as tradições, apelando para a república norte-americana, onde em todos os Estados nós vemos consagrado o princípio de dualidade de câmaras.”

“Para que, porém, Sr. Presidente, buscar em outros países instituições que não devemos transplantar para o nosso?”.

“Como já se disse neste Congresso, a dualidade de Câmaras justifica-se nos Estados Unidos, porque ela aí representa uma tradição.”

“Entre nós, porém, não há tradições” (35).

Importa referir que a Emenda n.º 1 do Congresso Constituinte é de Monte Razo e propõe a unidade do Poder Legislativo (36) como também a Emenda n.º 2, de David Campista (37).

Sobre “Congresso” como designativo do conjunto do Poder Legislativo, assinala-se que, desde a Lei de 12 de agosto de 1834 (o chamado Ato Adicional), os Conselhos Provinciais ascenderam a Assembléias Provinciais, com áreas de competência bastante amplas (art. 9.º).

Não se encontra uma explicação convincente e explícita da adoção dos designativos “Câmara dos Deputados” e “Senado”, de futuro chamado eufemisticamente “Senadinho”. A hipótese mais viável está no regresso a modelos institucionais exógenos e na tentativa política de configurar-se o Poder Legislativo estadual ao modelo federal. Nossa tradição apontava (Constituição de 1824, art. 9.º) e remontando mais ao Ato Adicional, para “Assembléia”, o que em seguida viria configurado taxativamente na Constituição de 34 (art. 19, I).

Se a designação — Presidente — provinha do Império (art. 165), o natural era que não fosse preferenciado na República, e sim — governa-

(35) *Anais*, p. 248.

(36) *Anais*, p. 89.

(37) *Anais*, p. 234.

dor. Assoma aqui uma curiosidade que pode ser mais do que tal: na 18.^a Sessão Ordinária Constituinte (de 22 de maio de 1891) registra-se o pronunciamento do Senador GOMES VALLADÃO. "O presidente, Governador do Estado, será um poder forte, fortíssimo" (38).

Estas, dentre outras imprecisões designativas, podem acobertar ou revelar falências de capacitações ou manipulações políticas de interesses dirigidos, tanto quanto se nos queiram acusar de cúmplices ou vítimas de lamentável carência documental.

Tal problemática não ficou adstrita a Minas, como demonstra a palavra lúcida e autorizada de AMARO CAVALCANTI: "O Poder Legislativo é confiado, em 14 Estados, a uma só Câmara, sob denominação idêntica ou diferente, — e nos seis restantes a duas, a Câmara de Deputados e o Senado (Pará, Pernambuco, Alagoas, Bahia, Minas Gerais e São Paulo).

O Poder Executivo é individualizado, sob o título de Presidente ou Governador de Estado (10 de Presidente e 10 de Governador) (39).

Penetrada de história política, como é esta fase de construção federativa, competirá descortinar as áreas de relação entre os acontecimentos e decisões e as estruturas que contribuirão para compreendê-las e explicá-las nas suas repercussões. É neste ponto que as pesquisas se engajam em rumos metodológicos capazes de suprir os "vazios da história".

Valho-me das abalizadas expressões de Afonso Arinos para este trabalho enfeixar: "Deixemos, assim, este detestável otimismo propagandista e laudatório e reconheçamos que só quando se conhece Minas e o Brasil nas suas verdades, isto é, nas suas vitórias e fracassos, é que se pode querer bem a um e à outra. Um querer bem viril, repousado e diligente, feito de luz intelectual e de ternura, diferente do apego histórico, vazio, vaidoso dos que pretendem amar sem conhecer" (40).

Nota: Muito devo ao enriquecimento e melhoria deste trabalho aos mestres e companheiros Professores JOSÉ MENDONÇA e ANIS JOSÉ LEAO.

(38) *Anais*, p. 251.

(39) CAVALCANTI, Amaro. *Regimen Federativo e a República Brasileira*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900, p. 174.

(40) MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Terra do Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1939, p. 235.

A Revolução Francesa e o princípio da responsabilidade

ROBERTO DE ALBUQUERQUE

Estudante de Direito

A Revolução Francesa rompeu com tradições que impediam o surgimento de uma sociedade de homens livres e iguais. Utilizando-se de ideais de caráter universal que propagaram a soberania do povo, ela principiou um movimento histórico que iria construir o conceito moderno de cidadania. Buscas dos fundamentos da natureza das liberdades individuais do homem e dos seus direitos políticos ocuparam as atenções de uma nação que tinha tomado consciência de si mesma, transformando indivíduos em cidadãos, e levando-os a repudiar não somente a figura do opressor, mas a própria opressão. A sociedade francesa, como disse Tocqueville, em *O Antigo Regime e a Revolução*, encontrara um novo princípio unificador: o da liberdade e da igualdade em oposição àquele do arbítrio e do privilégio.

O espírito dos homens havia sido possuído aos poucos por idéias abstratas que concebiam um tipo ideal de organização política, onde a fonte de todo poder se originaria não mais da figura de um rei, mas do conjunto da população.

Sob este aspecto, o ideário da Revolução Francesa foi o resultado do trabalho de vários ideólogos, que puderam construir os fundamentos sobre os quais ela iria montar o seu modelo político. Montesquieu, no seu *Espírito das Leis*, estabeleceu que a desigualdade era a fonte do ódio social e que na democracia o povo seria monarca e súdito de si mesmo. O conceito de privilégio e o princípio da soberania do povo tinham sido esboçados por ele, sendo retomados, de uma forma ainda mais apaixonada, por Sieyès, em *O que é o Terceiro Estado?*, que acrescentaria que toda nação seria composta por indivíduos iguais e governados por uma lei comum instituída por seus representantes.

Partindo deste princípio, os conceitos relativos à natureza do homem, da nação e do Estado foram definidos de um modo mais claro, de forma

a excluir do poder aqueles que se diferenciavam do resto da população por seus direitos exclusivos: a aristocracia e a realeza.

O homem, enquanto cidadão, teve a sua existência vinculada à idéia de igualdade de condições e de oportunidades. Todos deveriam ter os mesmos direitos e deveres perante a lei; os direitos exclusivos, fontes dos privilégios, foram repudiados. Valores de ordem comum levariam estes cidadãos a formar a coletividade à qual chamou-se de nação, que, depositária da vontade geral, teve sua existência vinculada à soberania.

Ao conceito de pátria, utilizado em relação ao que era estrangeiro, sobrepôs-se este, de nação, estimulando o cidadão a mobilizar-se para a construção dos princípios legais e morais do seu país.

O Estado foi concebido como a conseqüência natural da necessidade da nação organizar um corpo de delegados, que seria encarregado de estruturar e gerir os negócios públicos.

Submisso à vontade da maioria, ele teria sua competência estritamente ligada à lei, que seria estabelecida pelos representantes eleitos pelo povo através do seu direito de sufrágio, como já preconizara Montesquieu, que defendera ainda a divisão tradicional das competências governamentais em três poderes — Executivo, Judiciário e Legislativo — para que melhor pudessem ser controladas suas atividades, o que seria inviável caso houvesse um poder unitário.

Durante todo o período revolucionário, graças à liberdade de imprensa assegurada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a população foi mantida informada sobre o que acontecia no panorama político francês, exercendo um forte controle sobre o exercício das funções públicas, que eram justificáveis perante os seus olhos caso se destinassem a patrocinar a justiça a todos os homens, dando-lhes o que mereciam segundo os seus méritos e suas capacidades. A imprensa transformava assuntos que antes eram de conhecimento exclusivo de uma elite dirigente em questões que suscitavam grandes debates nacionais. A publicidade dos atos do aparato estatal permitiu o surgimento de uma opinião pública informada, que assumiu o posto de inspetora do espírito público dos governantes. A vontade da nação encontrara, então, um meio de afirmação dinâmico e contínuo que levava ao enfraquecimento das disposições despóticas do governo.

A Revolução Francesa criou a dinâmica política, tal como a conhecemos, com um Estado democrático que passou a estabelecer sua base de sustentação e legitimação na virtude de seus agentes, e que, desprovido de meios autoritários para se impor, necessitava do apoio da população para sua própria sobrevivência.

Assegurar a eficácia contínua deste procedimento continua a ser um trabalho árduo, que requer um grau razoável de abstração por parte dos

ideólogos e outro grau, ainda mais acentuado, de mobilização dos maiores interessados pela funcionalidade da democracia, os cidadãos. É ponto pacífico que o poder de controle dos indivíduos sobre o Estado depende de uma fiscalização ininterrupta do exercício das atribuições dos cargos públicos, e que isto só pode acontecer se eles, cidadãos, estiverem informados sobre o que está acontecendo.

A liberdade de imprensa e o conceito de soberania do povo, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, formam o sustentáculo deste ideário, permitindo o reconhecimento de que o poder origina-se da população e de que, informada, ela pode exercer o controle das atividades do Estado em momentos diversos, que podem ser chamados de preventivo e repressivo. O povo deve inspecionar o andamento dos atos públicos, passo a passo, controlando as etapas que antecedem a definitiva realização de certo objetivo. Caso seja bem realizado este tipo de fiscalização, poucas seriam as irregularidades que escapariam e viriam a necessitar de medidas de caráter repressivo àqueles que arquitetaram o ato que feriu o interesse comum.

Para evitar que, à semelhança dos momentos mais apaixonados do período revolucionário, sejam tomadas decisões baseadas em emoções momentâneas produzidas pela manipulação da opinião pública, seria preciso que este controle dos negócios públicos fosse feito segundo regras legais estabelecidas anteriormente, e que ele tivesse como objeto atos que houvessem ferido os fundamentos da legislação vigente. A supervisão dos negócios públicos não pode ser feita a esmo, a nação tem o direito de compelir à observância do que já foi estabelecido.

Caso a sociedade passe a produzir novos entendimentos a respeito de determinados assuntos, seria necessário esperar-se que disposições legais maturassem este sentimento. Esta diferenciação oportuna pode evitar uma permanente desestabilização da ordem social e permitir que o povo exerça a sua soberania sob limites que tenham sido instituídos através dos seus representantes. Polêmicas como as que surgiram durante a Revolução Francesa em torno de questões que fugiam da análise do espírito público dos políticos, patrocinadas por homens como Marat, Hébert e Camille Desmoulins, seriam afastadas e a imprensa poderia assumir o posto de inspetora da legitimidade do poder e não de manipuladora das paixões públicas.

O respeito dos agentes públicos e políticos à vontade geral deve ser medido pela observância dispensada ao que é vinculado pela legislação, por ser ela a materialização do interesse comum.

Partindo deste princípio, de que todo ato da administração deve respeitar a lei em si mesma e o próprio espírito do direito, que nunca apontará para a proteção dos interesses individuais ou grupais, podemos ver com clareza que ao direito de governar corresponde o dever de observar

o que é legal. A fiscalização desta obrigação só pode ser alcançada, como foi salientado, com a publicidade dos atos do Estado, o que assegura o pleno conhecimento por parte do cidadão do que é feito por seus agentes, dotando-os de argumentos para que se pronunciem acerca das irregularidades que vierem a ocorrer.

Estas anomalias aconteceriam, de forma menos abstrata, quando seus representantes não legissem em favor do interesse comum, ou quando aqueles que são encarregados de executar a vontade da maioria se dedicassem a utilizar suas atribuições para lesar a nação.

A medida que a coletividade fosse prejudicada, haveria a concessão imediata de um privilégio a determinado grupo ou indivíduo. Esta exceção, especialmente a de cunho corporativista, deve ser combatida com especial ardor no cerne do Estado, pois nenhum grupo pode fazer uso de qualquer instrumento para a obtenção de direitos que não forem aqueles assegurados a todos.

Estas especulações de pouco adiantariam caso só fosse permitido à população tomar conhecimento das irregularidades e a elas demonstrar os seus dissabores, através de revoltas ou do silêncio. A França sofreu bastante com manifestações violentas de repúdio ao governo durante a Revolução. Não havia procedimentos institucionais por meio dos quais a população pudesse se manifestar. Isto teria sido pedir muito... os homens daquela época tinham consagrado os princípios da soberania do povo, ficaria a cargo dos homens que viessem depois conservarem-se fiéis àqueles ideais, concebendo-lhes os meios legais que efetivassem a sua materialização numa ordem institucionalmente organizada.

A concepção da maneira eficaz de compelir os servidores da nação a obedecer a vontade soberana do povo é essencial à sobrevivência do modelo democrático. Um ponto de partida para a construção deste conceito pode ser a lembrança de que, em qualquer relação empregado-empregador, é facultado a este não apenas tomar conhecimento do que é feito por seus subordinados, mas ainda tomar medidas no sentido de repreendê-lo, sendo a demissão a punição máxima. De maneira análoga, podemos imaginar a necessidade que a população tem de possuir um procedimento legal que possa lhe facultar a possibilidade de se desembaraçar dos seus agentes que não estiverem cumprindo com as suas atribuições. Nenhum cargo público é soberano. Soberana é a nação, e nenhum indivíduo pode fazer uso da competência e dos poderes, que lhe foram atribuídos, para lesar à nação.

A destituição do agente político seria a medida exata àquele que gerir a coisa pública em seu benefício ou de outrem. A lei é clara e não permite que se tente elaborar normas, julgar ou executar quaisquer disposições com

vistas a ir contra o interesse geral. Os abusos do agente público devem ser pagos com a mesma moeda: a sua dispensa do serviço seja por inoperância ou amoralidade no exercício das suas funções. Uma rotatividade de funcionários, acarretada pela falta de espírito público de alguns, seria algo de salutar e benéfico à nação, estimulando o exercício do senso de justiça da população, que passaria a analisar os atos da administração pública sob um prisma legalista, que implicaria a concessão aos governados e aos governantes daquilo que lhes é de direito.

A eleição dos agentes políticos e a nomeação dos agentes públicos não pode ser uma outorga de um mandato potestativo, o que equivaleria à obtenção de um privilégio. Todo funcionário deve conduzir-se de acordo com o que a lei estabelecer em relação às suas atribuições. Estas considerações nunca surgiram nem surgirão espontaneamente no cerne de nenhuma administração pública. É preciso que os indivíduos reconheçam que o espírito público será sempre um resultado da inspeção das atividades do Estado realizada por uma população informada e articulada, que saiba pressionar, compelindo seus agentes a observarem o que é justo.

Nenhum Estado de Direito concebe a presença de direitos exclusivos, a submissão de todos perante a lei deve ser caracterizada pela mais estrita igualdade, e deve ser facultada ao povo a legítima destituição ou dispensa daqueles que não lhe são úteis na forma da lei.

Com isto seria dado um passo definitivo em direção à associação do papel da administração pública com a sua sujeição aos interesses comuns. O desligamento dos agentes, que se mostrarem indignos da confiança que a população lhes dispensou ao empregá-los, é o meio da sociedade proteger-se do arbítrio de uma máquina estatal que pode lesar os interesses dos cidadãos não apenas por ações positivas, como por ações negativas, por meio do descaso e ineficiência, sendo portanto justa e merecida a sanção legal que seria dirigida a todo aquele que se conduzisse contra o que for legitimamente esperado deles.

Todos os poderes, como aqueles encarregados de efetivar suas atribuições, devem buscar esta legitimidade no bem que proporcionam à comunidade. Nenhum poder é soberano, soberana é a cidadania. É a população que deve moldar o Estado e não o contrário. A eficiência e a produtividade no exercício das funções públicas atribuídas aos agentes pelo povo deve ser a medida da atividade de todo funcionário, e a luta pelo império do interesse comum o seu único objetivo.

Nenhum cargo ou função é patrimônio de determinado indivíduo ou grupo; estes postos sobrevivem às pessoas que os ocupam, sendo portanto incumbências que a nação conferiu a certos indivíduos em observância aos

seus méritos, para que pudessem melhor realizar o bem de todos. Caso a habilidade destes cidadãos for usada com o intento de fraudar a lei, deverão ser punidos e afastados do exercício dos negócios públicos, para que estes não sejam prejudicados ainda mais.

Tocqueville advertiu para a possibilidade dos altos funcionários da administração pública se tornarem uma nova casta. Isto aconteceria caso a competência de cada um não possa ser associada a um dever, e este dever a uma obrigação legal passível de acarretar a imposição de uma pena, caso não seja observada. A liberdade e a segurança de um povo residem na servidão da administração à lei que for emanada da soberania popular.

Devendo ser o Estado o instrumento de toda nação para a promoção da justiça geral, e estando ela consubstanciada em lei que seja igual para todos, então o ato político ou administrativo que tenha ferido o interesse geral deverá acarretar punição imediata de quem o praticou, não por tribunais de exceção, salvo nos casos de ruptura revolucionária em defesa do bem comum, e sim por tribunais ordinários. A administração pública não pode ser dominada por uma oligarquia corporativista que se apodere do aparelho de Estado para defender seus interesses e ocultar suas mazelas, julgando aqueles que dela fazem parte por princípios que não sejam comuns a todos. Um controle mais acentuado das funções públicas só pode ser alcançado por supervisão e julgamento da nação através de meios previstos legalmente e que sejam do conhecimento de todos.

Esta verdadeira mística da soberania do povo e da sujeição do Estado à vontade da lei, ensaiada na Revolução Francesa, deve servir como base e inspiração para um civismo ativo que se dedique a fortalecer a sujeição da administração pública a um processo de legitimação de seus atos. De nada adiantaria possuir um Estado empreendedor que negligencie o domínio e a preponderância da lei sobre os seus negócios. É a vontade e o espírito da legislação de um povo que devem regular suas atividades e dizer sob que termos deve agir. As metas devem e precisam ser constituídas pelos membros da administração, mas elas precisam se encontrar sujeitas à observância dos mecanismos legais que neutralizarão tendências que possam favorecer o interesse individual ou grupal em detrimento do geral. É o procedimento legal que legitima os atos do governo. A Revolução Francesa utilizou a idéia concreta da soberania do povo sobre o Estado, ela deve ser aperfeiçoada e adaptada à atualidade sem o afastamento do seu objetivo inicial: assegurar aos particulares a sua proteção contra o arbítrio do Estado. A nação deve se firmar como protagonista no jogo do poder e isto poderá ser verificado à proporção que a idéia de cidadania seja incorporada ao consciente coletivo e o poder central seja encarado apenas como um instrumento para a realização dos fins da comunidade, e não como um fim em si mesmo.

Visibilidade de bem tombado

LUIZ VIANA QUEIROZ

Os bens de cultura imóveis são inseparáveis de sua moldura, arquitetônica ou natural, pois é ela fundamental para o seu destaque cultural. O bem e o seu sítio formam um todo.

Um imóvel urbano ou rural é um bem historicamente determinado. Sua preservação individual permite a apreensão de alguns de seus elementos, como os traços de seu projeto, os detalhes de seu revestimento ou os materiais e as técnicas nele utilizados. Mas, somente a sua situação especial é capaz de fornecer outros aspectos indispensáveis à notificação de seu processo vital, como sua *função urbana*, o interrelacionamento e evolução das técnicas e materiais usados e o contraste de partidos construtivos, dele e dos demais prédios localizados no mesmo território.

* Texto encaminhado ao Projeto de Pesquisa e Elaboração da Lei de Proteção aos Bens de Cultura do Estado da Bahia/IPAC.

Da mesma forma, a sua relevância artística está diretamente ligada ao resultado estético da sua inserção num conjunto paisagístico determinado e a possibilidade de sua fruição. A monumentalidade e beleza de um bem, por exemplo, evidenciam-se pela perspectiva que possui o seu observador: contornos, cores, equilíbrio espacial etc.

Todo bem imóvel é, portanto, do ponto de vista de sua preservação, múltiplo. A proteção envolverá o *bem propriamente dito* e a sua *moldura* ou *vizinhança*.

Normas técnicas e jurídicas têm refletido tal preocupação.

A Lei francesa n.º 62-824, de 21 de julho de 1962, alterando o art. 1.º da Lei de 31 de dezembro de 1913, estabelece que:

“Sont compris parmi les immeubles susceptibles d’être classés, aux terms de la présente loi:

1) ...

2) Les immeubles dont le classement est nécessaire pour isoler, dégager ou assainir um immeuble classé ou proposé pour le classement;

3) D’une façon générale, les immeubles nus ou bâtis situés dans *le champs de visibilité* d’un immeuble classé ou proposé pour le classement. Est considéré, pour l’application de la présente loi, comme étant situé dans le champs de visibilité d’un immeuble classé ou proposé pour le classement, tout autre immeuble nu ou bâti, visible du premier ou visible en même temps que lui, et situé dans um périmètre n’excédant pas 500 mètres.”

A legislação francesa considera de interesse público a proteção dos bens imóveis importantes para isolar, desobstruir ou sanear um imóvel tombado ou aqueles que estejam no seu campo de visibilidade, i.e., 500

metros. O importante é proteger o que os italianos chamam de “intorno” — em português: “em torno de”.

A lei federal brasileira, anterior à francesa, já percorrera o mesmo caminho em 1937, quando fixa que:

“Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe peça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se, neste caso, multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto” (art. 18 do DL n.º 25/37).

Sempre a mesma finalidade: a preservação da vizinhança do bem tombado, fundada em que a proteção do *imóvel em si* é insatisfatória e deficiente para uma compreensão global do objeto focalizado.

A norma brasileira foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, que lhe firmou o conteúdo, estipulando que a visibilidade de bem tombado não é apenas ótica, mas sim ambiental. Disse a Corte Suprema:

“O conceito de redução de visibilidade, para fins da Lei de Tombamento, é amplo, alcançando não só a tirada da vista da coisa tombada, como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilos arquitetônicos, e tudo mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra protegida” (*Revista de Direito Administrativo* n.º 2, p. 100).

Por conseguinte, ao se proteger a visibilidade do bem tombado salva-se não apenas a sua vista material — que sempre se verá limitada pelo caráter relativo da posição, acuidade ótica e perspectiva do observador —, mas, e principalmente, a sua ambiência natural e construída: aquilo que com ele forma um todo estético e funcional, objeto urbano que é,

integrante do desenvolvimento da cidade. Assim, o conceito de visibilidade engloba o de ambiência.

Medidas de proteção como estas têm sido incentivadas por organismos internacionais. É o caso do item 20 da recomendação da Unesco para a salvaguarda da beleza e caracteres de paisagens e sítios, adotada em Paris, a 11 de dezembro de 1962, na 12.ª sessão daquela:

“Isolated small sites, whether natural or urban, together with portions of a landscape of particular interest, should be scheduled. Areas which provide a fine view, and areas and buildings surrounding an outstanding monument should also be scheduled. Each of these scheduled sites, areas and buildings should be the subject of a special administrative decision of which the owner should be duly notified.”

Reunidos em congresso internacional, de 25 a 31 de maio de 1964, em Veneza, os arquitetos e técnicos de monumentos históricos aprovaram carta de princípios técnicos para restauração que respalda a noção de vizinhança adotada legalmente:

“A noção de monumento compreende não só a criação arquitetônica isolada, mas também a moldura em que ela é inserida. O monumento é inseparável do meio onde se encontra situado e, bem assim, da história da qual é testemunho. Reconhece-se, conseqüentemente, num valor monumental, tanto aos grandes conjuntos arquitetônicos quanto às obras modestas que adquiriram, no decorrer do tempo, significação cultural e humana” (Carta de Veneza).

Como se vê, reiteram-se propostas de regramento legal da vizinhança e visibilidade de bem de cultura imóvel. De comum possuem a intenção de proteger, além do imóvel isolado, tudo o que está em torno dele, conferindo-se à Administração Pública o poder de auferir a conveniência e oportunidade de intervenções naquela área que, dessa forma, individualiza-se enquanto objeto de proteção.

O renascimento da concessão e o sistema ferroviário

ARNOLDO WALD

Advogado — Professor catedrático de Direito
Civil da UERJ

Nas últimas duas décadas, com o crescente movimento de privatização e a falta de recursos do Estado para atender às necessidades crescentes das coletividades, ressurgiu, em vários países do mundo, e já agora, até como instituição plurinacional, a concessão de obras públicas, que, tendo origens remotas, foi, no século passado, o instrumento jurídico-econômico da revolução industrial, permitindo a realização de relevantes obras públicas, com recursos dos particulares e gestão da iniciativa privada.

Efetivamente, no mundo inteiro e, inclusive no Brasil, a concessão permitiu a construção da rede ferroviária, de inúmeros portos e canais, do sistema de comunicações telegráficas e telefônicas e do fornecimento de energia elétrica e de gás.

Ocorreu, todavia, que, após a Segunda Guerra Mundial, a estatização crescente da economia, as necessidades de atendimento pelo poder público de situações economicamente onerosas, como as linhas pouco rentáveis, as rápidas transformações sofridas pelo mundo e a incerteza decorrente para os investidores, a inflação e a vedação das cláusulas monetárias de salvaguarda fizeram com que a concessão de obra pública perdesse parte de sua importância, uma vez realizadas e amortizadas as obras que, graças a ela, puderam ser construídas no fim do século passado e no início do nosso.

Na realidade, os serviços públicos passaram a ser, na maioria dos casos, prestados pelo próprio Estado, diretamente ou por intermédio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e as concessões de obras públicas foram desaparecendo gradativamente em nosso país, com o decurso dos respectivos prazos de vigência e em virtude de algumas desapropriações de empresas concessionárias, que ocorreram na década de 1960.

Uma reação construtiva surgiu, todavia, a partir do momento em que se reconheceu a dificuldade de onipresença do Estado e se suscitou dúvidas quanto à sua capacidade de administrador eficiente, no plano industrial ou mesmo na prestação de serviços. Ao mesmo tempo, a falência das grandes megalópolis, como a cidade de Nova Iorque, e o déficit crescente do *welfare state* ensejaram uma mudança de posição do próprio Estado, que passou a delegar, ou mesmo a devolver, à iniciativa privada, funções que não constituíam atribuições necessárias ou indispensáveis do Poder Público.

A hipertrofia do Estado e a necessidade de reduzir as suas dimensões para assegurar-se maior eficiência nas suas áreas próprias e específicas de atuação foram reconhecidas, já há longos anos, nos Estados Unidos, por numerosos autores e homens de negócios, como, por exemplo, o antigo Secretário da Fazenda, William Simon, nas suas obras *A Time of Truth* e *A Time for Action* e, na França, por pensadores, sociólogos e economistas, como Jean François Revel (*Le rejet de l'État* e *El Estado Megalómano*), Pierre Rosanvallon (*La Crise de l'État Providence*), Guy Soeman (*L'État Minimum*), Michel Crozier (*État Modeste, État Moderne*) e pelo antigo Ministro da Fazenda daquele país, Edouard Balladur, em obra recente (*Je crois en l'homme plus qu'en L'État*).

A idéia básica que domina toda essa literatura e a política dominante, atualmente, tanto na maioria dos países europeus como nos Estados Unidos, consiste na maior delegação aos particulares de funções que, sem serem essenciais, foram, aos poucos, sendo avocados pelo Estado e por ele executados, direta ou indiretamente.

Ao lado da privatização e da descentralização, a transferência da exploração dos serviços públicos aos particulares e a atribuição aos mesmos da realização de obras públicas a serem por eles explorados, a fim de amortizar o investimento, constituem incontestáveis tendências do mundo contemporâneo. Em numerosas áreas, ao Estado não cabe atuar diretamente,

mas mandar fazer, a fim de reduzir custos e aumentar a eficiência e flexibilidade dos serviços, no próprio interesse da coletividade.

Justifica-se, assim, repensar a concessão de obra pública e reintroduzi-la como técnica jurídico-econômica válida e oportuna de gestão dos serviços públicos, pela qual a empresa privada realiza uma obra de interesse da coletividade, sendo remunerada pelos próprios usuários, numa fórmula de verdadeiro auto-financiamento, que tem sido recentemente desenvolvida e consagrada em várias legislações, como em seguida veremos.

As vantagens da concessão de obra pública são, entre outras, as seguintes:

- a) não exigem empréstimos públicos, nem oneram o *deficit* do país, ensejando a realização de uma obra, em tese, sem custo para o Estado;
- b) não dependem do crédito externo do país;
- c) a gestão privada do empreendimento e os riscos assumidos pelos promotores dos projetos criam uma maior flexibilidade e um clima de confiança que facilitam a obtenção do crédito e da participação dos investidores em geral e, especialmente, dos institucionais.

Em relatório referente ao financiamento de empresas privadas para execução de serviços e obras públicas, Bernard Dewe Mathews, diretor do grupo financeiro Schroeder, teve o ensejo de afirmar que, exemplos concretos e conhecidos de projetos desenvolvidos nestas bases (de concessão de obras) incluem na Europa, a Ligação do Canal da Mancha e uma nova travessia para carros no Rio Tâmis, em Dartford. Ambos serão construídos, financiados e administrados pelo setor privado. Outro exemplo é a travessia da ponte do *Leste em Hong Kong*. E muitos outros, ainda atualmente em fase de preparativos, incluindo o transporte de Massa Rápido de Singapura, o Metrô de Bangkok, uma segunda travessia de ponte em Sidnei; vários projetos de fornecimento de água, de eletricidade e projetos de estradas na Malásia, e de transporte e geração de energia na Turquia, assim como o projeto do trem de alta velocidade na Flórida.

O relatório esclarece que até recentemente, estes projetos teriam sido certamente financiados pelo Governo, através de proposta pública para o

contrato de construção. O que está em evidente contraste com o que está acontecendo atualmente, quando tais recursos podem ser fornecidos pelo setor privado sob o sistema de concessão, conferido pelo governo (através de concorrência ou negociação), para planejar, construir, financiar e administrar os meios por um determinado período de tempo. Esta situação proporciona às empreiteiras e aos financiadores, no mercado internacional, novos desafios e oportunidades, exigindo novos riscos e habilidades para superá-los.

O referido relatório, após ter salientado a importância crescente da privatização, em todos os países, nos quais se procura obter a eficiência decorrente dos lucros da comercialização e as vantagens fiscais, esclarece que já se ultrapassou a fase do contrato de entrega da obra pronta (*turnkey*), para exigir os projetos chamados de *BOT (Build, Operate, Transfer)*, cabendo assim, ao concessionário da obra pública construí-la, operar o serviço e, terminado o prazo contratual, continuar a explorá-lo, mediante novo contrato, ou entregar o serviço em bom estado ao Poder Público, ou a outro concessionário interessado em operar o empreendimento.

Entre as realizações mais recentes, que constituem o fruto da imaginação criadora das instituições privadas, em colaboração com o Poder Público, dando novo sentido à concessão no mundo hodierno, está o *eurotúnel* que vai ligar o continente europeu à Inglaterra, por baixo do Mancha, numa obra gigantesca que deverá ser realizada sem a utilização de recursos públicos. O eurotúnel constituirá uma obra autofinanciável, sendo um dos maiores projetos do século e tendo como base uma concessão a grupos privados, pelo prazo de 55 anos, em virtude de tratado que a França e a Inglaterra firmaram em 29-7-87. Devendo ser construído em sete anos, o túnel permitirá atravessar a Mancha em cerca de meia-hora, mediante duas vias construídas a 40 metros abaixo do solo. A obra está orçada, com os seus custos materiais e financeiros, em cerca de dez milhões de dólares e deverá ser construída e explorada por um consórcio franco-britânico composto por duas empresas, uma francesa e a outra inglesa, ambas com a mesma diretoria e o mesmo conselho de administração, sendo as suas ações vinculadas como "irmãos siameses", só podendo ser negociadas conjuntamente, de tal modo que os acionistas de ambas as empresas também serão necessariamente os mesmos.

Em seqüência ao projeto do eurotúnel, já estão sendo planejados as linhas de TGV que deverão unir Paris, Londres, Bruxelas e Colônia, ensejando, outrossim, sistemas especiais de conexões com as linhas aéreas. É possível que o sistema de concessão também seja utilizado no plano ferroviário em relação a este empreendimento que deverá terminar em 1993.

No direito brasileiro vigente, a concessão de serviço público é referida na Constituição, que obriga as empresas concessionárias a prestarem o serviço adequado, garantindo-lhes, em contrapartida, tarifas destinadas a assegurar a *justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços*, sujeitando-as, outrossim, à fiscalização permanente e impondo, ao poder concedente, a revisão periódica das tarifas para garantir o equilíbrio econômico e financeiro do empreendimento (art. 175 da Constituição Federal e art. 55 do DL 2.300, de 21-11-1986).

A Constituição prevê, outrossim, a elaboração de lei ordinária que disponha sobre o regime das empresas concessionárias de serviço público, mas essa lei, embora também já referida nas constituições anteriores, ainda não foi elaborada até o presente momento.

Existiram, todavia, sobre a matéria numerosos projetos que foram elaborados, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Legislativo, tendo os mesmos encontrado dificuldades de prosperar, em virtude da amplitude da matéria e do tratamento próprio aplicável aos diferentes tipos de concessão. Ainda em 1972, o Ministro Alfredo Buzaid solicitou uma minuta de anteprojeto, que foi elaborado, na ocasião, pelo Professor Temístocles Brandão Cavalcanti e, posteriormente, revisto pelo Professor Hely Lopes Meirelles, mas que não tratou de modo específico da concessão de obra, que é mais abrangente do que a concessão de serviço público, pois engloba não só a realização do serviço, mas também a construção das obras, o que pressupõe uma fixação de tarifas, que possa atender, simultaneamente, aos custos da construção e da manutenção, assim como aos encargos financeiros e a amortização do capital investido.

Em áreas específicas, tivemos uma legislação especial em matéria de concessão de serviços públicos, como ocorreu no tocante às águas e às telecomunicações, mas as normas vigentes não chegaram a estabelecer um sis-

tema geral de garantias adequadas para a atribuição de direitos e responsabilidades aos concessionários de obras. O que aconteceu foi que, praticamente, em todas as concessões ou, ao menos, na maioria substancial das mesmas, o concessionário passou a ser uma sociedade de economia mista ou uma empresa controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado ou pela União Federal.

No tocante às concessões de obras, não havia legislação específica no plano federal até o ano passado, existindo, todavia, normas estaduais, que tratavam da matéria, como o Decreto-Lei paulista n.º 5, de 6-3-69, e a Lei estadual paulista n.º 95, de 29-12-72, que autorizaram a concessão de obras em favor do DERSA e de terceiros.

Pelo Decreto federal n.º 94.002, de 4 de fevereiro de 1987, ficou reformulada a concessão de obra no plano nacional, permitindo-se a sua utilização ampla no tocante às obras rodoviárias, mas podendo a mesma técnica ser estendida a outros tipos de atividade, no interesse público.

É importante que seja elaborada uma legislação específica sobre a matéria, destacando-se a concessão da obra da simples concessão do serviço público, fixando os princípios aplicáveis na matéria e conciliando os interesses públicos e privados na realização de grandes obras sob essa forma.

Na realidade, todos os serviços públicos que não estejam estreitamente vinculados à segurança nacional podem ser objeto de concessão. Do ponto de vista prático, a concessão de obra pode abranger os serviços públicos que sejam suscetíveis de ensejar a geração de tarifas adequadas, para, em médio ou longo prazo, garantir o auto-financiamento do empreendimento. Assim, as concessões podem abranger, entre outras tantas atividades, numa menção meramente exemplificativa, as seguintes:

a) a construção e exploração de estradas, ferrovias, portos, aeroportos, silos, armazéns gerais etc.;

b) a construção e exploração de instalações hidráulicas, de usinas de geração e linhas de transmissão de eletricidade, plantas para tratamento de água, tratamento de lixo etc.;

c) a construção e exploração de redes e estações de telecomunicações;

- d) a construção e exploração de hospitais e serviços comunitários;
- e) as obras de valorização de terras, inclusive de irrigação;
- f) a recuperação de alojamentos;
- g) os projetos de energia solar.

A conversão da dívida pode, eventualmente, ser utilizada, a fim de permitir a criação de empresa concessionária, que realizem os grandes projetos de obras públicas do governo, desde que seja assegurada a rentabilidade dos mesmos. Para tanto, algumas pequenas modificações legislativas e regulamentares seriam necessárias ou oportunas e facilitariam a drenagem dos recursos externos para este fim. Em determinadas hipóteses, a utilização da concessão pura se torna difícil por falta de rentabilidade imediata da operação ou por ser lenta a amortização do capital. Caberia, em tais casos, encontrar uma formulação mais sofisticada, a fim de evitar que as obras tenham que ser realizadas com recursos orçamentários ou por sociedades de economia mista, aumentando sempre o *deficit público* e a ingerência do Estado na sociedade.

Considerando-se que a concessão se aproxima do financiamento de um projeto, com a qual tem analogias, há hipóteses em que o projeto não oferece necessariamente, ao banqueiro ou ao público investidor, todas as garantias que permitam o auto-financiamento, sem qualquer margem de risco. Em tais casos, soluções complementares podem ser examinadas e estudadas dentro do campo da flexibilidade, oferecendo-se um leque de opções, das quais destacamos as seguintes, que podem ser dadas pelo Estado:

- a) garantias específicas para um fim determinado como, por exemplo, a garantia de tráfico mínimo;
- b) garantia parcial das obrigações assumidas pelo concessionário ou adiamento de parte dos recursos ao mesmo, em empréstimo a longo prazo;
- c) garantia de eventual refinanciamento;
- d) medidas tributárias, como a isenção do tributo sobre debêntures colocadas no mercado, pelo concessionário, para pagamento a longo prazo, inspirando-se nos *tax exempt bonds* norte-americanos, que financiaram numerosos equipamentos públicos nos Estados Unidos, contando, inclusive,

em determinados casos, com a garantia, por parte das municipalidades, de todo o capital mutuado (*municipal bonds*) ou, tão-somente, da receita prevista pela empresa concessionária (*revenue bonds*).

Tem sido salientado, recentemente, que as opções clássicas do passado estão, muitas vezes, ultrapassadas por novas fórmulas. Assim, o dilema tradicional para a realização de grandes obras era a escolha entre a sua execução por uma empresa privada, com flexibilidade, mas sujeita à tributação e não podendo contar com certos apoios do Poder Público, ou por empresa pública (ou sociedade mista que, no Brasil neste setor, é no fundo, no plano econômico, uma empresa pública) que tem as facilidades fiscais e de utilização de eventuais recursos públicos, mas não as necessárias velocidade e maleabilidade de questão.

A concessão, na sua nova perspectiva, abre o caminho para fórmulas mais sofisticadas, que possam aliar a gestão privada, a utilização parcial de garantias e/ou recursos públicos, as eventuais isenções tributárias e o atendimento do interesse público, numa obra realizada, sob o comando de empresa nacional, com recursos oriundos das fontes as mais diversas, inclusive, eventualmente, a participação acionária não votante de capitais estrangeiros, decorrente da conversão.

No momento em que se verifica a necessidade de modernizar as nossas estradas de ferro, abrindo novas linhas que vão permitir a internacionalização da economia brasileira e o aumento substancial das nossas exportações e preços competitivos, cabe seguir o exemplo de outros países, realizando, mediante concessões, um investimento que pode ser amortizado em prazos que não alcançam vinte anos.

O caminho trilhado no caso da Ferroeste ligando Cascavel e Guaraçuva e abrindo caminho para o Porto de Parauaguá, e da Ferrovia Leste—Oeste de Cuiabá a Santa Fé, oferece um exemplo do que poderá ser feito no tocante ao trem Bala, que corresponderá ao TGV, devendo transportar os passageiros em duas horas e meia entre o Rio e São Paulo, e para a Ferrovia Norte—Sul, espinha dorsal do Projeto Brasil Central. Também nestes dois últimos casos, a concessão poderá ser o instrumento da retomada do desenvolvimento do País, mediante uma política ferroviária coerente, dinâmica e eficiente.

Arbitragem no Brasil: direito interno e direito internacional

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Macapá (AP), Professor Titular de Direito Internacional Público da União das Escolas Superiores do Estado do Pará (UNESPA), Pós-Graduando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Membro da Academia Paraense de Letras, Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Associação Brasileira de Direito Nuclear, Instituto dos Magistrados do Brasil, Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário e Ordem Nacional dos Escritores

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *Arbitragem: breve esboço histórico; cláusula compromissória e compromisso.*
3. *Contratos administrativos, inclusive o internacional; possibilidade da arbitragem nesses contratos; panorama da legislação brasileira.*
4. *Da executibilidade da decisão arbitral; o problema da dívida externa brasileira (ligeiro comentário).*
5. *Da necessidade da arbitragem; conclusão final.*
6. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

O que se pretende com o presente estudo é proceder à análise das possibilidades da prática da arbitragem no Brasil, à luz do direito interno nacional, e, de igual sorte, a posição brasileira, vista de forma sucinta, com relação à normação internacional existente.

Por corolário, inclui-se as possibilidades de o Estado (a União), os Estados-Membros da Federação e os Municípios puderem submeter-se a uma arbitragem no direito interno e a uma arbitragem internacional, à consideração de que podem celebrar contratos.

A matéria sobressai em importância sobretudo considerando-se a atual situação do endividamento externo brasileiro, — o maior no concerto das nações, — que se abordará, perfunctoriamente; em o item 4, *infra*.

2. Arbitragem: breve esboço histórico; cláusula compromissória e compromisso

A complexidade do tema impõe seja analisado sob diversos aspectos. Derivado do latim *arbitrator* (juiz, louvado, jurado), é imperioso, inicialmente, conceituar-se arbitragem, que é um instituto misto, porque, como ensina GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, é, a um só tempo, jurisdição e contrato (1), sendo um procedimento estipulado pelas partes, com rito por elas determinado, ou, na falta, suprido pela lei processual de sede do tribunal arbitral (2), fundando-se no acordo de vontade das partes que procuram obter a solução de um litígio ou de uma controvérsia (3).

Enquanto, no pretérito, as controvérsias entre Estados e empresas estrangeiras resolviam-se por processo judiciário, ou pela intervenção de outro Estado, dois fatores históricos, segundo JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, deram origem ao surgimento da arbitragem como forma de solução de conflitos entre esses entes: 1) “os inconvenientes de intervenção diplomática, em favor do nacional, que pretende ver sua pretensão acolhida pelo Estado estrangeiro”; e, 2) “o acesso do indivíduo aos tribunais internacionais” (4).

Historicamente, a arbitragem entre o Estado (ou seus agentes) e o particular surgiu no século XIX, superando-se, assim, os mecanismos clássicos da proteção do interesse privado na ordem internacional (proteção diplomática, tribunais judiciários internacionais tipo Corte Permanente de Justiça Internacional e Corte Internacional de Justiça, e comissões mistas e tribunais arbitrais mistos), passando-se a adotá-la, envolvendo, na quase

(1) SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1964, p. 26.

(2) SOARES, G. F. S. *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 20.

(3) MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Cláusula compromissória (direito internacional e direito interno)*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito* (Coordenação: Rubens Limongi França). São Paulo, Saraiva, 1977, v. 15, p. 7.

(4) MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na arbitragem privada*. São Paulo, Max Limonad, 1968, p. 33.

totalidade, países economicamente fracos, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, e empresas de grande porte, oriundas da Europa e dos Estados Unidos da América (EUA) (6).

Contudo, como assinala GUIDO SOARES, “no caso das arbitragens entre Estados e particulares estrangeiros, por maiores que sejam as tentativas de o Estado se apresentar como mero particular, ..., o que demonstra a prática dos últimos anos após a Segunda Guerra Mundial, é que a simples presença do Estado numa arbitragem, tem o dom de transformá-la num fenómeno que não pode ser regido pelas normas que regulam as relações corriqueiras entre particulares . . . submetidas a leis de Estados estrangeiros” (6).

O Brasil, por sua própria condição, não ficou ausente à realidade apontada pelos dois professores das Arcadas, e, “os contratos firmados pela União, por empresas públicas, ou pelos Estados-Membros da Federação, usualmente contém cláusula arbitral, geralmente inserida por insistência do contratante privado estrangeiro” (7), quicá porque, “o receio da empresa privada estrangeira de ver modificadas as normas ajustadas, por meio de alteração legislativa do Estado, é que fez nascer mecanismos contratuais estabelecendo a obrigação negativa do Estado de abster-se de exercer sua competência legislativa de forma a interferir com as normas pactuadas e a positiva de respeitá-las durante todo o curso do contrato” (8).

A arbitragem pode ser interna ou internacional. Na primeira, há incidência de um único sistema jurídico, e, na segunda, há o despedaçamento (do direito francês, “dépeçage”), que é o fenómeno pelo qual as partes são reguladas por leis diversas (9). Esse despedaçamento, aliás, está previsto na Convenção das Nações Unidas para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (Nova Iorque, 10-4-1958), da qual o Brasil não é parte.

A arbitragem decorre ou de cláusula compromissória, ou de compromisso. Segundo JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, a convenção arbitral

(5) MAGALHÃES, J. C. de. *Idem*, p. 18.

(6) SOARES, G. F. S. *O Supremo Tribunal Federal e as arbitragens comerciais internacionais: “de lege ferenda”*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., p. 49.

(7) MAGALHÃES, J. C. de. *Ob. cit.*, p. 65.

(8) MAGALHÃES, J. C. de. *Idem*, p. 76.

(9) Guido Soares identifica esses aspectos (“pedaços”): capacidade das partes, arbitrabilidade de um litígio, competências do(s) árbitro(s), procedimento arbitral, a lei material que regula o litígio, e a lei que regula a executoriedade da sentença (*Arbitragens comerciais internacionais no Brasil: vicissitudes*). São Paulo, s.c.p., s.d.p., pp. 9-11.

“é ato jurídico que obriga o Estado na esfera internacional, quando tem como parte indivíduo não submetido à sua ordem jurídica nacional”⁽¹⁰⁾. O compromisso objetiva, em síntese, pôr fim a um litígio atual⁽¹¹⁾, e a cláusula compromissória destina-se a solucionar um litígio eventual, futuro, que poderá ou não se realizar⁽¹²⁾, e se presta “para resolver por arbitragem quaisquer litígios ou outras questões não litigiosas de natureza disponível e negociável”⁽¹³⁾, embora, no Brasil, seja vista como simples obrigação de fazer (*pactum de contrahendo*)⁽¹⁴⁾.

“É a arbitragem, pois”, na lição do eminente Prof. VICENTE MARROTA RANGEL, membro da Corte Permanente de Arbitragem de Haia, “o processo de solução dos litígios internacionais por julgadores escolhidos pelas partes e investidos por elas do poder de proferir uma decisão juridicamente obrigatória”⁽¹⁵⁾, conceito que se transplanta para a solução extrajudiciária de litígios internos.

Examinar-se-á, tanto quanto possível, os dois tipos de arbitragem, sobretudo à luz do direito nacional, quanto à União, aos Estados-Membros e aos Municípios, sendo de ressaltar, de plano, que o uso da arbitragem é de grande valia nos negócios bancários e as multinacionais também a adotam “para evitar, politicamente, um risco maior”, como, oportunamente, lembra GEORGETTE NACARATO NAZO⁽¹⁶⁾.

3. *Contratos administrativos, inclusive o internacional; possibilidade da arbitragem nesses contratos; panorama da legislação brasileira*

Dentro desse contexto, imperioso destacar o problema dos contratos administrativos. Contrato é, segundo HELY LOPES MEIRELLES, “todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos”⁽¹⁷⁾, e, público ou privado, possui dois princípios,

(10) MAGALHAES, J. C. de. *Ob. cit.*, p. 129.

(11) MERCADANTE, A. de A. *Contribuição ao estudo da arbitragem comercial internacional: a convenção arbitral*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., Dissertação de Mestrado, p. 123.

(12) MERCADANTE, A. de A. *Idem*, p. 123.

(13) SOARES, G. F. S. *Arbitragens comerciais ...: vicissitudes cit.*, p. 28.

(14) N. sent.: SOARES, G. S. F. *Das imunidades ... cit.*, p. 27; e, *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 28; MAGALHAES, J. C. de & BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, pp. 10 e 21; MAGALHAES, J. C. de. *Ob. cit.*, pp. 68-9.

(15) RANGEL, Vicente Marotta. *Solução pacífica de controvérsias*. In: Curso de derecho internacional, XI. Washington, OEA, 1985, p. 42.

(16) NAZO, Georgette Nacarato. *Solução de contendas internacionais (o relacionamento internacional)*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., p. 18.

(17) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 187.

o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*), significando o primeiro a impossibilidade de alterar o convencionado, e o segundo obrigando as partes a cumprir o avençado e reciprocamente prometido⁽¹⁸⁾.

O contrato administrativo, por sua vez, é, na definição de CRETELLA JÚNIOR, "convenção celebrada entre uma administração pública e um particular ou outra administração pública, com fim de serviço público, e criadora de obrigações sinalagmáticas de direito público"⁽¹⁹⁾, e, nesses contratos, em geral, não se admite cláusula compromissória⁽²⁰⁾, porque, como anota HERMES MARCELO HUCK, a legislação brasileira veda a adoção da arbitragem nos contratos celebrados pela União e autarquias com pessoas físicas ou jurídicas no estrangeiro⁽²¹⁾.

Nesse derradeiro caso, tem-se o contrato internacional, que é aquele que apresenta ligações com mais de um sistema jurídico nacional, como opina BATTIFOL⁽²²⁾, e, pela doutrina clássica, com base no conceito de soberania, se entendia que o contrato estaria submetido sempre à lei do Estado estrangeiro, o que é, hoje, simples presunção, como adianta LUIZ OLAVO BAPTISTA⁽²³⁾.

No contrato internacional, mesmo naquele em que, de um lado, figure um Estado, de regra aparece a previsão do juízo arbitral, através de cláusula compromissória, ou, ulteriormente, no curso do negócio, ao advento de um

(18) Cf. MEIRELLES, H. L. *Idem*, p. 188. Magalhães destaca que, para o Estado no compromisso arbitral, deve-se observar o princípio *pacta sunt servanda*, abandonando a cláusula *rebus sic stantibus* (*Ob. cit.*, p. 76).

(19) CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Forense, 1971, p. 276.

Hely Lopes Meirelles define-o como "o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração" (*Ob. cit.*, pp. 188-9).

Bandeira de Mello, porém, entende que não existe contrato administrativo (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969, v. I, p. 611), apontando, entre outras razões, o fato de que, embora decorrente de acordo de vontades, seu regime jurídico é disposto unilateralmente pela Administração Pública. (*Idem*, p. 607).

(20) SOARES, G. F. S. *Arbitragens comerciais ...: vicissitudes cit.*, p. 28.

(21) HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado; aspectos de direito internacional*. São Paulo, Aquarela, 1989, p. 129.

(22) *Apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contrato de risco*. São Paulo, José Bus-hatsky, 1976, pp. 38-9.

(23) BAPTISTA, L. O. *Idem*, p. 45.

litígio, é celebrado um compromisso, como se apontou acima. Entretanto, embora o juízo arbitral seja “um dos fenômenos mais atuantes do mundo contemporâneo”, na doutrina do douto IRINEU STRENGER⁽²⁴⁾, há de se reconhecer que a arbitragem, na prática brasileira, e, na análise do mesmo internacionalista, “mal alcançou algum significado”⁽²⁵⁾, porque “é país doutrinariamente incipiente nessa matéria, pela falta de hábito e prática na utilização do instituto, embora se consigne, na sistemática processual, o juízo arbitral, como uma das modalidades da litigância”⁽²⁶⁾, como se abordará adiante.

Ressalte-se que “o Estado, ao firmar um contrato, não abdica nem renuncia a sua soberania, pelo contrário, a exerce objetivamente”⁽²⁷⁾, justo porque, ao celebrar o contrato internacional, está no exercício de sua soberania e, inquestionavelmente, há de se resguardar certos princípios de ordem pública, ou, como quer HELY LOPES MEIRELLES, “não é, portanto, nem o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do direito privado (obra, serviço, compra, alienação, locação), e a finalidade e o interesse público estarão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa, mas sim a participação da Administração derogando normas de direito privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público”⁽²⁸⁾, o que, por si só, bastaria para justificar a inclusão da cláusula compromissória, ou a permissão para a celebração do compromisso, afim de resguardar a outra parte do contrato.

É justamente essa a questão principal: saber da possibilidade de inserção de cláusula compromissória, ou de se admitir, no desenrolar do contrato, a celebração do compromisso arbitral.

Assinala Magalhães que, os contratos de empréstimos contraídos pela União, Estados-Membros, empresas públicas ou autarquias podem prever a instituição do juízo arbitral no exterior, porque não se revestem das características de contrato administrativo, sendo regulado pelo direito privado e o Estado não participa politicamente⁽²⁹⁾, sendo de por em evidência que, “no Brasil, contratos internacionais firmados pela União, por empresas públicas, ou pelos Estados-Membros da Federação, usualmente contém cláusula arbitral, geralmente inserida por insistência do contra-

(24) STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986, p. 197.

(25) STRENGER, I. *Idem*, p. 205.

(26) STRENGER, I. *Ibidem*, p. 198.

(27) HUCK, H. M. *Ob. cit.*, p. 24.

(28) MEIRELLES, H. L. *Ob. cit.*, p. 190.

(29) MAGALHAES, J. C. de. *Ob. cit.*, pp. 112-3.

tante privado estrangeiro" (30), como apontado *supra*. para garantia do ente privado alienígena.

Em diversos contratos internacionais, o Brasil acolheu a admissão do juízo arbitral. À guisa de exemplo, tem-se o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, de Genebra, de 24-9-1923 (31), e o Acordo de Garantias de Investimentos entre Brasil e EUA, de 6-2-1965 (32).

Também assim o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco, que é o contrato-padrão da Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRÁS), para exploração de petróleo, contendo cláusula arbitral no art. 23, 1. Em tais contratos de risco, "joint-ventures" na terminologia internacional (33), a atuação da PETROBRÁS se reveste das mesmas características da "National Iranian Oil Co." (NIOC), porque se trata de uma concessão, que é ato privativo do Estado (34), com a diferença de que a instituição iraniana "é muito mais um órgão estatal que uma sociedade anônima" (35). Doutrina LUIZ OLAVO BAPTISTA que, "na medida em que, executora do monopólio estatal da pesquisa e lavra do petróleo, a PETROBRÁS autorizar alguém, . . . , a proceder em seu lugar a pesquisas, perfurações ou extração de petróleo, dando a esse alguém, uma participação, . . . estará procedendo . . . a uma concessão, que será regulada por um contrato *sui generis* ou um acordo" (36).

Se essa é a situação da União, por si ou por entes de que detém o monopólio, também os Estados-Membros celebram acordo com cláusula arbitral, como o Acordo de Comunhão de Interesses entre o Estado de Minas Gerais e a empresa italiana Fiat S/A (cláusula 8.6).

No Brasil, o Decreto n.º 737, de 25-11-1850, previa solução de litígios entre comerciantes (particulares) pela via arbitral (arts. 411 e seguintes). Adiante, o Decreto n.º 3.900, de 1867, continha, no art. 9.º, cláusula de arbitragem referente a litígios futuros, mas, como lembra Irineu Stren-

(30) MAGALHAES, J. C. de. *Idem*, p. 65.

(31) Ratificado pelo Brasil a 15-12-1931, promulgado pelo Decreto nº 21.187, de 22-3-1932, e que Guido Soares considera "municipado" (*Arbitragem comercial internacional: o regulamento e a lei-modelo da UNCITRAL*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., p. 7), momentaneamente antes da existência de novos e mais perfeitos instrumentos internacionais, como a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, adotada pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (UNCTRAL, Viena, 12-6-1985), e o Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI, Paris).

(32) Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 69, de 15-7-1965, que prevê tribunal arbitral no art. IV, 4.

(33) Cf. BAPTISTA, L. O. *Ob. cit.*, p. 6.

(34) BAPTISTA, L. O. *Idem*, p. 30.

(35) BAPTISTA, L. O. *Ibidem*, p. 22.

(36) BAPTISTA, L. O. *Ibidem*, p. 31. O contrato de concessão é uma espécie do contrato administrativo, cf. Hely Lopes Meirelles (*Ob. cit.*, p. 243).

ger, não passava de mera promessa e foi abolida com o aparecimento do Código de Processo Civil (CPC) de 1939⁽³⁷⁾. O Regulamento Geral de Contabilidade Pública, aprovado pelo Decreto n.º 15.783, de 8-11-1922, suscitava dúvidas quanto à admissão da participação do Estado em arbitragens privadas⁽³⁸⁾, consoante a regra do art. 775, alínea “e”, que, para MAGALHAES, continua a vigor⁽³⁹⁾.

As normas vigentes no atual CPC, de 1973, inspirado no sistema italiano defendido por Enrico Liebman, cuidam do juízo arbitral nos arts. 1.072 a 1.102. Segundo STRENGER, pela jurisprudência predominante, a cláusula arbitral é de efeito nulo, ou, no máximo, obrigatória do ponto de vista civil⁽⁴⁰⁾, admitida a arbitragem apenas nas hipóteses expressamente referidas na lei adjetiva civil. A esse respeito, HAMILTON DE MORAES E BARROS, recordando Pontes de Miranda, afirma que, “o juízo arbitral aqui visado é para os processos civis. Não compreendendo os juízes arbitrais de Direito Público, isto é, os que se estabelecem de Estado para Estado ou com organismos supra-estatais”, e que, “o simples fato de figurar o Estado como parte num juízo arbitral não o transforma em juízo de Direito Público. Pode o Estado agir e disputar como um particular, caso em que a disciplina do juízo está toda neste CPC de 1973, menos quanto aos poderes para obrigar-se por compromisso do órgão estatal”⁽⁴¹⁾, os quais estão contidos no Decreto-Lei n.º 2.300/86, que será visto a seguir, como também em decisão do Excelso Pretório, no conhecido “caso Lage”, a qual, “tomada por unanimidade do plenário da mais alta Corte do país, afasta, no Brasil, qualquer dúvida quanto à possibilidade de a União submeter-se à arbitragem privada”⁽⁴²⁾.

(37) STRENGER, I. *Ob. cit.*, p. 207.

(38) MAGALHAES, J. C. de. *Ob. cit.*, p. 67.

(39) MAGALHAES, J. C. de. *Idem*, pp. 67-8, embora o art. 90, do Decreto-Lei n.º 2.300/86 revogue o Código de Contabilidade Pública na parte referente a licitações e contratos.

(40) STRENGER, I. *Ob. cit.*, p. 207.

(41) BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo, Forense, s.d.p., v. IX, p. 372.

(42) MAGALHAES, J. C. de. *Ob. cit.*, p. 109. O “caso Lage”, em resumo, pode ser assim descrito: a partir da edição do Decreto-Lei n.º 9.521, de 26-7-1946, foi instituído juízo arbitral para deliberar, em única instância, sem recurso, acerca de decretos-leis anteriores que incorporaram ao Patrimônio da União bens e direitos da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Proferido o laudo, e tendo ocorrido mudança de Governo, foi dado parecer, na órbita do Ministério da Fazenda, acerca da inconstitucionalidade do juízo arbitral. No então Tribunal Federal de Recursos, apreciando recurso interposto pela União, foi reconhecida a constitucionalidade da ação intentada pelos particulares. O Supremo Tribunal Federal, apreciando agravo regimental igualmente interposto pela União, decidiu pela capacidade do Brasil participar de arbitragem privada (v. a síntese do “caso Lage” in *Idem*, pp. 106-9).

Com o aparecimento do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-1986, alterado pelo Decreto-Lei n.º 2.348, de 24-8-1987, abriu-se um panorama até certo ponto novo para a adoção efetiva da arbitragem envolvendo entes estatais no Brasil. Aludido Decreto-Lei é de redação excessivamente complexa, com um sem número de remissões, sendo de difícil compreensão, tanto que GUIDO SOARES registra que “foi total a confusão mental e o baralhamento terminológico dos autores da referida lei denominada ‘Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos’” (43). O parágrafo único do art. 45 refere-se à arbitragem, *verbis*:

“Art. 45 — (*Omissis*).

Parágrafo único — Nos contratos celebrados pela União ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13 do artigo 25, *permitindo nesses casos o juízo arbitral*” (grifou-se).

O dispositivo, que contém cláusula de eleição de foro (o do Distrito Federal), prevê, como registra Magalhães, restrição que se refere apenas aos contratos administrativos (44), ante os termos expressos do § 13 do artigo 25, *verbis*:

“Art. 25 — (*Omissis*).

.....

§ 13 — O disposto no § 2.º do artigo 3.º, no § 10 do artigo 25, no § 1.º do artigo 26 e no *parágrafo único do artigo 45*, não se aplica às concorrências internacionais para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil faça parte, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República” (grifou-se).

E esses contratos administrativos regulam-se por suas cláusulas, pelos preceitos de direito público e, supletivamente, pelas disposições de direito privado, *ex vi* do artigo 44, *caput*, donde, segundo MAGALHÃES, “ter-se-á

(43) SOARES, G. F. S. *Arbitragens comerciais ...: vicissitudes cit.*, p. 28. As remissões são tão abusivamente freqüentes que o ilustre professor das Arcadas adianta que, “não se pode citar um único artigo do referido Estatuto, sem que haja um sem número de referências a outros artigos, que por sua vez se reportam a outros artigos, e assim indefinidamente, exigindo do intérprete uma verdadeira bússola e um mapa, a fim de orientar-se e não perder o fim da meada das disposições legislativas”. (*Idem*, p. 27).

(44) MAGALHÃES, J. C. de. *Ibidem*, p. 116.

vedado à União Federal, a participação em juízo arbitral, apenas e tão-somente, em questões reguladas em contratos administrativos que não se refiram à aquisição de bens ou serviços pagos com financiamento concedido por organismo internacional do qual o Brasil faça parte, ou à compra de equipamentos entregues no exterior" (45). Força notar, ainda, e que já se pinçou acima, a cláusula de eleição de foro, que será o do Distrito Federal, que, na doutrina de Guido Soares, se destina às "medidas coercitivas ou cautelares assecuratórias, que necessitem a instauração da intervenção do Poder Judiciário, com sua eventual coatividade frente a terceiros, inclusive o Estado" (46).

Ademais, pelo compromisso arbitral, fixa excluída a processualidade estatal, porque o CPC prevê a extinção do processo sem julgamento do mérito em casos que tais (art. 267, n.º VII).

4. *Da exequibilidade da decisão arbitral; o problema da dívida externa brasileira (ligeiro comentário)*

O problema maior, todavia, do procedimento arbitral, interno ou internacional, é quanto à homologação do laudo arbitral, que por si só não pode ser tornado efetivo, eis que a sentença homologatória é que é o título executivo judicial em nosso Direito, *ex vi* do art. 584, n.º III, do CPC. A sentença ou o laudo arbitral, assim, não é título executivo extrajudicial, eis que, na essência, é mais que um contrato, e menos que um título executivo extrajudicial, e muito menos que uma sentença judicial, só tendo efeito quando homologado (47).

Assim, há de se ter que o Estado (União) pode participar de uma arbitragem no direito interno, eis que assim prevê o CPC (48). De igual sorte, os Estados-Membros, e aqui importa ressaltar a utilidade do juízo arbitral também para questões que envolvam dois Estados-membros, v.g., em questões de fronteira, como o recente conflito entre os Estados do Acre e de Rondônia, ou para a efetiva delimitação de área contestada entre os Estados do Pará e do Amazonas (49).

A par disso, há de se ter possível a arbitragem entre Municípios, que seria o caminho indicado a solucionar questões frequentes em certas regiões

(45) MAGALHAES, J. C. de. *Ibidem*, p. 117. No mesmo sent.: SOARES, G. F. S. *Arbitragens comerciais ... vicissitudes cit.*, pp. 28-9.

(46) SOARES, G. F. S. *Idem*, p. 28.

(47) SOARES, G. F. S. *Ibidem*, p. 20.

(48) Interessante o caso entre a Companhia Siderúrgica Nacional e Batista Pereira, sobre exploração de usina de carvão, no Estado de Santa Catarina. (A respeito, v. STRENGER, I. *Ob. cit.*, p. 206).

(49) Igualmente é possível a arbitragem entre Estado-Membro e ente privado, como o caso *Dr. Werneck v. Estado de Minas Gerais*, sobre arrendamento de uma estação terminal. (A respeito, v. STRENGER, I. *Idem*, p. 206).

metropolitanas relativas à cobrança de impostos municipais (v.g., Imposto Predial e Territorial Urbano — IPTU, e Imposto sobre Serviços — ISS) por dois municípios, o que importa numa forma de bitributação do mesmo imóvel ou do mesmo serviço.

De outro lado, no âmbito internacional, a arbitragem não é apenas o meio viável, senão o mais indicado. Exemplifica-se com o caso da União na celebração de contrato, em 1983, entre o Banco Central do Brasil, com garantia do Tesouro Nacional, e um consórcio de bancos credores, liderados pelo Citibank N. A. (“Deposit Facility Agreement”), conhecido como “Acordo (ou “Projeto”) Dois”, cuja cláusula 8.08 prevê que, em caso de arbitragem, o tribunal será constituído por três árbitros, sendo que o terceiro (o super-árbitro) deverá ser membro da “Bar Association” de Nova York (EUA). Essa cláusula, verdadeiramente leonina pela exigência absurda que contém, acarretaria dificuldades para os credores do país. JACOB DOLINGER anota que processar o Brasil no foro estrangeiro importaria na possibilidade de não ser homologada a sentença pelo STF⁽⁵⁰⁾, e que processar o país na Justiça Federal brasileira contraria o art. 585, § 2.º do CPC⁽⁵¹⁾, que prevê, *verbis*:

“Art. 585 — (*Omissis*).

§ 1.º — (*Omissis*).

§ 2.º — Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de países estrangeiros. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação”, donde restaria a via ordinária aos credores⁽⁵²⁾.

Ademais, o “Acordo Dois”, tal como redigido, contraria o que há de mais indicado à solução arbitral, que é a previsão de que o árbitro (ou o super-árbitro) seja de nacionalidade diversa das partes⁽⁵³⁾, pelo que DOLINGER sugere que a questão da dívida externa brasileira pode ser resolvida por arbitragem independente, em país independente economicamente, e não credor do Brasil⁽⁵⁴⁾.

(50) DOLINGER, Jacob. *A dívida externa brasileira; solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1988, p. 108.

(51) DOLINGER, J. *Idem*, pp. 108-9.

(52) DOLINGER, J. *Ibidem*, p. 110.

(53) Esse o procedimento indicado na Lei-Modelo da UNCITRAL, art. 11, 5; nas regras da C.C.I., art. 2, 6; na Convenção sobre solução de diferenças relativas a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, do BIRD, de 18-III-1965, art. 38, *in fine*; e mesmo no Tratado Geral de Arbitramento Interamericano de 1929, art. 5º, adotado pelo Brasil e pelos EUA.

(54) DOLINGER, J. *Ob. cit.*, p. 165.

É indubitável, entretanto, que a questão da dívida externa dos países menos desenvolvidos necessita de uma análise demorada, minuciosa, específica, e, tanto quanto possível, isenta, sobretudo em dois aspectos básicos: o interno e o externo (ou internacional). Perfunctoriamente, quanto ao primeiro, Bernardo Kucinski e Sue Branford apontam três caminhos para os Governos dos Estados devedores: cortar os gastos públicos, imprimir dinheiro ou vender títulos do Tesouro rendendo juros aparentes⁽⁵⁵⁾. As duas últimas propostas não parecem indicadas. Ao cabo, poderão aumentar a inflação interna, gerando um verdadeiro caos social. A primeira é a mais apropriada. Essa medida, consoante a imprensa diária, vem sendo preconizada no Brasil. Contudo, ainda não se encontrou sua efetivação, permanecendo no mundo dos discursos, da retórica política. Sem dúvida, a redução dos gastos públicos importará no aumento da receita, na criação de novas fontes de renda, na ampliação da iniciativa privada, e, por corolário, no aumento de oferta de emprego e conseqüente redução do número de desempregados e subempregados.

Do ângulo externo, ou internacional (bi ou multilateral), o meio mais indicado para a solução da crise dos países devedores é o recurso à arbitragem como forma de solucionar os desentendimentos que ocorrem no relacionamento com os credores externos⁽⁵⁶⁾.

5. *Da necessidade da arbitragem; conclusão final*

Se é certo que, como aponta GUIDO SOARES, haveria razões para manter-se a jurisprudência dominante contrária à solução arbitral, porque o Decreto-Lei n.º 2.300/86 fala em "permitido o juízo arbitral", que, no Brasil, se institui somente através do compromisso⁽⁵⁷⁾, não é menos certa

(55) KUCINSKI, Bernardo & BRANFORD, Sue. *A ditadura da dívida*. São Paulo, Brasiliense, 1987, p. 43.

(56) Em artigo de fevereiro 1988, chamado "Os tratados acerca da dívida externa dos países em desenvolvimento", comentou-se as propostas de Kucinski e Branford quanto ao aspecto interno, e indicou-se a arbitragem como a solução extrajudiciária mais adequada no relacionamento externo. O artigo, contudo, permanece inédito.

Sobre a dívida externa dos países latino-americanos e sugestões a sua solução, v. SAMTLEBEN, Jürgen. *Cláusulas de jurisdicción y Legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados Latinoamericanos*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 26, nº 101, jan./mar., 1989, pp. 247-72.

A questão dos empréstimos franco-brasileiros, decidida pela C.P.J.I., a 12-6-1929, refoge ao tema do presente estudo, porque decisão judicial. (A respeito, v. RANGEL, Vicente Marotta. *Controvérsia de interesse do governo brasileiro julgada por tribunal internacional*. In: Problemas brasileiros. São Paulo, ano XVII, nº 192, out./1980, pp. 16-21).

(57) SOARES, G. F. S. *Arbitragens comerciais ...: vicissitudes cit.*, p. 29.

a necessidade da solução arbitral como a mais indicada a resolver os conflitos, daí Araminta Mercadante concluir que a União, os Estados-Membros e os Municípios, além do próprio Distrito Federal, ao contratarem com pessoas privadas, podem firmar convenção arbitral (58).

Igualmente, há de se admitir a possibilidade da arbitragem internacional entre Estados-Membros e particulares, da mesma forma que entre os Municípios e estes últimos.

Derradeiramente, considerando o expendido acima, é de se concluir que tanto a União quanto os Estados-Membros e os Municípios podem submeter-se a uma arbitragem, interna ou internacional, exigindo o cumprimento das normas processuais previstas no art. 585, § 2.º, do CPC, para dar exequibilidade ao laudo arbitral, devendo o ente de direito público interno reservar, em caso de ser parte vencida na decisão arbitral, o *quantum* bastante a indenizar a parte adversa, em seu orçamento, ante a impenhorabilidade dos bens públicos, obedecendo a conclusão da arbitragem que, por vontade própria, procurou.

6. Bibliografia

- BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo, Forense, s.d.p., v. IX.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contrato de risco*. São Paulo, José Bushatsky, 1966.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Forense, 1971.
- DOLINGER, Jacob. *A dívida externa brasileira; solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1988.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado; aspectos de direito internacional*. São Paulo, Aquarela, 1989.
- KUCINSKI, Bernardo & BRANFORD, Sue. *A ditadura de dívida*. São Paulo, Brasiliensl, 1987.
- MAGALHÃES, José Carlos de & BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986.

(58) MERCADANTE, A. de A. *Contribuição ao estudo da arbitragem...* cit., p. 376.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1988.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969, v. I.
- MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Cláusula compromissória (direito internacional e direito interno)*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito* (Coordenação: Rubens Limong França). São Paulo, Saraiva, 1977, v. 15, pp. 6-19
- *Contribuição ao estudo da arbitragem comercial internacional: a convenção arbitral*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., Dissertação de Mestrado.
- NAZO, Georgette Nacarato. *Solução de contendas internacionais (o relacionamento internacional)*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., (22 p.).
- RANGEL, Vicente Marotta. *Controvérsia de interesse do governo brasileiro julgada por tribunal internacional*. In: *Problemas brasileiros*. São Paulo, ano XVII, nº 192, out./1980, pp. 16-21.
- *Solução pacífica de controvérsias*. In: *Curso de derecho internacional*, XI. Washington, OEA, 1985, pp. 29-48.
- SAMTLEBEN, Jürgen. *Cláusulas de jurisdicción y Legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados Latinoamericanos*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 26, nº 101, jan./mar., 1989, pp. 247-72.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*. São Paulo, José Bushatsky, 1977.
- *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- *Arbitragem comercial internacional: o regulamento e a lei-modelo da UNCITRAL*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., (59 p.).
- *O Supremo Tribunal Federal e as arbitragens comerciais internacionais: "de lege ferenda"*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., (62 p.).
- *Arbitragens comerciais internacionais no Brasil: vicissitudes*. São Paulo, s.c.p., s.d.p., (44 p.).
- STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

Participação popular no controle ambiental

MANOEL EDUARDO ALVES CAMARCO E GOMES

Ex-Ouvidor-Geral do Município de Curitiba

A afirmação de que, no Brasil, tornou-se moda a defesa ambiental, é reproduzida em todos os quadrantes da sociedade — do campo de golfe ao *campus* universitário.

Vítimas das mais diversas farpas, os movimentos ambientalistas são retratados como efêmeros e inconstantes.

A imperspicuidade que envolve o tema da participação popular no controle ambiental parece ser o solo fértil no qual vicejam farpas dessa natureza.

Esta exposição tem como objetivo contribuir para a inteligibilidade deste tema: um facho a mais a arder, neste desligar de luzes, com que a inteligência brasileira brinda aqueles que lucram com a escuridão.

Para atingir esse objetivo daremos três passos: em primeiro lugar, contextualizaremos a participação popular no universo da decisão política; em segundo lugar, analisaremos a tendência da decisão política no contexto do Estado brasileiro; em terceiro, avaliaremos a importância da participação popular no controle ambiental.

Palestra proferida no II Encontro Paranaense sobre Meio Ambiente, Curitiba/89.

Antes de iniciarmos esta caminhada é importante termos em mente que as recentes transformações do Estado, surgidas de uma prática cada vez mais intervencionista, acabaram por trazer para dentro de suas comportas o controle e a fiscalização do meio ambiente.

Esta apropriação colocou o Estado contemporâneo brasileiro como *sujeito passivo* das pretensões inerentes à preservação ambiental.

Participação popular e decisão política

Segundo CLAUS OFFE, autor alemão da última geração da Escola de Frankfurt, o Estado capitalista, para se reproduzir, deve preencher duas condições básicas: garantir a *acumulação capitalista* (sobrevivência material) e a *legitimação* (sobrevivência política).

Trata-se de duas forças contraditórias. De um lado, a acumulação capitalista, impondo ao Estado a necessidade de criar condições para a expansão da *acumulação privada*. De outro, a legitimação, compelindo o Estado a assumir a função de representante dos *interesses gerais*.

Aproveitando essa formulação, eu diria que todas as demandas provindas das classes populares, da classe capitalista e da burocracia (agentes do aparelho de Estado) são acolhidas no entrechoque destas duas forças.

É a partir do impacto entre as forças de acumulação e de legitimação que essas diferentes demandas são entronizadas e apropriadas pelo Estado na forma de auto-interesse institucional — instância última da produção e dos resultados das decisões políticas.

Optando pela didática e olvidando os riscos inerentes à tentativa de simplificação de fenômenos didáticos, desenvolvi a seguinte fórmula: decisão política (*DP*) é igual à necessidade de legitimação (*L*) mais a necessidade de acumulação capitalista (*AC*), sendo que a necessidade de legitimação é determinada pela soma entre demanda popular (*DP*) mais demanda burocrática (*DB*) menos demanda capitalista (*DK*), e a acumulação capitalista é determinada pela soma da demanda capitalista (*DK*) mais demanda burocrática (*DB*) menos demanda social (*DS*).

Simplificando, diria:

$$DP = L (DS + DB - DK) + AC (DK + DB - DS)$$

Aplicando-se um valor hipotético 02, igual para as diferentes demandas, teríamos um *equilíbrio* entre a necessidade de legitimação e a de acumulação na elaboração da decisão política:

$$DP = L (2 + 2 - 2) + AC (2 + 2 - 2)$$

$$DP = L (2) + AC (2)$$

Aplicando-se à demanda capitalista um valor hipotético 03 e à demanda social e burocrática um valor hipotético 02, teríamos uma decisão política voltada para os *interesses privados*:

$$DP = L (DS + DB - DK) + AC (DK + DB - DS)$$

$$DP = L (02 + 02 - 03) + AC (03 + 02 - 02)$$

$$DP = L (01) + AC (03)$$

Aplicando-se à demanda social um valor hipotético 03 e à demanda capitalista e burocrática um valor hipotético 02, teríamos uma decisão política voltada para os *interesses gerais* impostos pela necessidade de legitimação:

$$DP = L (DS + DB - DK) + AC (DK + DB - DS)$$

$$DP = L (03 + 02 - 02) + AC (02 + 02 - 03)$$

$$DP = L (03) + AC (01)$$

A ausência de tempo não me permite discorrer sobre a variável "DB", sem dúvida a mais complexa. Não obstante, penso que a compreensão dos exercícios acima bastam para atingirmos o objetivo deste trabalho.

Decisão política e ecologia no Brasil

A realidade brasileira, sobretudo no que diz respeito ao controle ambiental, apresenta um quadro no qual a decisão política está mais voltada para a acumulação capitalista do que para a legitimação.

É no contexto desse desequilíbrio que podemos compreender, por exemplo, terem sido destruídos pelo fogo 200 mil quilômetros quadrados de floresta, na Amazônia Brasileira, apenas no verão passado (dados fornecidos pelo IEA — Instituto de Estudos Amazônicos/Curitiba/PR).

É por este viés, para ficarmos em apenas dois exemplos, que se entende o empenho do Governo Federal em efetivar o Projeto Calha Norte. Num projeto concebido em 1985, com natureza desenvolvimentista que

objetiva demarcar as fronteiras nacionais com cinco países, construir hidrelétricas e pólos de colonização que ilharão a população Yanomami de 9.000 índios em pequenas comunidades, com a decorrente liberação do restante da área (sete milhões de hectares) para a apropriação e exploração privada.

Estes exemplos e inúmeros outros que afloram na realidade brasileira demonstram, de forma inequívoca, que a decisão política (responsável em última instância pelo controle e fiscalização do meio ambiente no Brasil) está muito mais voltada para os interesses privados do que para os interesses gerais.

Pela fórmula há pouco apresentada, já temos um dado: isso ocorre em virtude da diferença de força entre a demanda capitalista e a demanda social (abstraindo-se a demanda burocrática). Mas qual seria a razão dessa diferença?

Penso que a maneira mais fácil de encontrarmos esta resposta é vermos como estão sendo utilizados os canais que transportam estas demandas até a esfera estatal.

Demandas populares x demandas capitalistas

As demandas fluem ao Estado, basicamente, através de dois canais que convencionei chamar de canal institucional e canal não institucional.

No canal institucional, as demandas podem ser transportadas pela via judicial (ação popular, mandado de segurança, ação civil pública etc.), pela via administrativa (direito de petição, reclamação etc.) e pela via legislativa (petições às comissões parlamentares, audiências públicas etc.).

Todas as demandas que não possam ser conduzidas ao Estado, pela via institucional, são transportadas através do canal não institucional, por meio de manifestações informais.

Nessa via (canal não institucional), as *demandas sociais* chegam ao Estado geralmente através de manifestações *explícitas*, como greves, passeatas, pichações etc.) Já as *demandas capitalistas* são conduzidas, via de regra, por meio de manifestações *não explícitas*.

Os contornos do canal institucional são fixados, normativamente, pelo próprio Estado através de leis e atos administrativos que determinam os

conteúdos que podem ser transportados por esta via e os *procedimentos* de sua condução.

Através da fixação do objeto (conteúdo transportável) o Estado legitima apenas determinada natureza de demandas (sobretudo aquelas que não colocam em risco a reprodução do sistema). Através da padronização do procedimento, o Estado, ao mesmo tempo que confere uma suposta igualização de forças, impõe rotinas que têm como pressuposto o completo domínio técnico de formalização dessas demandas.

Por outro lado, a obstrução ou desobstrução deste canal depende do alvedrio dos agentes do aparelho do Estado.

O resultado dessas limitações (de objeto, de exigência de domínio técnico e da própria vontade do Estado) ao uso do canal institucional tem sido a subutilização por parte das demandas populares e a superutilização por parte das demandas capitalistas.

A utilização da via não institucional, igualmente, aponta profundo desequilíbrio entre essas demandas. As demandas populares, limitadas ao aumento do custo de legitimação do Estado, consubstanciam-se em manifestações explícitas com alcance limitado. As demandas capitalistas, ao contrário, atingem não só o custo de legitimação (a rede jurídico-institucional é compatibilizada com o sistema de reprodução capitalista), como também a questão nuclear da sobrevivência material do Estado: a acumulação capitalista.

Deste modo, temos, de um lado, as demandas populares subutilizando o canal institucional e utilizando o canal não institucional exclusivamente no contexto do custo de legitimação do Estado e, de outro, as demandas capitalistas com a superutilização do canal institucional e a utilização do canal não institucional atingindo, ao mesmo tempo, o custo de legitimação e a necessidade de acumulação capitalista — vital para a reprodução do Estado.

Considerações finais

Em que pese à possibilidade de, nos países do Norte, ocorrer situação semelhante, parte considerável da classe capitalista e da burocracia do Estado, ao contrário do que ocorre no Brasil, atentaram para a *neces-*

sidade da preservação ecológica como uma necessidade para a própria reprodução do sistema capitalista.

Assim, no que diz respeito à preservação ambiental, naqueles países, parte das demandas capitalistas e das demandas burocráticas agregam-se às demandas populares preservacionistas, atingindo, destarte, além da necessidade de legitimação, também a necessidade estatal de patrocinar a acumulação capitalista.

Esta percepção não atingiu a classe capitalista brasileira (em que pese ter atingido parte dos membros do aparelho de Estado). Respeitadas as devidas diferenças, situação semelhante ocorreu quanto aos benefícios sociais dos trabalhadores. A classe capitalista dos países do Sul demorou décadas para compreender a necessidade dos benefícios sociais patrocinados pelo Estado (como jornada de trabalho, assistência médica, habitação etc.) para a reprodução do exército de mão-de-obra e, conseqüentemente, para a reprodução do próprio sistema capitalista.

Os esforços da indústria moveleira do Brasil, no sentido de inviabilizar leis de preservação florestal, demonstram com evidência o estágio primário em que se encontra a classe capitalista nacional.

Em vista destes fundamentos, não receio afirmar que a preservação ecológica, no Brasil, depende, fundamentalmente, das demandas populares. É através delas que, aumentando o custo de legitimação do Estado, será possível diminuir o impacto que a sobrecarga da força da acumulação capitalista exerce sobre a decisão política brasileira.

Chegar aos limites extremos da participação pelos canais institucionais e, com criatividade, otimizar os recursos informais de participação popular são, portanto, um imperativo para podermos reequacionar o desequilíbrio causado pela força de acumulação capitalista existente no quadro brasileiro.

Deste modo, os esforços dos movimentos ambientalistas — responsáveis por grande parte das demandas sociais referentes ao meio ambiente — devem ser apreendidos não como o resultado de um modismo inconseqüente e efêmero, mas como uma ação histórica imprescindível e inadiável para factibilizarmos o exercício do direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado, consignado no art. 225 da atual Constituição Federal brasileira.

La nueva ley de arbitraje española

ANTONIO M^º LORCA NAVARRETE

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco. Miembro y árbitro del "Círculo Vasco del Arbitraje".

En el "Boletín Oficial del Estado" de 7 de diciembre de 1988 apareció publicada la *nueva Ley de Arbitraje española* (desde ahora L.A.) que viene a sustituir a la anterior de 22 de diciembre de 1953. La nueva Ley se justifica porque en España, al igual que en otros países de la Europa occidental que ya han procedido a actualizar sus respectivas leyes arbitrales, se sentía con particular necesidad de llevar a cabo esa actualización, a lo que se unía la peculiar situación en que se halla el arbitraje a

consecuencia de una legislación como la arbitral de 1953 extremadamente autárquica. Por ello y aunque tarde no solo en comparación con otras legislaciones, sino también con arreglo al propio contexto de las relaciones jurídicas internacionales, se ha producido la actualización de la legislación arbitral española.

En principio se ha de señalar que la ley española oferta indudables aciertos técnicos de acuerdo con un planteamiento que trata de evitar, ante todo, los obstáculos puramente "formales" que puedan oponerse a la verificación de un buen arbitraje. Desde esa perspectiva la ley española asume el acierto de incluir en su articulado los logros legislativos que ya han sido contrastados en el ámbito del Derecho Comparado y de los convenios internacionales en materia de arbitraje internacional.

En concreto y en el ámbito del arbitraje interno, la Ley española parte del principio de ofertar un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos jurídicos mediante el uso de la libertad personal y garantizándose al mismo tiempo que el sistema arbitral que se instaura sea *igualatorio*. Por ello la ley es básicamente *antiformalista* en tres aspectos:

a) se *reduce* al máximo la intervención de notario público en el desarrollo del arbitraje, pues solo se va a exigir a propósito de la emisión del laudo, en orden a que la actividad de los árbitros se protocolice notarialmente (art. 33.2 LA);

b) se *reduce* al máximo la intervención de jueces y tribunales estáticos en el desarrollo del arbitraje y *fundamentalmente* para cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros (arts. 38 y ss. LA);

c) en fin y se posibilita el acceso a los Juzgados y Tribunales estáticos mediante un "recurso" de *anulación* del laudo con el fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en la ley arbitral.

En base a esas tres proposiciones que la ley realiza y teniendo en cuenta que un buen arbitraje es tan solo aquel en el que intervienen (o

apenas intervienen) los Juzgados y Tribunales estáticos, es posible pasar a examinar las novedades más importantes de la ley en la regulación del arbitraje interno.

Una *primera novedad* de la ley, que incluso rompe con el precedente legislativo, es la relativa a primar el arbitraje de equidad sobre el de derecho, ya que según el art. 4 LA los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción o equidad cuando las partes *no hay optado expresamente por el arbitraje de derecho*. Esta opción ha de ser calificada de afortunada y se acomoda, sin duda alguna, mejor a la finalidad que persigue el arbitraje, como institución de equidad.

También la nueva ley española rompiendo asimismo el precedente, *no asume la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso* que aparece expresamente recogidas en algunas legislaciones como la francesa o la portuguesa y *unifica* ambas categorías jurídicas en lo que la propia ley llama "Convenio arbitral". Este ha de expresar la *voluntad inequívoca* de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de esas cuestiones, *surgidas o que puedan surgir* de relaciones jurídicas determinadas, *sean o no contractuales* a la decisión de uno o más árbitros, así como *expresar la obligación de cumplir la decisión*. Caracteriza al convenio arbitral el principio de *libertad de forma*, pues aunque aquél ha de formalizarse por escrito, *puede en cambio ser el resultado de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje*. Se consagra a nivel legislativo el principio de *separabilidad del convenio arbitral accesorio* de un negocio jurídico principal y, sobre todo, la posibilidad de que las partes *dejeran a un tercero el nombramiento de los árbitros e incluso la organización del arbitraje*. Por ello la ley española recoge la existencia de un *arbitraje ad hoc* y conjuntamente con este se conoce la validez del *arbitraje institucional*, otorgándose de ese modo un amplio margen de actuación al *principio de autonomía de la voluntad de las partes*, pero adoptándose las cautelas lógicas frente a las posibles situaciones de *desigualdad contractual* en que puedan encontrarse las partes, declarándose *nulo* el "convenio arbitral" que coloque a una de las partes

en situación de privilegio en relación con la designación de los árbitros; se contempla el supuesto de convenio arbitral *como cláusula accesoria* de un contrato de adhesión y se dispone que en el caso de arbitraje institucional las entidades que administren el arbitraje deben protocolizar notarialmente sus reglamentos arbitrales con el fin de dotarles de fijeza.

En cuanto al *procedimiento arbitral*, su tratamiento depende básicamente de la *autonomía de la voluntad de las partes* y sólo se requiere, en todo caso, el respeto a los *principios de audiencia, contradicción e igualdad*. Respecto al régimen de recursos del laudo se abre una *única vía de anulación del laudo*, con las características de ese tipo de recursos con los que *no se entra a examinar las cuestiones de fondo resueltas por los árbitros en el laudo* y sí que, en cambio, el recurso afecta a cuestiones tan sólo de *forma de procedimiento* que dejan inalterado el contenido sustantivo del laudo. Todo ello, por lo demás, de conformidad con el carácter de *institución de equidad* que asume básicamente el arbitraje. Por último, en la ejecución del laudo se sigue el sistema de derecho comparado de *atribuirla a los Juzgados y Tribunales estáticos*.

Por lo que respecta ya al *arbitraje internacional*, la ley española no aporta grandes novedades al sistema que se ha venido impiniendo por el Tribunal Supremo español (TS) en cuanto al "*exequatur*" de laudos arbitrales extranjeros y que básicamente implica que, salvo supuestos muy específicos y concretos, el laudo arbitral extranjero va a ser ejecutado en España *normalmente*. Por ello, se asume básicamente el contenido del Convenio de Nueva York de 1958, *aun cuando no se profundice en el aprovechamiento de las soluciones que el Convenio aporta*.

En consecuencia, la ley española es *continuista* en cuanto que no modifica el régimen de "*exequatur*" que la jurisprudencia del TS viene estableciendo desde que a principios de la década de 1980 empezó a aplicarse en España el Convenio de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961, adoptándose, por lo demás, un *sistema monista* (no dual propia de la legislación francesa) y, *por tanto, lejos de la tentación de "nacionalizar" lo que debe entenderse por arbitraje comercial internacional*.

Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital a través del "Disregard of the legal entity"

DANIEL E. MOEREMANS
L.L.M. MÜNSTER (RFA)

- A — *Introducción.*
- B — *Existencia de la teoría del "disregard of the legal entity" como instituto jurídico uniforme y fundamento.*
 - 1 — *Existencia como instituto uniforme.*
 - 2 — *Fundamento jurídico.*
 - aa) — *Doctrina del disregard (asociada a la naturaleza jurídica de la persona jurídica).*
 - bb) — *Teorías que no están asociadas a la naturaleza de las personas jurídicas.*
- C — *Relación del disregard of the legal entity con la naturaleza de las personas jurídicas en lo atinente a la extensión de la responsabilidad.*
- D — *Requisitos de aplicación del disregard y casos de aplicación.*
 - 1 — *Requisitos.*
 - 2 — *Casos de aplicación.*
 - aa) — *Confusión de patrimonio y de esfera.*
 - bb) — *Insuficiencia de capital (Unterkapitalisierung)*
 - cc) — *Conducción externa (Fremdsteuerung).*
 - dd) — *Abuso de derecho (Rechtsmissbrauch).*
- E — *Consecuencias jurídicas.*
- F — *Conclusión.*

A. Introducción

La extensión de Responsabilidad de los socios en la Sociedad de Capital a través de la Teoría de la penetración de la Personalidad jurídica (Durchgriffhaftung) es sólo uno de los casos de aplicación de la llamada teoría del *Disregard of the Legal Entity* ⁽¹⁾. En este contexto se presenta el problema sólo cuando los socios gozan de responsabilidad limitada, ya que no puede hablarse de extensión de responsabilidad cuando la misma es ilimitada, a pesar de que en algunos casos la misma sea subsidiaria. Es de aplicación el instituto en un caso concreto, el mismo produce que determinadas personas, que jurídicamente aparecen como terceros (socios), se responsabilicen por las obligaciones de otra (la sociedad). En este punto no existen en la doctrina casi discusión. Las dudas surgen sin embargo en lo relacionado a los siguientes interrogantes: 1) Si existe el instituto del *disregard of the legal entity* como institución jurídica uniforme y cuál es su fundamento. 2) Si el mismo tiene relación con la naturaleza de las personas jurídicas. 3) Cuáles son sus requisitos y en qué casos se aplica y 4) Cuáles son sus consecuencias jurídicas.

B. Existencia de la teoría del *Disregard of the legal entity* como instituto jurídico uniforme y fundamento

1. Existencia como instituto uniforme

El reconocimiento de la existencia del *Disregard of the legal Entity* como instituto jurídico uniforme depende de los diferentes derechos nacionales. En Alemania la doctrina dominante le niega tal reconocimiento ⁽²⁾ afirmando que concepto, requisitos y fundamento jurídico no pueden ser determinados desde un principio en forma precisa. La razón de tal negación radicaría en que en el derecho alemán la teoría del *disregard* no ha sido reglada legalmente ⁽³⁾.

En Argentina no sólo ha encontrado la teoría un importante eco en la doctrina, sido también la misma ha sido positivizada en el Art. 54

(1) Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/München 1986, pág. 171 ss. apunta en forma concordante que el *Disregard* no se limita ni al problema de la extensión de la responsabilidad (por ej. atañe también al problema de la adquisición de buena fé) ni a las personas jurídicas, ya que el mismo es aplicable en Alemania a las sociedades de mano común (*Gesamthandsgesellschaften*).

(2) Möllers, *Internationale Zuständigkeit bei der Durchgriffhaftung*, Bielefeld 1987, pág. 35; Scholz/Winter, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, I Band 6. Auflage, Köln 1976, pág. 58; Berstein, *Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatshand*, FS für K. Zweigert, Tübingen 1981, págs. 47-51.

(3) Drobnig, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, Frankfurt/Berlin 1979, pág. 92; Möllers, (2), pág. 35; Scholz/Winter, (2), pág. 58.

Párrafo 3.º de la Ley de Sociedades Comerciales (4). Es por ello que en nuestro país prácticamente no existen dudas sobre su carácter de instituto jurídico uniforme (5). En Brasil a pesar de que la doctrina no le ha prestado la atención que algunos autores esperaban (6), parece ser que ha obtenido un tácito reconocimiento conforme a algunos fallos jurisprudenciales y al Art. 50 del Proyecto de Código Civil (Proyecto de Ley 063/1975) (7).

2. *Fundamento jurídico*

En cuanto al Fundamento del instituto se puede clasificar la doctrina en dos grandes grupos, según que se considere al *Disregard of the legal entity* asociado al problema de la naturaleza jurídica de la persona jurídica o no.

aa) *Doctrina del Disregard (asociada a la naturaleza jurídica de la persona jurídica)*

En este grupo se encuentran principalmente las teorías subjetiva, objetiva y la teoría de la actuación ultra vires de la persona jurídica.

La teoría subjetiva cuyo precursor fue Rolf Serick (8) sostiene que la penetración de la persona jurídica debe realizarse sólo en casos excepcio-

(4) El Art. 54 Ley de Sociedades Comerciales Párrafo 3º reza: “[Inoponibilidad de la personalidad judicial]. La actuación de la Sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fé o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados [Ley 22.903, art. 1]”.

(5) Desarrollos de la doctrina argentina pueden verse, entre otros, en los siguientes autores: Colombres, Derecho Comercial, Buenos Aires 1972; Fargosi, Notas sobre la inoponibilidad de la Personalidad Societaria, en: Revista la ley 1985-E, pág. 710 ss.; Farina, Tratado de Sociedades Comerciales, Rosario 1978; Halperin, Sociedades Anónimas, Buenos Aires 1975; Marzoratti, Teoría del “Disregard of the Legal Entity” a través de la jurisprudencia norteamericana, Revista de derecho Comercial y de las Obligaciones 1968, pág. 724 ss.; Otaegui, Desestimación de la Personalidad societaria, Revista de derecho Comercial y de las Obligaciones 1971, pág. 138 ss.; Zanoni, La desestimación de la Personalidad Societaria, “Disregard” — y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima, Revista la Ley 1978-B, pág. 198; Zunino, Comentario del Régimen de Sociedades Comerciales, Buenos Aires 1987; Dobson, El Abuso de la Personalidad Jurídica en el derecho Privado, Buenos Aires 1985.

(6) Véase Fábio Ulhoa Coelho, Desconsideração da personalidade jurídica, São Paulo 1989, pág. 9.

(7) El Art. 50 establece: “A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade”.

(8) Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin/Tübingen, 1955.

nales. Tales circunstancias se presentan cuando: a) la persona jurídica es utilizada para perseguir fines ilícitos (*Mißbrauch*) y b) cuando determinadas normas deben aplicarse a una persona jurídica. La persona jurídica no debe ser penetrada, en cambio, cuando de otra manera el fin de una norma o el objetivo de un negocio jurídico no podría ser alcanzado.

El uso con fines ilícitos de la personalidad jurídica tiene lugar cuando con ayuda de ésta se pretende defraudar la ley (*Gesetzumgehung*), violar obligaciones contractuales o defraudar a terceros, causándoles un perjuicio. Una excepción a esta regla tiene lugar cuando están en juego normas societarias esenciales, cuya realización no debe frustrarse ni aún en forma indirecta.

El segundo caso de penetración se refiere a la aplicación e interpretación de normas jurídicas. La particularidad de este supuesto radica en que una norma, que en principio está destinada a personas físicas, debe ser aplicada a personas jurídicas. En tal caso las cualidades de las personas físicas que se hallan detrás de la persona jurídica deben ser imputadas a esta última.

La teoría objetiva sostiene igualmente que la negación de la separación entre la sociedad y los socios sólo tiene lugar en casos excepcionales. Sin embargo la interpretación de Serick sería demasiado restringida. La personalidad no debe ser reconocida cuando a través de dicho reconocimiento se obtenga un resultado disvalioso, evidentemente reñido con el principio de buena fé o cuando sea contrario a los legítimos intereses del tráfico negocial o al de los acreedores. En concreto, cuando el mantenimiento del principio de división sea contrario al fin del ordenamiento jurídico (9).

La teoría del *ultra vires* sostiene que la personalidad jurídica de la sociedad sólo la faculta para realizar los actos comprendidos en su objeto social. Una actuación de los socios fuera de dichos límites, y para los cuales no han sido facultados por el ordenamiento jurídico, debe ser imputada a aquéllos (10). Según esta teoría no se trata de penetrar la personalidad jurídica, sino de fijar la interna limitación de la misma.

bb) Teorías que no están asociadas a la naturaleza de las personas jurídicas

Esta tendencia doctrinaria se inicia con Müller-Freienfels (11). El afirma que no se trata de un problema de las personas jurídicas, sino en un

(9) Del 30-1-56, BGHZ 22, pág. 226-234 del 29-11-56; BGH Bd. 54, pág. 222-224 del 8-7-70.

(10) Esta teoría se la conoce en el derecho norteamericano como "Insidertheory". Véase al respecto Rehinder, *Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht*, Berlin/Zürich 1969, pág. 126. En Argentina esta teoría fué sostenida por Halperín (5), pág. 127. Una variante de la misma es la llamada teoría de la redhibición de la personalidad jurídica de Colombres (5), pág. 120.

caso concreto de saber si y en qué medida una determinada norma es aplicable a una persona jurídica, teniendo en cuenta el sentido de dicha norma y su significado dentro del ordenamiento jurídico. Rebhinder⁽¹²⁾ partiendo de esta base formuló la teoría que es hoy dominante en la República Federal Alemana. El sostiene que la teoría de la penetración de la personalidad jurídica produce la no aplicación del principio de división entre la sociedad y los socios (Trennungsprinzip). Es decir, se restringe la aplicación de una norma derivada del principio de división aplicándose otra norma (que llena el vacío de la primera), como consecuencia de interpretación, analogía o desarrollo jurídico. La penetración impide a la sociedad una imputación diferenciada o le imputa una actuación de los socios. La restricción de la norma derivada del principio de división se produce con el objeto de garantizar la funcionalidad del instituto jurídico, al cual la norma jurídica pertenece. Su fundamento radica o en la preferencia material de una norma, que formalmente es de igual rango, o con el objetivo de garantizar un principio ético-jurídico de rango superior. Sin embargo, la teoría no debe ser aplicada cuando el caso pueda ser solucionado aplicándose los principios de derecho civil que dejan intangible el principio de división. La teoría debe ser siempre última ratio y como excepción (Principio de aplicación subsidiaria). Según la opinión de este autor, no existe una solución uniforme para todos los casos en que se puede aplicar la teoría ni existe la misma como instituto jurídico uniforme. Ello no obsta a que se pueda formular una casuística. A través de los distintos casos llega él a la conclusión de que la mayoría pueden ser resueltos a través de los principios generales del derecho civil (Por ej. Simulación, abuso de derecho, venire contra factum proprium, interpretación etc.).

Como influencia de esta formulación teórica, sostiene la doctrina dominante en Alemania que la teoría del *Disregard* puede ser conservada a los efectos de englobar en ella una serie de casos particulares.

C. *Relación del Disregard of the legal entity con la naturaleza de las personas jurídicas en lo atinente a la extensión de la responsabilidad*

Tal como hemos mencionado, se discute en la doctrina si la extensión de la responsabilidad de los socios a través de la teoría del *Disregard of the legal entity* está asociada con una determinada concepción sobre la naturaleza de las personas jurídicas. Tanto en Argentina como en Brasil se afirma esta pregunta sosteniéndose que la teoría del *Disregard of the legal entity* reactualiza el problema de la naturaleza de las personas jurídicas. En Alemania en cambio la doctrina dominante sostiene la indepen-

(11) Este autor criticó el trabajo de Habilitación de Rolf Serick en un artículo titulado "Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht" en: AcP 156, pág. 522-543, e inició la corriente llamada de Normanwendungstheorie.

(12) Rebhinder, (10), pág. 107.

dencia de ambos problemas⁽¹³⁾. Si la limitación de la responsabilidad de los socios hace a la esencia de la persona jurídica, tendríamos que concluir que efectivamente ambos problemas se encuentran íntimamente ligados. No así si la respuesta es negativa. Según nuestra opinión, la responsabilidad limitada de los socios no hace a la esencia del concepto "persona jurídica". El ordenamiento jurídico puede prescribir que los socios respondan solidariamente por las deudas sociales o en forma subsidiaria como fiadores. Esta afirmación puede ser confirmada a través de un análisis histórico de las sociedades anónimas⁽¹⁴⁾, ya que el desarrollo conceptual de la responsabilidad limitada está relacionado al desenvolvimiento histórico de aquéllas. La limitación de responsabilidad fué introducida recién por el Art. 33 de Código de Comercio francés. En Inglaterra fué incorporada por la Limity Liability Act en 1857. En Alemania, durante las discusiones y consejos de Nürnberg en oportunidad de la preparación del Código de Comercio Alemán (ADHGB), se aconsejó plasmar la responsabilidad limitada. Se negó sin embargo el carácter de personas jurídicas de las sociedades anónimas.

La razón por la cual existía resistencia a aceptar la responsabilidad limitada de los socios residía en el liberalismo del siglo 19: La responsabilidad ilimitada era la otra cara de la moneda de la libertad. Quien deseaba formar una sociedad, debía asumir los riesgos. De esta manera debía impedirse la concentración del Poder del capital bajo el lema: cuanto más grande las posibilidades, más grande es el riesgo.

"En la conexión de posibilidades y riesgos se vió el mecanismo y freno al mismo tiempo de un harmónico desarrollo del *laissez faire laissez aller*"⁽¹⁵⁾.

Dos factores provocaron que la responsabilidad limitada fuera de todas maneras incorporada. Por un lado — externo — el sobredimensionamiento del riesgo, el que, sin una responsabilidad limitada no hubiese sido asumido. Por el otro lado — interno — la mínima posibilidad de influencia de los accionanistas particulares sobre el álea que significa la explotación de una empresa. La responsabilidad limitada fué un medio de obtener libertad y responsabilidad.

La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundida con el principio de división, a pesar de que en algunos sistemas como en el alemán ambas características, en la regla, se presentan en forma simultánea. El principio de división significa que el círculo patrimonial de la persona jurídica y el de sus miembros se encuentra separado. Sin embargo ello no es óbice para que el derecho positivo establezca que los socios

(13) Rebhinder (10), pág. 100 y ss.

(14) GroBfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tülinger 1968, pág.105.

(15) GroBfeld, (14), pág. 107.

responden por las deudas sociales. Por ej. las sociedades de personas en Argentina son personas jurídicas. Los socios responden, sin embargo, en forma subsidiaria pero ilimitada por las deudas sociales. En el derecho alemán se encuentran también ejemplos. Tal es el caso de las sociedades en comanditas por acciones que es persona jurídica a pesar de que los socios comanditarios (Komplementär) responden solidariamente por las deudas sociales o el caso de las sociedades cooperativas, en las cuales los socios se pueden obligar a responder ilimitadamente en caso de quiebra de la sociedad.

Por lo expuesto podemos sostener lo siguiente: La extensión de responsabilidad de los socios de responsabilidad limitada por obligaciones contraídas formalmente por la sociedad no implica ni el desconocimiento en totum o parcialmente de la sociedad (persona jurídica), ni la fijación de los límites normativos de la misma (o de su capacidad), sino simplemente la no aplicación en un caso concreto del privilegio de la responsabilidad limitada. Como tal privilegio no es un elemento esencial de las personas jurídicas, su no aplicación no tiene relación con aquélla.

D. *Requisitos de aplicación del Disregard y casos de aplicación*

1. *Requisitos*

Los requisitos de aplicación del instituto dependerá de la teoría que se siga para fundamentar el mismo. Así por ej. para la teoría subjetiva será necesario la presencia del abuso de la personalidad (Mißbrauch), o las situaciones excepcionales previstas por Serick etc.

Se ha sostenido sin embargo que hay que tener en cuenta la presencia de dos elementos: a) Por un lado la sociedad debe ser denominada por otra persona física o jurídica (socia o no) b) el "tiempo" en el cual el instituto juega un rol y c) debe respetarse el principio de subsidiaridad.

a) La situación de dependencia implica que los socios o terceros ejercitan una influencia dominante en la vida de la sociedad. A pesar de que ésta aparece exteriormente como un sujeto autónomo, ella es en realidad reflejo de la voluntad de los socios o de terceros. Este elemento si bien es apuntado por los autores como requisito *sine qua non* para la extensión de la responsabilidad por medio de la teoría del *disregard*, el mismo no es suficiente por sí para arribar a dicho resultado.

b) Normalmente el instituto jugará un rol cuando la sociedad se encuentre en cesación de pagos. Es decir se presenta recién el problema cuando la sociedad se torna insolvente⁽¹⁶⁾. La extensión de responsabilidad debe ser subsidiaria, es decir no debe tener lugar cuando existan bienes fácilmente realizables en la sociedad que cubran los créditos reclamados por los acreedores.

(16) Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band I, München 1980, pág. 222; Drobniç, (3), p. 57.

c) El principio de subsidiaridad significa que el instituto debe aplicarse como última ratio, sólo cuando el caso no pueda ser resuelto a través de los principios generales del derecho civil (interpretación, simulación, abuso de derecho, teoría de los actos propios etc.).

2. Casos de aplicación

Como los supuestos de hecho en los cuales el instituto puede jugar un rol no pueden ser *a priori* abarcados acabadamente, la literatura en Alemania ha sistematizado entre otros, los siguientes grupos:

- a) Confusión de patrimonio y de esfera
- b) Insuficiencia de capital
- c) Conducción externa
- d) Abuso de derecho
- aa. *Confusión de patrimonio y de esfera*

Los miembros de una persona jurídica sólo pueden alegar la limitación de responsabilidad que encuentra su base en el principio de división de patrimonios, cuando ellos mismos no respetan dicha división (17). Cuando el patrimonio de los socios no puede distinguirse del patrimonio de la sociedad se habla de una confusión de patrimonios (*Vermögensvermischung*). Cuando en cambio da división de la persona jurídica y de sus miembros no se puede distinguir exteriormente se habla de confusión de esfera (*Sphärenvermischung*) (18). Este último caso se presenta cuando por ej. el nombre, la organización (libros, cuenta bancaria y bienes patrimoniales), la imputación patrimonial o las formalidades societarias no son cumplidas, y por lo tanto no se puede reconocer si se está en presencia de un acto societario o de los socios. En tal caso no pueden alegar los socios que ellos son propietarios de los bienes que aparecen como sociales o afirmar este carácter cuando los mismos aparecen como bienes privados.

bb) *Insuficiencia de capital (Unterkapitalisierung)*

Una insuficiencia de capital se presenta cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. Esa situación debe ser ostensible y ser susceptible de ser probada (19). En tal caso se afirma la procedencia de una extensión de la responsabilidad a través de la teoría de la penetración de la personalidad jurídica.

Hay que distinguir entre la insuficiencia nominal de capital y la insuficiencia material.

(17) Karsten Schmidt, (1), p. 184; Wiedemann, (16), p. 224.

(18) Möllers, (2), p. 31.

La insuficiencia nominal de capital tiene lugar cuando los socios en vez de dotar a la sociedad de bienes propios, ponen a disposición de la misma bienes, pero en el carácter de mutuo o préstamo de consumo. En tal caso el derecho alemán dispone que dichos bienes deben ser considerados, en caso de concurso de la sociedad, como aportes (§ 30a I GmbH-Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) y por lo tanto no deben ser restituidos. El sin embargo el mutuo pagado por la sociedad, adquiere la misma el derecho de repetir el pago.

Insuficiencia material de capital tiene lugar cuando no se aportan bienes ni como capital ni como mutuo. En tal caso puede tener lugar una extensión de la responsabilidad, siempre y cuando el caso no pueda ser resuelto de acuerdo a los principios generales de derecho civil, por ej. en virtud de las normas referentes a los actos ilícitos.

cc) *Conducción externa (Fremdsteuering)*

Cuando el proceso de creación de la voluntad de la sociedad dependiente se encuentra particularmente limitada o simplemente carece de dicha posibilidad se habla en Alemania de una conducción externa (Fremdsteuering). A raíz de dicho situación la sociedad no persigue sus propios intereses sino su actuación estará dirigida a satisfacer intereses ajenos de la mismo. Ejemplo de este fenómeno sería el caso del Konzern calificado. Según una opinión⁽²⁰⁾ se puede afirmar en esta hipótesis una extensión de responsabilidad del controlante cuando la sociedad dominada carece de autonomía en el plano patrimonial.

dd) *Abuso de Derecho (Rechtsmi brauch)*

Cuando alguien a pesar de ejercer un derecho dentro de los límites formales fijados por el ordenamiento jurídico, busca a través de dicho ejercicio o un fin ilegítimo o ilícito (Abuso institucional) o perjudicar a un tercero violando el principio de buena fé (Abuso personal), estamos en presencia del llamado abuso de derecho.

En el primer caso (Abuso institucional) se requiere que se utilice ilegítimamente el privilegio de la responsabilidad limitada. Consecuencia de dicha conducta abusiva sería el desconocimiento por parte del ordenamiento jurídico del privilegio de responsabilidad limitada frente a todos los acreedores. En el segundo caso (Abuso personal) se desconoce el privilegio sólo frente a quien el mantenimiento de la responsabilidad limitada aparece como fraudulento, contrario a la buena fé o en colisión con el principio del *nemo potest venire contra proprium factum*.

(19) Säcker/Reuter, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, München 1978, pág. 217.

(20) Wiedemann, (16), p. 226.

E. Consecuencias jurídicas

Tal como hemos mencionado, la consecuencia jurídica de la aplicación del instituto es la extensión de la responsabilidad. Los socios, cuya conducta se encuadra dentro de los requisitos del instituto, no gozan del privilegio de responsabilidad limitada. La doctrina se ha preguntado si ello significa que los socios responden ilimitadamente. La respuesta, según nuestro parecer, no debe ser a priori positiva. En efecto, la aplicación del instituto no debe llevar a un enriquecimiento de los acreedores de la sociedad a costa de los acreedores personales de los socios.

Correcto parece limitar la responsabilidad de los socios a los daños efectivamente causados, ya que en definitiva se trata de compensar los perjuicios que han sufrido los acreedores de la sociedad no de situarlos en una mejor posición. Es por ello que la solución prescripta en el derecho argentino en el art. 54, § 3.º de la ley de sociedades⁽²¹⁾ nos parece la indicada.

F. Conclusión

La extensión de la responsabilidad a través de la teoría del *Disregard* no está asociada con la naturaleza de las personas jurídicas. Ello porque la limitación de la responsabilidad no es una nota esencial de aquéllas.

La extensión de la responsabilidad a través del instituto analizado significa la no aplicación del privilegio de responsabilidad limitada. El instituto sólo juega un papel cuando los socios o miembros de la persona jurídica gozan del mencionado privilegio.

La restricción del privilegio requiere una interpretación del objetivo de la norma en cuestión. Si resulta de dicha interpretación que principios éticos u otras normas, que desde un punto de vista formal gozan de igual rango, gozan de prioridad material, el privilegio de la limitación de responsabilidad no debe ser aplicado⁽²²⁾. Partiendo de dicha base se puede uno preguntar cuando encuentra aplicación dicho instituto. Según nuestra opinión el *Disregard* debe aplicarse cuando el caso concreto no puede ser solucionado a través de la aplicación de los principios generales de derecho civil (principio de subsidiaridad). Esta afirmación aparte de ser correcta desde el punto de vista dogmático, se vé reforzada cuando se piensa que la teoría analizada es un método para continuar el desarrollo jurídico y para cubrir lagunas legales. Cuanto mayor es la protección de los acreedores de la sociedad a través del derecho positivo, menor es la utilidad del instituto. Es por ello que en los países en donde no existen exigencias de un patrimonio mínimo, los dispositivos sobre la protección del patrimonio social son insuficientes, donde las relaciones entre sociedades madres e hijas en el marco de un konzern no están regladas etc. el *Disregard* está llamado a cumplir un importante rol.

(21) Véase arriba p. 2.

(22) Rehbinder, (10), p. 107.

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). Os pedidos a serem atendidos através da ECT terão acréscimo de 50%.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 32, 34 a 39, 41, 43, 47 a 53, 55 a 103.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 100)”. (Distribuição gratuita aos assinantes da Revista).

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85.

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

(No prelo: edição com a Constituição de 1988.)

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO” (5.ª edição — 1986)**

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85, comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos atos institucionais e das emendas à Constituição de 1946.

Índice temático.

(No prelo: edição comparativa da Constituição de 1988.)

**“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”
(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986**

Constituição da República Federativa do Brasil — texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85 (anotado e indexado).

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

**“CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS”
(edição 1987) — 3 volumes**

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

“CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” (edições 1988) — 6 volumes

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia e Tchecoslováquia.

Volume 2 — Costa Rica e Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto de 1969.

Notas.

Índice temático.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS 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.^a edição — 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (6.^a edição — 1988) —

3 volumes

Volume 1 — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, *Lei das Inelegibilidades*, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

Volume 2 — Instruções do TSE para as eleições de 1988.

Suplemento de atualização — Constituição Federal 1988 (disposições eleitorais e partidárias), eleições de 1989 (Lei n.º 7.773/89), instruções do TSE.

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\$ 900,00

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal
70160 Brasília, DF**

(*) Os pedidos a serem atendidos através da ECT terão acréscimo de 50%.

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

Composto e impresso pelo
CENTRO GRÁFICO DO SENADO FEDERAL
Praça dos Três Poderes s/nº
CEP 70160 — Brasília, Distrito Federal