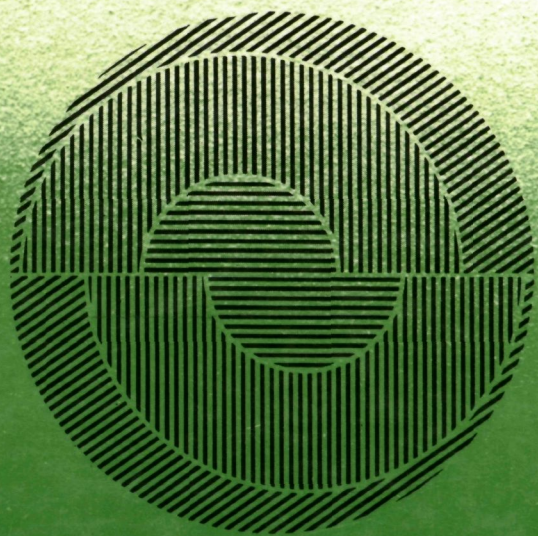


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO — 1990

ANO 27 • NÚMERO 107

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 27 n. 107 jul./set. 1990

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

**Fundadores:**

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

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

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL  
Diretora da R. Inf. Legisl.  
(1964-1988)

---

---

**Direção:**

ANNA MARIA VILLELA

---

---

**Chefe de Diagramação e Revisão:**

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

---

---

Capa de GAETANO RÉ  
Composição e Impressão:  
Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.

Brasília

a. 27

n. 107

jul./set. 1990

---

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

---

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

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

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>COLABORAÇÃO</b>	
Medidas provisórias — <i>Raul Machado Horta</i> .....	5
Os serviços de telecomunicações na Constituição Brasileira de 1988 — <i>Gaspar Vianna</i> .....	19
A Constituição de 1988 e o sistema financeiro nacional — <i>Arnoldo Wald</i> .....	43
A autonomia universitária e seus limites jurídicos — <i>Gtuseppi da Costa</i> .....	61
A aposentadoria dos servidores na Constituição de 1988 — <i>Palhares Moreira Reis</i> .....	77
Direito urbanístico e limitações administrativas urbanísticas — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i> .....	101
Controle parlamentar da administração — <i>Odete Medauar</i> .....	111
Observações sobre os Tribunais Regionais Federais — <i>Adhemar Fer- reira Maciel</i> .....	131
O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça — <i>Sálvio de Fi- gueiredo Teixeira</i> .....	147
Tribunal de Contas e Poder Judiciário — <i>Jarbas Maranhão</i> .....	161
Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção — <i>Nelson Saldanha</i> .....	165
A atuação dos Procuradores da República no atual contexto de com- petência jurisdicional federal em tema de combate a entorpe- centes — <i>Vitor Fernandes Gonçalves</i> .....	169
Conceito de “underselling” (“dumping”) dentro do Anteprojeto da nova Lei Antitruste — <i>Mário Roberto Villanova Nogueira</i> . . .	181
Os direitos de autor e os que lhes são conexos sobre obras intelectuais criadas ou interpretadas sob o regime de prestação de serviços — <i>José Carlos Costa Netto</i> .....	195
Bem de família — <i>Zeno Veloso</i> .....	203
Fundamentos da arbitragem no Direito brasileiro e estrangeiro — <i>Jorge Barrientos Parra</i> .....	215
“Lobbies” e grupos de pressão como agentes de informação para o Poder Legislativo — <i>Yamil e Sousa Dutra</i> .....	245



Desequilíbrios regionais no atendimento às demandas de educação — Edivaldo M. Boaventura .....	249
A biblioteca legislativa e seus objetivos — Eduardo José Wense Dias	277
Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina. Protección de los acreedores — Dr. Daniel E. Moeremans .....	287
La influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los De- rechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español — Antonio M <sup>a</sup> Lorca Navarrete .....	315
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	335

# Medidas provisórias (\*)

Professor RAUL MACHADO HORTA

Catedrático e titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG

## SUMÁRIO

1. *Legislação governamental.* 2. *Fonte das Medidas Provisórias.* 3. *Doutrina e prática constitucional italiana.* 4. *Medidas Provisórias na Constituição da República de 1988.* 5. *Questões específicas.* 6. *Considerações finais.*

1. As medidas provisórias, com força de lei, previstas no art. 62 e parágrafo único da Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, inserem-se no domínio da atividade normativa do Poder Executivo, a que se refere MORTATI<sup>(1)</sup>, caracterizando o exercício da legislação governamental, que BURDEAU<sup>(2)</sup> qualificou de “fenômeno geral e irreversível”, com expansividade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de modo a abrandar o monopólio legislativo dos Parlamentos. A legislação governamental, que decorre de causas numerosas, geralmente identificadas pelos publicistas, não é criação do texto constitucional de 1988. Em sua manifestação mais drástica, que é o decreto-lei, a atividade normativa do Poder Executivo despontou na Carta de 10 de novembro de 1937, sob a forma

---

(\*) Exposição apresentada ao X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em São Paulo, em 28/30 de julho de 1989.

(1) COSTANTINO MORTATI — *Instituzioni di Diritto Pubblico* — V. II — Padova — CEDAM — 1969 — p. 629.

(2) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politicue* — Volume VIII — LGDJ — 1974 — p. 554.

de atividade eventual do Presidente da República, mediante autorização do Parlamento, dentro de condições e limites (Carta de 10 de novembro de 1937, art. 12), ou de exercício extraordinário, durante os períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados (art. 13), para tornar-se atividade permanente, por não se ter reunido o Parlamento, na vigência da Carta de 10 de novembro, como previa a disposição transitória do art. 180, erigido em fundamento da pletórica atividade legislativa do Presidente da República, “autoridade suprema do Estado” (art. 73), conforme dizia norma consagradora do autoritarismo político. A atividade normativa do Presidente da República, seja na forma da legislação direta do decreto-lei ou na via da delegação legislativa, foi suprimida pela Constituição Federal de 1946, ressalvada a breve existência dessa segunda modalidade, enquanto perdurou a Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de setembro de 1961, responsável pela instituição do regime parlamentar de governo. O reaparecimento do decreto-lei deu-se na Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, sob a denominação de *decretos com força de lei*, como ato da legislação governamental direta do Presidente da República (art. 58), melhor identificado nas categorias constitutivas do processo legislativo, que manteve sua denominação real (art. 49 — V). A Constituição de 1967 integrou na legislação governamental a delegação legislativa do Congresso Nacional ao Presidente da República, para elaborar leis delegadas (art. 55). A atividade legislativa material do Presidente da República exprimiu o reforçamento dos poderes do Chefe do Poder Executivo, que constituía manifesto propósito da Constituição congressual de 1967, e essa atividade incorporou-se à Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, objeto de outorga, para compor a estrutura do regime político autoritário nela consagrado (arts. 52 e 55).

2. As *medidas provisórias* da Constituição da República de 1988 correspondem a outra denominação que recebeu o decreto-lei no Direito Constitucional Brasileiro. É certo que sua fonte inspiradora não se localiza no regime autoritário anterior e reside, ao contrário, em texto representativo do constitucionalismo democrático. Com efeito, a versão originária das medidas provisórias encontra-se na Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que organizou a República democrática, “fondada sul lavoro” (art. 1). No texto constitucional italiano, elaborado por Assembléia Constituinte que alimentava profunda desconfiança em relação ao decreto-lei, forma largamente usada durante o regime fascista, concedeu-se, em caráter de exceção à regra proibitória da atividade normativa direta do Governo (art. 77), a figura das medidas provisórias com força de lei — “provvedimenti provvisori con forza di legge” —, que o Governo, isto é, o Presidente do Conselho e os Ministros, poderá adotar, sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, com apresentação às Câmaras, para sua conversão no próprio dia de sua adoção,

prevendo-se a convocação do Parlamento, mesmo em caso de dissolução, e sua reunião no prazo de cinco dias. O art. 77 da Constituição da Itália, que contém a estrutura normativa das medidas provisórias, dispõe que os decretos perderão eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias, a contar da publicação, e as Câmaras poderão regular em lei as relações jurídicas decorrentes dos decretos não convertidos. Como se vê, as medidas provisórias integram o mecanismo do regime parlamentar de governo, envolvendo manifestação colegiada do Conselho de Ministros, para sua adoção. O modelo italiano projetou-se no Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte de nosso País, sob a Presidência do Senador Afonso Arinos de Melo Franco, que adotou o regime parlamentar de governo e a ele incorporou as medidas provisórias, com força de lei, reproduzindo a técnica recolhida no modelo parlamentar italiano. No Projeto da Comissão de Sistematização, as medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, poderiam ser adotadas pelo Presidente da República, quando precedidas de solicitação do Primeiro-Ministro (art. 76). A substituição do regime parlamentar pelo regime presidencial, a partir do Projeto de Constituição (B), no 2.º Turno da deliberação da Assembléia Nacional Constituinte, converteu a adoção das medidas provisórias em ato da competência monocrática e privativa do Presidente da República (arts. 64 e 87 — XXVI), o que se manteve na Constituição presidencialista de 1988 (arts. 62, parágrafo único, e 84 — XXVI).

3. Sendo as medidas provisórias instituto que a Constituição da República transplantou da Constituição italiana, o conhecimento da doutrina e da prática parlamentar italiana constitui valioso subsídio para a compreensão da teoria e da prática constitucional brasileira, sem prejuízo das peculiaridades do regime de governo adotado nas duas Constituições.

Os temas que vamos mencionar exprimem conceitos e soluções da doutrina constitucional e da prática parlamentar italiana, consolidadas ao longo de quatro décadas de aplicação das medidas provisórias.

### 3.1. Norma e “provvedimenti”

Em incursão terminológica, MORTATI<sup>(3)</sup> assinala a distinção entre norma e “provvedimenti”, lembrando que a palavra “provvedimenti” designa ato particular e concreto. É termo que indica provisoriedade e essa característica elimina a idéia de que a regra abrangida possa regular uma série indeterminada de casos futuros. BISCARETTI DI RUFFIA<sup>(4)</sup>, reite-

(3) COSTANTINO MORTATI, obra citada, pp. 633 e 641 (2).

(4) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA — *Diritto Costituzionale* — 9ª edição — Casa Editrice Eugenio Jovene — 1972 — p. 518.

rando a distinção de MORTATI, enfatiza o caráter provisório dos “provvedimenti”, confirmado pelo breve prazo estabelecido para sua apresentação às Câmaras e subsequente conversão em lei formal. Por isso, a Constituição não faz o emprego da palavra norma, expressão tecnicamente mais exata, mas que reclamaria duradoura aplicação no tempo. Buscando amparo no Direito estrangeiro, MORTATI informa que o Direito alemão faz a distinção entre norma e medida (*Massnahme*), como testemunham os estudos de FORSTHOFF, W. JELLINEK e SCHMITT, tendo o assunto constituído objeto de debate na Associação dos Professores Alemães de Direito Público.

### 3.2. *Aplicação imediata da medida provisória*

A medida provisória pressupõe a ocorrência de casos extraordinários de necessidade e de urgência, como fundamento constitucional para sua adoção pelo Governo. São considerados ilegítimos por definição, como esclarece L. PALADIN<sup>(5)</sup>, os decretos-leis ou medidas provisórias que não dispuserem de aplicação imediata. BISCARETTI sustenta que a medida provisória destituída de aplicação imediata configura vício de legitimidade.

### 3.3. *Medidas provisórias e o poder de emendar*

Anota PALADIN<sup>(6)</sup>, escrevendo em 1979, que se encontram distantes no tempo e superados os precedentes formalísticos nos quais se apoiava a Presidência da Câmara dos Deputados para sustentar a improponibilidade de emendas às medidas provisórias. Apoiando o abandono desses precedentes remotos, PALADIN entende que seria absurdo considerar o Parlamento rigidamente vinculado à decisão inicial do Governo, devendo limitar-se a aprovar ou desaprovar, em bloco, os atos provisórios com força de lei, no momento em que, restaurando a ordem natural das competências, é chamado a exercer o Poder Legislativo. A prática mais recente, diz PALADIN, caracteriza uma inversão na tendência limitadora, que não frutificou, de modo que no artigo único das leis de conversão são introduzidos títulos inteiros e capítulos novos. Contrariando a opinião doutrinária de que a lei de conversão não poderia modificar a medida provisória, originária do Governo, firmou-se a concepção de que as Câmaras dispõem da faculdade de ampliar ou restringir o conteúdo da medida provisória. Na

---

(5) L. PALADIN e outros — *Commentario della Costituzione — La formazione delle leggi* — Tomo II — Zanichelli Editore — 1979 — p. 57.

(6) L. PALADIN, obra citada, p. 76.

lição sempre acatada de MORTATI<sup>(7)</sup>, as emendas poderão ser supressivas, parcial ou totalmente, correspondendo a ausência de conversão na parte emendada, ou aditivas, acrescentando matéria nova.

### 3.4. Os efeitos das emendas

MORTATI sustenta que a emenda supressiva contém efeito *ex-tunc*, apagando a eficácia da norma desde o início, e a aditiva, efeito *ex-nunc*, a partir de sua adoção, para o futuro. BISCARETTI, sem assumir posição prévia, preferindo acompanhar o juízo de PIZZORUSSO, para quem o assunto não comporta resposta de caráter geral, admite dupla colocação: a eliminação da regra, por emenda supressiva, pode ser interpretada como denegação de conversão, com efeito *ex-tunc*, ou como ab-rogação, contemporânea à lei de conversão, dotada de eficácia *ex-nunc*.

### 3.5. Reedição da medida provisória

A prática parlamentar italiana prevê duas modalidades de reedição da medida provisória. O *decreto de prorrogação*, quando a medida estiver se aproximando do prazo de validade, procedimento de prorrogação que se apoiaria na inércia do legislador ordinário. A segunda modalidade consiste na reprodução dos decretos ou medidas provisórias não convertidas, sob a forma de novas medidas, entrando em vigência na data sucessiva à da extinção do prazo de validade da medida anterior. Relata PALADIN<sup>(8)</sup> que o caso mais notório desse segundo procedimento é representado pelo chamado *decretone* do Governo Colombo, expedido em outubro de 1970. Na ocasião, afastou-se a prejudicial sustentada pela oposição ao Governo, que entendia inconcebível urgência além do prazo de validade da medida anterior e dava pela preclusão decorrente da não-conversão. A maioria contrariou o argumento da minoria parlamentar, sustentando que os pressupostos da medida provisória poderão permanecer e até agravar-se com o tempo e nem sempre o decurso dos sessenta dias, estipulado na Constituição da Itália, equivale à rejeição implícita, especialmente quando a decadência da medida provisória advém de manobras do obstructionismo, utilizadas pela minoria. Na Itália, a renovação de medidas provisórias não aprovadas ou convertidas tornou-se prática freqüente a partir de 1970. BISCARETTI<sup>(9)</sup>, sem aprofundar a matéria, dissentiu da prática parlamentar, acoimando de inconstitucional o expediente de contornar o termo de sessenta dias para a conversão, introduzindo em medida provisória posterior a matéria da anterior medida não convertida.

(7) COSTANTINO MORTATI, obra citada, p. 638.

(8) L. PALADIN, obra citada, p. 62.

(9) BISCARETTI DI RUFFIA, obra citada, p. 517 (120).



### 3.6. *Lei de conversão e pedido de nova deliberação*

A Constituição da Itália não prevê a figura do veto presidencial. Em seu lugar, consagra a competência do Presidente da República para solicitar às Câmaras uma *nova deliberação*, em técnica típica do regime parlamentar. Como a lei de conversão é submetida à promulgação do Presidente da República, suscitou-se a questão do cabimento de nova deliberação ou do exercício do *potere di rinvio* no âmbito da lei de conversão. MORTATI<sup>(10)</sup>, considerando a brevidade do prazo para a conversão da medida provisória em lei, nega ao Presidente da República o exercício do *potere di rinvio*, no caso da lei de conversão. PALADIN<sup>(11)</sup>, em análise mais desenvolvida, distingue duas situações, de modo a negar o *potere di rinvio* na primeira e admiti-lo na segunda. Se o Parlamento limitou-se a converter a medida provisória, sem nela introduzir qualquer modificação, é sustentável que, neste caso, o Presidente não disporá do *potere di rinvio*, pois exercitou o seu controle por ocasião de sua expedição. Todavia, se a lei de conversão emendou a medida provisória adotada pelo Governo, o Presidente da República não poderá ser privado do *rinvio*, pelo menos em relação às emendas introduzidas pelas Câmaras.

### 3.7. *A deliberação sobre as medidas provisórias*

A doutrina constitucional italiana vem conferindo relevo à identificação do órgão legislativo competente para apreciar as medidas provisórias no momento de sua conversão em lei formal. A Constituição determina a apresentação dos “*provvedimenti provvisori*” às Câmaras, sem prefigurar o processo deliberativo que deve ser adotado. A lei de conversão provirá de deliberação separada e consecutiva das duas Casas do Parlamento ou poderá ser objeto de deliberação conjunta da Câmara e do Senado? É matéria do *plenum* ou caberá a apreciação no âmbito das Comissões deliberantes do Parlamento? A deliberação bicameral é a preferida na prática parlamentar italiana, conforme esclarece PALADIN. A deliberação plenária, embora não tenha constituído objeto de reserva constitucional expressa, é a que melhor atende ao princípio da responsabilidade do Governo, embora a prática registre casos de lei de conversão oriunda de deliberação pelas Comissões. A recusa de conversão da medida provisória não conduz, necessariamente, à responsabilização política do Governo. É o voto negativo e contrário, sem acarretar a ruptura na relação de confiança entre o Governo e o Parlamento, como assinala PALADIN. A dinâmica do regime parlamentar não impede que se converta a recusa de conversão da medida

(10) COSTANTINO MORTATI, obra citada, p. 636.

(11) L. PALADIN, obra citada, pp. 77/78.

provisória em questão de confiança, desencadeadora da responsabilidade política. BISCARETTI DI RUFFIA <sup>(12)</sup>, que defende a apreciação da medida provisória pelo Plenário das Câmaras, por residir nele a sede política do julgamento do Governo, cita a queda do *Gabinete Fanfani*, em 1958, motivada pela recusa de conversão de três medidas provisórias.

### 3.8. *Não-conversão de medida provisória e lei reguladora de relações jurídicas decorrentes*

A Constituição da Itália dispõe que os decretos perdem eficácia desde o início (*ex-tunc*) se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação (art. 77). Correlatadamente, para prevenir situações criadas e mesmo a necessidade de regulamentação legislativa, facultada às Câmaras, isto é, ao Senado e à Câmara dos Deputados, regular em lei as relações jurídicas decorrentes dos *decretos* não convertidos (art. 77, parte final).

Comentando o texto, PALADIN <sup>(13)</sup> registra o “scarsissimo uso” da faculdade conferida às Câmaras, para regulamentação sucessiva das relações jurídicas, em procedimento assemelhado a uma *conversione tardiva*. O mesmo autor questiona a necessidade da regra constitucional e não vislumbra no texto a permissão ao Parlamento de retroagir a disciplina legal além dos limites constitucionais, o que equivaleria a uma derrogação inadmissível de princípios constitucionais fundamentais. A explicação razoável para a norma permissiva é que a ausência de regra dessa natureza poderia conduzir à interpretação de que, em matéria de medida provisória não convertida, estaria vedada a intervenção do legislador ordinário. Para MORTATI <sup>(14)</sup>, a legislação sucessiva resguardará a permanência de efeitos verificados durante a vigência da medida provisória não convertida e permitirá regular obrigação de ressarcimento ou de reintegração. LAVAGNA <sup>(15)</sup>, em comentário de decisão da Corte Constitucional, também entende, como PALADIN, que a faculdade da regulamentação impede o raciocínio negativo da preclusão legislativa na matéria não convertida e envolve uma substituição da avaliação política do Governo pela avaliação política do Parlamento. Pondera, ainda, que a regulamentação retroativa das relações anteriores não poderá, de modo algum, prescindir do integral respeito às normas constitucionais.

---

(12) BISCARETTI DI RUFFIA, obra citada, p. 517 (120).

(13) L. PALADIN, obra citada, pp. 92/93.

(14) COSTANTINO MORTATI, obra citada, p. 635.

(15) CARLO LAVAGNA — *La Costituzione Italiana Commentata con le decisioni della Corte Costituzionale* — UTET — Torino — 1970 — p. 744.

### 3.9. *Volume das medidas provisórias*

As medidas provisórias do Governo correspondem, na Itália, a mais de 10% da atividade legislativa do Parlamento. O uso da atividade legislativa governamental adquiriu intensidade quantitativa e qualitativa a partir de 1950. Embora distante do volume atingido na época do fascismo, PALADIN informa que, em alguns anos, como em 1967 e 1974, as medidas provisórias ultrapassaram a trinta, e, em 1976 e 1977, foram expedidas 68 e 47, respectivamente. O crescimento progressivo da legislação governamental, como se verifica nos números correspondentes a 1976 e 1977, levou o Presidente da Câmara dos Deputados, em declaração feita em 1977, a proclamar os inconvenientes da "proliferazione dei decreti-legge" (16).

### 4. *As medidas provisórias na Constituição da República de 1988*

As medidas provisórias instituídas no artigo 62 e seu parágrafo único da Constituição da República de 1988 representam caso de transplantação normativa de técnica do Direito Constitucional Italiano. Basta a comparação entre o artigo 62 e seu parágrafo da Constituição do País e o artigo 77 da Constituição italiana: a denominação do ato legislativo, a força de lei, a apresentação imediata, a convocação extraordinária em caso de recesso, a reunião no prazo de cinco dias, a perda da eficácia, desde o início ou da edição, a conversão em lei, em prazo a contar da publicação, a regulamentação das relações jurídicas decorrentes da medida não convertida. Há duas diferenças substanciais entre a técnica brasileira e o modelo italiano. A primeira reside no fundamento e a segunda na iniciativa. Os "provvedimenti provvisori" do texto italiano são autorizados "in casi straordinari di necessità e d'urgenza", enquanto as medidas provisórias da Constituição brasileira pressupõem o caso de "relevância e de urgência". Casos extraordinários de necessidade e de urgência ensejam verificação mais rigorosa, no juízo de admissibilidade, que o caso de "relevância e urgência", refletindo redação mais branda na sua primeira parte, pois a relevância, sempre sujeita a avaliação subjetiva e discricionária, não dispõe da energia e da evidência objetiva dos casos extraordinários de necessidade e de urgência. A diferença que decorre da iniciativa marca a distância que separa o regime parlamentar do regime presidencial. Na Itália, os "provvedimenti provvisori" dependem de iniciativa do Governo, isto é, do Conselho de Ministros, órgão colegiado de deliberação, e a iniciativa

(16) L. PALADIN, obra citada, p. 59.

atrai, desde logo, a responsabilidade do Governo, como dispõe a Constituição. No Brasil, a iniciativa das medidas provisórias pertence, isoladamente, ao Presidente da República, juiz monocrático de sua relevância e urgência, no exercício de competência privativa (*Constituição da República*, art. 84 — XXVI). A posição que ocupa o Presidente da República no regime presidencial aconselha que a análise e a aplicação das medidas provisórias reflitam as peculiaridades desse regime, dentre elas o exercício monárquico do Poder Executivo pelo Presidente da República, Chefe de Estado e Chefe de Governo.

## 5. *Questões específicas*

A doutrina e a prática parlamentar italiana, como vimos, encerram soluções igualmente aplicáveis à doutrina e à prática parlamentar brasileira, como nos casos da aplicação imediata das medidas provisórias, a faculdade de emendar, os efeitos das emendas, a reedição das medidas provisórias, a nova deliberação ou veto, a apreciação plenária, o alcance da lei regulamentadora de relações jurídicas decorrentes.

Ao lado da importante contribuição italiana, que examinamos anteriormente, algumas questões específicas já foram suscitadas na prática parlamentar brasileira e outras devem ser propostas, considerando a natureza do regime presidencial.

### 5.1. *Rejeição liminar das medidas provisórias*

É conhecida a controvérsia que se instaurou quando o Presidente em exercício do Senado Federal devolveu ao Presidente da República, por ato próprio, medida provisória encaminhada à apreciação do Congresso Nacional. A devolução correspondeu a uma rejeição liminar, sem a audiência do Congresso Nacional, destinatário constitucional das medidas provisórias. O procedimento não dispunha de apoio na Constituição e sua continuidade conduziria ao conflito entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, em dissídio de conseqüências nefastas às instituições republicanas. A Resolução n.º 1, do Congresso Nacional, de 2 de maio de 1989, que dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias, afasta a possibilidade de reiteração do procedimento. Com efeito, em seu artigo 2.º, situa a competência inaugural da Presidência do Congresso Nacional na publicação e distribuição de avulsos da medida provisória, publicada no *Diário Oficial*, e designação de Comissão Mista de Senadores e Deputados, para seu estudo e parecer.

## 5.2. *Promulgação congressional ou sanção da lei de conversão*

Acha-se consagrado no procedimento legislativo das medidas provisórias a promulgação pelo Presidente do Senado Federal da lei federal de conversão, formalizando a aprovação do Congresso Nacional. O referido procedimento deveria ser reexaminado. A sanção, a promulgação e a publicação das leis são atos da competência constitucional privativa do Presidente da República (*Constituição da República*, art. 84 — IV). A promulgação congressional de lei, através do Presidente ou do Vice-Presidente do Senado Federal, está limitada ao caso da não-promulgação da lei pelo Presidente da República, seja em virtude de silêncio decorrido o prazo de quinze dias, para sanção ou veto (*Constituição da República*, art. 66, § 3.º), ou de não-promulgação de projeto, dentro de quarenta e oito horas, no caso de rejeição do veto (*Constituição da República*, art. 66, § 5.º). A omissão do Presidente da República, num caso e no outro, ensejará a figura da promulgação da lei pelo Presidente do Senado ou, na omissão deste, pelo Vice-Presidente do Senado Federal (*Constituição da República*, art. 66, § 7.º). O Decreto Legislativo e a Resolução é que impõem a promulgação do Presidente do Senado ou, na sua falta, do Vice-Presidente do Senado Federal. Enquanto o projeto de lei de conversão estiver submetido à promulgação pelo Presidente do Senado, é óbvio que não poderá ser cogitada a possibilidade do veto presidencial.

## 5.3. *Lei de conversão e veto*

Todavia, se for corrigido o desvio de competência ora apontado, caberá examinar o cabimento do veto presidencial. Vetar projetos de lei, total ou parcialmente, é ato da competência constitucional privativa do Presidente da República (*Constituição da República*, art. 84 — V). A oportunidade para vetar surge na remessa do projeto de lei, para efeitos de sanção. Não aquiescendo ao projeto, o Presidente veta-lo-á, no todo ou em parte, invocando os fundamentos constitucionais do veto (*Constituição da República*, art. 66, § 1.º). O veto presidencial não se reveste do caráter cerimonioso do pedido de nova deliberação, típico de regime parlamentar. É ato do poder presidencial, com a eficácia paralisante do projeto de lei. Dentro das características do veto no regime presidencial, se for revisto o procedimento legislativo atual, que me parece incorreto, e se transferir ao Presidente da República o exercício da competência constitucional que lhe pertence no domínio da sanção, da promulgação e da publicação das leis, o projeto de lei de conversão que lhe for remetido no coroamento do processo legislativo estará sujeito, como os projetos de lei, em geral, à manifestação do veto, total ou parcial, na forma disciplinada

pela Constituição. A incidência do veto sobre matéria que decorrer de emendas ou sobre o conjunto do projeto de lei de conversão, abrangendo o próprio texto originário da medida provisória que expediu, configura questão de conveniência e de oportunidade, cabendo ao Presidente da República, no exercício do poder de veto, decidir pela sua amplitude.

#### 5.4. *Renovação da medida provisória*

A expedição de medida provisória alargou consideravelmente a competência legislativa material do Presidente da República. No Direito constitucional anterior, a expedição do decreto-lei, pelo menos em linha de princípio, dependia de seu enquadramento a matérias determinadas, sem aumento da despesa pública (*Constituição Federal de 1967*, art. 58 — I e II). A medida provisória não está submetida ao controle prévio de seu conteúdo, ao contrário do decreto-lei, e essa liberação operada pela Constituição da República impõe tratar com cautela a renovação da medida provisória, que é, como vimos, admitida na doutrina e na prática constitucional italiana. É certo que a Constituição não incluiu a medida provisória no tratamento restritivo que conferiu ao projeto de lei rejeitado, cuja matéria só poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, havendo proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (*Constituição da República*, art. 67). A Constituição não vedou, expressamente, a reapresentação de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional. Dois fundamentos desaconselham a reapresentação da medida provisória. O primeiro, de natureza política, presumindo que a reapresentação de medida provisória não convertida poderá adquirir a projeção de conflito entre o Presidente da República e o Congresso Nacional, dado o caráter desafiador da reapresentação. O segundo fundamento é de natureza jurídica. A Constituição ofereceu a solução que se deve adotar, em caso de não conversão em lei das medidas provisórias, impondo ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. A Resolução n.º 1, do Congresso Nacional, prevê a apresentação de decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes dos textos suprimidos (art. 7.º — II), com tramitação inicial do decreto legislativo na Câmara dos Deputados, e quando o prazo de trinta dias expirar sem deliberação final do Congresso Nacional (art. 17). Não obstante as reservas que oponho à amplitude com que a Constituição tratou as medidas provisórias, admito a possibilidade da reapresentação, se decorrido o prazo de trinta dias sem deliberação final do Congresso. O cabimento da reapresentação, neste caso, vincula-se à admissibilidade da medida provisória, em deliberação prévia do Congresso Nacional, concluindo pelo atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. A medida provisória rejeitada em deliberação final do Congresso Nacional não deverá



ser reapresentada. A reapresentação fica, portanto, condicionada ao juízo de admissibilidade favorável e à ocorrência de decurso do prazo de trinta dias sem deliberação final do Congresso Nacional.

### 5.5. *Volume das medidas provisórias*

Foram expedidas, pelo Presidente da República, até junho de 1989, no oitavo mês de vigência da Constituição da República de 1988, 72 (setenta e duas) medidas provisórias. O volume global é ligeiramente superior ao das medidas provisórias expedidas na Itália, em 1976, totalizando 68 "provvedimenti provvisori". No cômputo geral, estão incluídas 10 (dez) medidas provisórias, que decorreram da conversão automática dos decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição, conforme determinou o art. 25, § 2.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sem submetê-los à avaliação prévia da urgência e da relevância. Por isso, o decreto-lei que dispunha sobre a proibição da pesca de espécies em período de reprodução, converteu-se na Medida Provisória n.º 1, de 21 de outubro de 1988, posteriormente republicada por ter saído com incorreção, tornando-se a Medida Provisória n.º 10, da mesma data, publicada no *Diário Oficial*, de 25 de outubro daquele ano. Neste período inicial de implantação das medidas provisórias, ao lado de textos que se impuseram pela irrecusável relevância e urgência de seu conteúdo, como a Medida Provisória n.º 32, de 15 de janeiro de 1989, que instituiu o cruzado novo, determinou o congelamento de preços e estabeleceu regras de desindexação da economia, e as medidas provisórias complementares, que expediram normas de ajustamento do Programa de Estabilização Econômica, como a Medida Provisória n.º 48, de 18 de abril de 1989 — sem ingressar no exame do conflito entre essas medidas e normas e princípios fundamentais da Constituição da República —, é significativo, por outro lado, o volume de medidas provisórias que, em tese, não preenchem os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência e cujo conteúdo poderia constituir matéria da lei ordinária ou mesmo de decreto regulamentar. Nesse conjunto que me parece exorbitante do texto constitucional, incluo as Medidas Provisórias n.ºs 11, de 3 de novembro de 1988, que altera valores da taxa de fiscalização da instalação dos Serviços de Telecomunicações; 12, da mesma data, que dispõe sobre prazo para liquidação de débitos previdenciários, com efeitos retroativos a 31 de agosto e 13 de outubro de 1988; 13, idem, que dispõe sobre a aplicação do Decreto-Lei n.º 2.280, de 16 de dezembro de 1985, aos servidores do Tribunal Federal de Recursos; 14, idem, que altera o Decreto-Lei n.º 2.406, de 5 de janeiro de 1988; 15, idem, que altera disposição da legislação aduaneira sobre taxa e valor das multas; 16, idem, que estabelece as condições para emissão de Letras Hipotecárias; 19, idem, que dispõe sobre o registro provisório de estrangeiro; 23, de 6 de dezembro de 1988, que dá nova redação ao art. 10 da Lei n.º 2.145, de 29 de dezembro de 1953;

29, de 15 de janeiro de 1989, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, posteriormente republicada sob o n.º 39, de 15 de fevereiro de 1989; 41, de 13 de março de 1989, criando a Secretaria Especial de Ciência e Tecnologia; 49, de 19 de abril de 1989, que dispõe sobre a Secretaria Especial de Abastecimento e Preços (SEAP), posteriormente reapresentada sob o n.º 58, de 22 de maio de 1989; 62, de 1.º de junho de 1989, que limita em sete o número de Zonas de Processamento de Exportações (ZPE); 64, de 5 de junho de 1989, que fixa a competência do Conselho Nacional de Energia Nuclear e do Departamento Nacional de Águas e Energia; 66, de 8 de junho de 1989, sobre adoção, pelo IBGE, de metodologia análoga à do Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor; 72, de junho de 1989, que estabelece obrigação para empresas sujeitas à CLT. São dezesseis medidas provisórias cujas matérias poderiam ser tratadas normalmente no âmbito do projeto de lei e cujo atendimento aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência não deveria ultrapassar o juízo preambular da admissibilidade, salvo benignidade do Congresso Nacional.

## 6. *Considerações finais*

A Constituição da República não enfraqueceu a competência do Presidente da República no domínio do processo legislativo. Assegurou-lhe, ao contrário, o exercício de amplas atribuições, como a proposta de emenda à Constituição (art. 60 — II), a iniciativa das leis complementares e ordinárias, em geral (art. 61), a iniciativa privativa de relevante legislação (art. 61 — I e II — *a, b, c, d e e*), a adoção de medidas provisórias, com força de lei (art. 62 e parágrafo único), a proibição de aumento de despesa nos projetos de sua iniciativa privativa ou exclusiva (art. 63 — I), a solicitação de urgência para apreciação dos projetos de sua iniciativa (art. 64, §§ 1.º e 2.º), o poder de veto total ou parcial de projeto de lei (art. 66, §§ 1.º e 2.º), a elaboração de leis delegadas oriundas da delegação legislativa do Congresso Nacional (art. 68, § 2.º), apresentação ao Congresso Nacional do Plano Plurianual, do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e das propostas do orçamento fiscal, do orçamento da seguridade social e do orçamento de investimento das empresas estatais (art. 84 — XXIII *c/c* art. 165 — I, II e III, § 5.º — I, II e III).

As atribuições legislativas, que se expandem nas atribuições de outra natureza, como a convocação extraordinária do Congresso Nacional, a decretação da intervenção federal, do estado de defesa e do estado de sítio, o comando supremo das Forças Armadas, o poder de nomear, entre outras, demonstram que a Constituição da República manteve as linhas fundamentais do presidencialismo brasileiro.

A Constituição, por outro lado, preservou o Congresso Nacional, tornando-o peça fundamental ao funcionamento das instituições, com a restituição e a ampliação de suas funções legislativas e de controle. O Congresso homologador desapareceu nos escombros do regime demolido pela nova Constituição. As Comissões do Congresso Nacional dispõem de competência para legislar conclusivamente, com dispensa do Plenário, salvo recurso (art. 58 — § 2.º — I). Gozam de amplos poderes de investigação (art. 58, § 3.º). A proposta de Emenda à Constituição pertence a membros da Câmara ou do Senado Federal (art. 60 — I). A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional (art. 61).

A urgência legislativa solicitada pelo Presidente da República depende de manifestação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 64, §§ 1.º e 2.º). O veto presidencial poderá ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, abrandando o *quorum* de rejeição. Deputados e Senadores adquiriram o poder de emendar a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual e seus documentos constitutivos (art. 166, §§ 2.º, 3.º e 4.º).

A competência exclusiva do Congresso detém apreciável poder de controle de atos do Presidente da República, como o de sustar atos normativos do Poder Executivo (art. 49 — V) e participar da escolha dos membros do Tribunal de Contas, em proporção superior à do Presidente da República (art. 49 — XIII — c/c art. 73, § 2.º — I e II).

As dimensões das atribuições constitucionais do Congresso Nacional e do Presidente da República não sugerem confrontação e indicam, ao contrário, o equilíbrio tão necessário à independência e à harmonia dos Poderes da República. As atribuições constitucionais do Congresso Nacional e as do Presidente da República permitem uma especulação sobre tendências, sem ingressar, como é óbvio, no campo esotérico da profecia. Se o Presidente da República dispuser de maioria nas Casas do Congresso Nacional, a legislação federal refletirá o comando de sua iniciativa e essa legislação poderá decorrer da expedição freqüente de medidas provisórias, com a promulgação ulterior da lei de conversão. Se o Presidente da República não conseguir o apoio da maioria congressual, por insuficiente sustentação dos partidos políticos, a legislação presidencial ficará submetida ao comando legislativo do Congresso Nacional, que ampliará sua iniciativa e sujeitará o Presidente minoritário ao controle majoritário do Congresso Nacional. Assim ocorreu na Presidência Café Filho, nos idos de 1954 e 1955. Assim vem ocorrendo na Presidência José Sarney, especialmente após a fragmentação do apoio da Aliança Democrática. O comportamento futuro dependerá da correlação entre o Presidente eleito e os partidos políticos representados no Congresso Nacional.

# Os serviços de telecomunicações na Constituição Brasileira de 1988

GASPAR VIANNA

Advogado, autor do livro *Direito de Telecomunicações*

“Art. 21. Compete à União:

.....  
.....

XI — explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;

XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.”

## *Abrangência*

1. A nova ordem jurídica edificada no País a partir da Constituição Brasileira de 1988 determinou significativas mudanças no setor de telecomunicações. Além de um capítulo dedicado especificamente à *Comunicação Social* — que inexistia nas Constituições anteriores —, o *imposto sobre a prestação de serviços de comunicação* foi transferido da órbita federal para a estadual. Destaque-se, ainda, que a proteção constitucional ao sigilo das telecomunicações sofreu alteração substancial. A essas matérias, já volumosas e relevantes, mas específicas do setor, somam-se outras, em dispositivos inovadores, como nas áreas previdenciária, administrativa

e trabalhista, que, por introduzirem transformações estruturais, exigirão adaptações de maior ou menor envergadura nas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Neste trabalho, todavia, pretende-se tão somente fazer o exame do dispositivo disciplinador da *competência para a exploração dos serviços de telecomunicações*, ou seja, os incisos XI e XII, letra *a*, do artigo 21 da nossa nova Lei Máxima.

Antes de adentrar na exegese propriamente dita do referenciado texto constitucional, afigura-se como sendo da maior importância apresentar, ainda que sumariamente, o desenvolvimento dos trabalhos legislativos que culminam com a votação e aprovação do referenciado texto.

## *Os trabalhos legislativos*

### *Os três modelos*

2. Desde os primeiros trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, ainda na Comissão Temática encarregada do exame da área de comunicação, e até a discussão final do texto, no segundo turno de votação, muito se discutiu sobre os modelos de exploração dos serviços de telecomunicações. Em torno de três modelos básicos se formaram grupos distintos de pressão e de opinião, com o objetivo de fazer prevalecer no texto final a sua opinião.

### *O modelo federativo*

3. O primeiro modelo consistia na volta ao texto da Constituição de 1946, que reconhecia à União tão somente o poder de explorar diretamente ou outorgar concessão para os serviços de telecomunicações de âmbito internacional e interestadual. Com isso, os Estados Federados e os Municípios poderiam explorar diretamente ou conceder a exploração dos serviços de telecomunicações de âmbito intra-estadual e municipal.

Como apresentado, este modelo seria extensivo a todos os serviços de telecomunicações, não excepcionando nem mesmo aqueles que exigem controle centralizado das outorgas de frequências do espectro eletromagnético, como os de radioamadorismo, segurança de aeronaves, de radiodifusão sonora e de televisão.

Era, portanto, uma versão muito mais exacerbada do que a adotada pela Constituição de 1946, pois aquela só reconhecia aos Estados e Municípios competência para a outorga e exploração de serviço telefônico em âmbito municipal e intra-estadual.

Defendido por um grupo de parlamentares paulistas liderado pelos Constituintes José Serra (PMDB) e Mário Covas (PMDB), além do Constituinte José Richa (PMDB), do Paraná, este modelo guardava coerência com uma proposta maior, que consistia em uma amplíssima e revo-

lucionária transferência de poderes, competência e recursos para os Estados Federados e para os Municípios.

#### *O modelo privatizante*

4. O segundo modelo consistia em manter o texto das Constituições 1967 e 1969, que atribuía à União competência não só para explorar diretamente como também para outorgar concessão ou permissão para a exploração de *toda e qualquer* serviço de telecomunicações, mesmo aqueles *estratégicos para a segurança e para o desenvolvimento do País*. Estas concessões e permissões poderiam ser outorgadas para *toda e qualquer* empresa, mesmo estrangeira, inclusive a multinacional.

Este modelo foi defendido por constituintes de extrema direita e de centro-direita, integrantes do movimento que veio a ser conhecido como "Centrão" e identificado com a defesa de teses conservadoras, do liberalismo econômico, dos interesses do grande empresariado brasileiro e das empresas estrangeiras, incluídas as multinacionais. A Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica — ABINEE — integrou o *lobby* que defendeu este modelo, segundo o qual o Governo Federal permanecia com a missão de manter os serviços básicos, de fundo social deixando para a iniciativa privada o direito de explorar, mediante concessões e permissões, os serviços sofisticados, de fundo econômico.

#### *O modelo estatal*

5. O terceiro modelo pretendia incluir textualmente na Constituição que os serviços de telecomunicações deveriam ser objeto de monopólio pelo Estado. Os defensores mais radicais deste modelo advogavam até mesmo a inclusão do rádio e da televisão no referido monopólio.

O modelo estatal, apresentado através de *emenda popular* que se fez acompanhar de 111.172 assinaturas, foi defendido por constituintes da extrema esquerda e de centro-esquerda e identificados com teses progressistas, com o nacionalismo, com a defesa de maior participação do Estado na economia e da proteção às empresas genuinamente brasileiras. Contou com o apoio ostensivo da Central Única de Trabalhadores — CUT, Sindicatos dos Trabalhadores em Telecomunicações e associações de empregados das empresas do Sistema Telebrás.

#### *Comissão de Sistematização*

6. Segundo o Regimento Interno da Constituinte, uma Comissão — denominada de Comissão de Sistematização — deveria apresentar um texto básico da Constituição, que consolidasse as propostas recebidas nas Comissões Temáticas.

O texto básico apresentado pela Comissão de Sistematização, para receber emendas dos parlamentares, adotou, no tocante às telecomunica-



ções, o *modelo federativo*, ou seja, aquele que reconhecia aos Estados e Municípios o poder de explorar diretamente ou mediante concessão *todos* os serviços de telecomunicações, desde que de âmbito intra-estadual ou municipal.

Contra este modelo levantou-se todo o setor de telecomunicações: donos de emissoras de rádio e de televisão, dirigentes e empregados de empresas, sindicatos, associações, indústrias, empresas prestadoras de serviços e representantes das Forças Armadas no Congresso Nacional.

Em razão desta mobilização ampla e espontânea, foram apresentadas *quatorze* emendas, as quais consagravam, com maior ou com menor rigor, o modelo *privatizante* ou o modelo *estatal*. Registre-se que não foi apresentada uma única proposta procurando aperfeiçoar o modelo *federativo* — que constava do texto oriundo da Comissão de Sistematização.

### *Os pareceres do Relator*

7. O Relator da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral (PMDB-AM), em seus pareceres sobre as emendas, assim se pronunciou:

— deu voto contrário às emendas privatizantes, apresentadas, respectivamente, pelo “Centrão” (emenda coletiva) e pela Deputada Rita Furtado (PFL-RO);

— apontou que “a melhor maneira de atender, efetiva e abrangentemente, aos aspectos mais delicados da questão”, seria aquela que viesse a ser obtida “mediante fusão de emendas correlatas”;

— esclareceu que a redação de sua preferência poderia vir a ser obtida através da “fusão de três emendas: a de número 772/4, do Deputado José Costa, número 726/1, do Deputado Oswaldo Lima Filho, e número 205/6, do Deputado Gonzaga Patriota”;

— adiantou que desta fusão, resultaria a alteração do texto do Projeto, que passaria a ter a seguinte redação:

“Art. . . . . — Compete à União:

.....  
.....

XI — explorar diretamente os serviços públicos de telecomunicações, inclusive telefônicos e de transmissão de dados;

XII — explorar diretamente ou mediante concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de televisão e demais serviços de telecomunicações”;

— concluiu informando que se dispunha “a dar parecer favorável em plenário à fusão das Emendas”, na forma indicada, uma vez que ela torna “específica e objetiva” a competência da União “para explorar os serviços mencionados.”

### *A fusão das emendas*

8. Em 5 de fevereiro de 1988 o protocolo da Assembléia Nacional Constituinte recebeu um texto que consolidava a fusão de *doze emendas*, a saber, as apresentadas pelos Constituintes Marco Maciel (PFL-PE), Gonzaga Patriota (PMDB-PE), Márcio Lacerda (PMDB-MT), Percival Muniz (PMDB-MT), Fernando Santana (PCB-BA), Aluizio Vasconcelos (PMDB-MG), Moema São Tiago (PSDB-CE), Oswaldo Lima Filho (PMDB-PE), Manoel Ribeiro (PMDB-PA), Nelson Wedekin (PMDB-SC) e José Costa (PMDB-AL). Esta fusão, com irrelevante alteração de forma no inciso XI, atendia a recomendação do Relator Bernardo Cabral em seus pareceres sobre as emendas apresentadas: “explorar diretamente os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações”.

### *Exame em Plenário*

9. Com o objetivo de ampliar ainda mais a base de sustentação do texto, obtendo-se o *encaminhamento* de voto favorável pelas lideranças do maior número possível de partidos, foram desenvolvidas seguidas rodadas de negociação, antes do exame da matéria pelo Plenário da Assembléia Nacional Constituinte.

Assim sendo, em 4 de março de 1988 chegou-se a um texto que, por fim, recebeu a aprovação de todas as lideranças partidárias. Nele se incluiu a expressão “ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal”, bem como ficou “assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”. Estes dois acréscimos serão examinados mais adiante, neste trabalho.

Em 7 de março de 1988 o texto aprovado em *Acordo de Lideranças* foi submetido à Plenário e veio a ser aprovado por 392 votos, contra apenas 4 e 4 abstenções. Os votos contrários: Rita Furtado (PFL-RO), Sadie Hauache (PFL-AM), José Elias (PTB-MG), e Arnaud Fioravante (PDS-SP).

### *O Segundo Turno*

10. No Segundo Turno dos Trabalhos da Constituinte só foram aceitas emendas supressivas de palavras, de expressão ou de artigos, por inteiro. Estas emendas, por princípio, deveriam se destinar somente a aperfeiçoar o texto já aprovado, não podendo, em consequência, importar em qualquer modificação ou inversão do conteúdo.

Apesar disso, foram apresentadas *doze* emendas, através dos seguintes Constituintes: José Lins (PFL-CE), Homero Santos (PFL-MG), José Mendonça Bezerra (PFL-PE), Rita Furtado (PFL-RO), Delfim Netto (PDS-SP), Milton Lima (PMDB-MG), Heráclito Fortes (PMDB-PI), Wilson Martins (PMDB-MS), José Costa (PMDB-AL), Jayme Santana (PFL-MA), Chico Humberto (PDT-MG) e Gonzaga Patriota (PMDB-PE).

As emendas supressivas tinham, em sua maioria, o objetivo de retirar do texto a expressão “a empresas sob controle acionário estatal”, alterando o sentido do que foi aprovado e novamente abrindo a exploração dos serviços públicos a quaisquer empresas — inclusive as integralmente estrangeiras ou multinacionais, que poderiam assumir o controle do transporte da informação no Brasil, através da conversão de créditos decorrentes da dívida externa em ações com direito a voto.

O relator Bernardo Cabral rejeitou *todas* as emendas e, em seu parecer sobre a emenda apresentada pelo constituinte *Delfim Netto*, assim se expressou: “fiel à determinação de dar meu apoio aos amplos acordos realizados, e tendo em mente a necessidade de manter-se o controle estatal sobre esta importante atividade econômica, opino pela rejeição da presente emenda”.

Assim, em sessão de 17 de agosto de 1988, a decisão virtualmente unânime do Plenário consagrando a Fusão de Emendas e o Acordo de Lideranças foi *ratificada* em sua inteireza, ficando definitivamente aprovado o texto retromencionado.

\* \* \*

### *O texto promulgado*

#### *Constituição de 1967*

11. O texto promulgado significa importante avanço em relação ao da Constituição de 1967. Usando o artifício de uma redação propositadamente genérica e imprecisa, o dispositivo disciplinar da competência em matéria de telecomunicações naquela Constituição conferia à União poderes próprios de um regime ditatorial. No dizer de PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, “à União compete *explorar*; *permite-se-lhe autorizar* ou *conceder*. Até onde pode ir a autorização para a concessão, o texto não diz” (cf. 2.ª ed., 1970, Ed. Rev. Tribunais, pág. 38). Assim, da mesma forma que, por lei ordinária, o rádio e a televisão poderiam ser estatizados em todo o território nacional, os troncos básicos do sistema nacional de telecomunicações poderiam ser entregues à exploração por uma empresa multinacional.

Esta imprecisão e generalidade, embora extremamente perigosa em um País de instituições tão frágeis e instáveis como o nosso, encontrava justificativa na situação caótica em que nossas telecomunicações se encontravam naquele ano de 1967. Afinal, à época, o Sistema Nacional de Teleco-

municações era, ainda, uma promessa; as conexões internacionais, via satélite, uma esperança e sequer se falava em televisão em cores e em transmissão de dados.

### *Necessidade de atualização*

12. Decorridos vinte e um anos, não se justificava que em uma nova Constituição se mantivesse um dispositivo inteiramente dissociado da realidade. Afinal, o setor de telecomunicações conheceu uma verdadeira revolução: a Embratel interliga o País, através de uma vasta rede de microondas e de dois satélites de telecomunicações; as comunicações internacionais se fazem por cabos submarinos e pelos satélites do Consórcio Intelsat, do qual o Brasil é um dos principais acionistas; a Telebrás tornou-se o primeiro grupo governamental em lucratividade efetiva, apesar do ônus de sua missão social de levar serviços telefônicos a mais de 11.000 localidades, atingindo longínquas vilas e povoados.

*Essa realidade, que cumpria ser preservada por todos os motivos de interesse nacional, já seria motivo suficiente para que se procurasse dar ao texto constitucional uma redação diversa daquela adotada há vinte e um anos. Havia, todavia, uma razão ainda mais ponderável: uma redação genérica e imprecisa representaria perigo para o equilíbrio do sistema nacional de telecomunicações, tal qual hoje configurado, e, por consequência, para as instituições do País.*

### *O equilíbrio do sistema*

13. O sistema, tal qual hoje configurado, encontra equilíbrio no fato de que os serviços sofisticados devem subsidiar os básicos, assim como os prestados em regiões ricas ou de alta densidade populacional devem financiar os prestados em regiões pobres ou de baixa concentração urbana. Assim sendo, por força de uma política de *subsídios cruzados*, a Telebrás, controladora de um sistema governamental composto de vinte e oito empresas, tem conseguido, ao longo de mais de quinze anos, conciliar o *econômico* com o *social* e atender satisfatoriamente às necessidades do povo brasileiro.

### *Tratamento diferenciado*

14. Por todas estas razões, os constituintes entenderam que já era chegado o momento histórico de dividir os serviços de telecomunicações quanto à competência para exploração em dois grandes e bem determinados grupos, dando a cada um deles tratamento bem diferenciado.

No primeiro grupo, identificado pelo inciso XI do art. 21 da Constituição, foram destacados todos os serviços de telecomunicações que, pela sua natureza intrínseca, e à luz do Direito Administrativo Brasileiro, classificam-se como serviços públicos *stricto sensu*: os serviços telefônicos, tele-

gráficos e de transmissão de dados, entre outros. A execução destes serviços, que se destinam ao uso da população em geral, pela sua importância estratégica para o desenvolvimento e a segurança do País, não mais poderá ser concedida a empresas particulares, nacionais ou estrangeiras. Tais serviços permanecem *estatizados*, isto é, continuam a ser obrigação indelegável do Estado, que a cumprirá através de órgãos de sua administração direta e centralizada, como departamentos e serviços autônomos, ou através de empresas sob seu controle acionário, como empresas públicas e sociedades de economia mista.

No outro grupo, identificado pela letra *a* do inciso XII do mesmo artigo 21 da Constituição, ficaram alinhados os demais serviços de telecomunicações, a saber, os de radiodifusão sonora, os de televisão e todas as outras modalidades de telecomunicações não abertas à correspondência pública ou destinadas ao uso exclusivo e restrito de uma mesma pessoa natural ou jurídica. Estes serviços poderão ser explorados diretamente pela União ou por pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, mediante concessões, permissões ou autorizações, conforme a modalidade e a importância do serviço e segundo os termos da lei regulamentadora da matéria.

#### *Inexistência de serviços privados*

15. Ao separar os serviços de telecomunicações em dois incisos do art. 21, e ao tratar, no primeiro, dos *serviços públicos* e, no segundo, dos *serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações*, a Constituição de 1988 pode conduzir o leitor pouco atento à interpretação superficial e equivocada de que, quanto à utilização, os serviços de telecomunicações se dividiriam em duas categorias: a de *serviços públicos* e a de *serviços não públicos* — ou privados.

Isso não ocorre, todavia.

Todos os serviços de telecomunicações são *serviços públicos*, uma vez que a sua exploração compete *sempre* à União, que a tornará efetiva de forma direta, por meios próprios do Estado, ou de forma indireta, por meio de empreendimentos governamentais e particulares submetidos ao regime de concessões, permissões ou autorizações.

A diferença está unicamente no regime jurídico a que estão submetidos uns e outros serviços, conforme registra com propriedade o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*:

“... todas essas formas previstas no art. 21, XI e XII, *a*, constituem serviços públicos da União. A diferença de regime está em que os indicados no inciso XI serão explorados no regime de monopólio da União, por si ou por empresa estatal, não se admi-

tindo sua prestação por particulares, nem por concessão, nem por permissão, nem por autorização, enquanto os referidos no inc. XII podem ser explorados, também, por particulares mediante autorização, concessão ou permissão” (obra citada, 5.<sup>a</sup> ed., Ed. Rev. dos Tribunais, 1989, p. 430).

Se existissem serviços privados de telecomunicações, a sua exploração independeria de qualquer autorização de órgãos públicos, controle ou fiscalização, pois estaria no campo do *livre exercício da atividade econômica* (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988).

\* \* \*

### *Quatro níveis de serviços*

#### *Critério adotado*

16. Se, na verdade, todos os serviços de telecomunicações são públicos, é igualmente certo que as quase três dezenas de modalidades de serviços possuem características próprias que as individualizam e recomendam tratamento jurídico diferenciado.

Por ser assim, e considerando não só aquilo que foi estabelecido na Constituição, mas também a lei pretérita por ela recebida — a Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, podemos afirmar que os serviços de telecomunicações se dividem em *quatro níveis hierárquicos*, estabelecidos em função da menor ou da maior procedência do *interesse público*, isto é, da relação entre o cidadão e o serviço que existe para atendê-lo em uma determinada necessidade. O critério que separa as modalidades de serviços em quatro níveis será, portanto, a vantagem, o proveito, o benefício que a existência e o funcionamento regular e permanente do serviço traz para a sociedade.

Antes de passar à descrição dos *quatro níveis de serviço*, convém esclarecer que nos dois níveis em que a *intensidade* do interesse público é menor — serviços delegados mediante autorização e permissão — estão os “demais serviços de telecomunicações” a que se refere o Texto Supremo; no terceiro nível estão os “serviços de radiodifusão sonora” e “de sons e imagens”; finalmente, no nível em que o interesse público é maior, estão os “serviços públicos de telecomunicações”.

#### *Autorizações*

17. No primeiro nível hierárquico de importância temos os serviços de telecomunicações, onde o *interesse público* é *diminuto*. São os serviços cuja exploração é *autorizada*, por ato unilateral precário e discricionário da autoridade administrativa a quem os regulamentos reconheçam competência. Este ato pode se materializar em mera expedição de uma licença de



funcionamento, após o cumprimento de certas formalidades. A *autorização* não está sujeita à licitação, pois nos serviços explorados por esta forma de delegação não está presente o intuito lucrativo ou a remuneração pela sua prestação para terceiros. Ao contrário, são executados no próprio interesse da pessoa natural ou jurídica que solicita a autorização. Embora muito pequeno, quase nenhum, o interesse público existe porque o autorizatório utilizará um *bem comum* — o espectro eletromagnético — e, em função disso, em casos excepcionais, quando faltem ou falhem os meios normais de telecomunicações, a pessoa autorizada está obrigada a interromper a operação normal do serviço para auxiliar em operações de busca e salvamento e prestação de serviços à coletividade, coordenados pelos órgãos da defesa civil ou das Forças Armadas. Temos, pois, aqui, um interesse público eventual, residual. A Administração de Telecomunicações, portanto, intervém para fins de cadastramento dos interessados em ocupar uma determinada faixa de frequência eletromagnética, de forma exclusiva ou compartilhada, quer para fiscalizar-lhes a utilização, quer para cobrar-lhes as taxas correspondentes. Por todas estas razões, a autorização é a forma de delegação ideal para a exploração dos *serviços de segurança* (pública, ao transporte e ao patrimônio), *de telesupervisão, de radiocontrole e radiocomando, de radioamador, de rádio do cidadão, de radiotáxi e de todos os demais serviços nos quais uma determinada faixa de frequência é utilizada, de forma exclusiva ou compartilhada, para uso próprio* (isto é, de uma mesma pessoa natural ou de entidades sem características comerciais ou sem intuito lucrativo, como sindicatos, associações e cooperativas.

### *Permissões*

18. No segundo nível hierárquico situam-se os serviços de telecomunicações onde o interesse público é *relativo*. São os serviços cuja exploração é *permitida*, por ato unilateral da autoridade maior da Administração de Telecomunicações. “A *permissão* — ensina Hely Lopes Meirelles — é em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para a exploração do serviço, a fim de garantir a rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário, visando atrair a iniciativa privada” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 14.<sup>a</sup> edição, Ed. Rev. dos Tribunais, 1989, p. 350). A permissão deve se materializar na expedição de *portaria*, com publicação obrigatória no *Diário Oficial* da União. A delegação de serviços através de permissão está sujeita à prévia licitação, nos termos do artigo 175 da Constituição, ainda que não haja intuito lucrativo ou prestação de serviços para terceiros. A medida se justifica, pois mesmo nestes casos ocorre a utilização não compartilhada de elevado número de frequências do espectro eletromagnético. Segundo a doutrina ensina, os detentores de permissão não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos. A regulamentação, todavia, atenta à importância de determinados serviços, poderá alterar tais características. O interesse público, neste caso, é apenas relativo, parcial, pois nenhum dos serviços deste

grupo tem as características de universalidade, isto é, de prestação para toda uma coletividade, mediante o pagamento de tarifas, fixadas pelo Poder Público. Ao contrário, são restritos a determinados assinantes, que pagam um preço que deve ser controlado pelo Poder Permitente, mas que pode ser fixado pela empresa exploradora do serviço. A Administração de Telecomunicações intervém para (a) estabelecer as condições de prestação do serviço, quando destinados a terceiros; (b) alocar freqüências específicas através dos quais os serviços poderão ser prestados; (c) cadastrar os permissionários do serviço e as freqüências que lhe foram alocadas; (d) fiscalizar a execução dos serviços; (e) impor penalidades administrativas. Por todas as razões descritas, a permissão é a forma de delegação ideal para a exploração de *serviços de radiochamada, música funcional, múltiplos destinos* e quaisquer outros em que não haja correspondência (troca de informações), porque destinados à transmissão (unilateral, portanto) de informações de uma estação central (distribuidora) para estações determinadas (receptoras). Embora possam ser confundidos, em um primeiro momento, com os serviços públicos de exploração exclusiva da União, deles se distinguem principalmente pelo fato de que aqueles propiciam *ampla* capacidade de comunicação, através de terminais interligados à rede pública, enquanto que estes propiciam capacidade *limitada* de comunicação, seja porque unilateral, seja porque nem as estações receptoras, nem a estação distribuidora, podem se interligar e vir a integrar, deste modo, a rede pública.

### *Concessões*

19. Chegemos, assim, ao terceiro nível hierárquico de importância, no qual estão situados os meios de comunicação social, ou de massa, que utilizem processos eletromagnéticos: a *radiodifusão sonora* e a *de sons e imagens — televisão*. Considerando a grande influência que tais serviços assumem na formação pública, a Constituição de 1988 incluiu dispositivos relativos não só à programação veiculada, como também à propriedade e direção de tais empresas. Além disso, criou a figura da revisão pelo Poder Legislativo dos atos de outorga e renovação das concessões. Por tudo isso, *fica evidente que o interesse público, nestes serviços, é muito intenso. São serviços relevantes, de altíssima conveniência, não podendo ser interrompidos sem que isso cause sensíveis transtornos à coletividade a que servem. Somente na vigência do estado de sítio poderão ser decretadas restrições relativas à liberdade de comunicação (art. 139, III, da Constituição). Diferem das concessões clássicas, pois os serviços não são remunerados mediante tarifas, mas sim mediante propaganda comercial, veiculada em conjunto com os programas transmitidos. É uma forma de comunicação unilateral (transmissão) em que a recepção é livre, isto é, pode ser feita por qualquer pessoa do povo, de forma indeterminada e gratuita, desde que disponha de aparelho apropriado. São serviços que o Poder Executivo pode delegar para entidades especial e exclusivamente constituídas para esse fim, através*

de uma concessão regulamentar, que será precedida de licitação pública e deverá receber homologação do Poder Legislativo. São serviços que objetivam “facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar” (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 290). Ainda segundo o sempre autorizado ensinamento daquele professor, estes serviços se situariam dentre os *serviços de utilidade pública*, assim conceituáveis aqueles em que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros, nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores.

### *Serviços indelegáveis*

20. Finalmente, no quarto e último nível hierárquico, ficam os serviços de telecomunicações onde o interesse público é *absoluto*, de tal modo que constitui missão indelegável do Estado mantê-los por seus próprios meios e entidades. São todos os serviços prestados através de um conjunto operacional contínuo e tecnicamente compatível, composto por circuitos, estações e demais equipamentos capazes de propiciar a qualquer pessoa o intercâmbio de informações de diferentes interesses e procedências: a *rede pública*. Segundo a experiência mundial, tais serviços tendem a uma integração cada vez maior, em torno desta malha única e digitalizada. Assim sendo, quer por razões técnicas ou econômicas, quer por imperativo de segurança nacional, quer por relevante interesse coletivo, o legislador constitucional brasileiro entendeu de boa orientação colocar os serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados, além de todos os serviços existentes ou que venham a existir cuja finalidade seja atender às necessidades gerais e básicas da sociedade, ao lado de outras áreas de atuação exclusiva da União: as atividades de polícia, de defesa nacional e de preservação da saúde pública.

Estes serviços, que a Constituição de 1988 chama de “serviços públicos” e o Direito Administrativo brasileiro chama de “serviços típicos” ou de “serviços próprios do Estado”, têm sido considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros.

### *Advertência necessária*

21. Indispensável registrar que esta classificação dos serviços públicos ajusta-se perfeitamente aos dispositivos constitucionais vigentes. Representa uma contribuição do autor deste trabalho para os fins de elaboração da nova lei de telecomunicações. Ela projeta para o futuro, pois não é exatamente a que se encontra nas atuais portarias reguladoras dos serviços de telecomunicações, pois estas, no momento, conflitam com a Constitui-

ção e com o Código Brasileiro de Telecomunicações, agridem a lógica e inobservam princípios básicos de Direito Administrativo. Reclamam urgente revisão. Por isso, foram desconhecidas e abandonadas neste trabalho.

\* \* \*

## Serviços públicos

### Um texto negociado

22. Visto sob a ótica da técnica jurídica, o inciso XI do art. 21 do texto constitucional é redundante, casuístico e, por isso, imperfeito. A julgar pela enumeração exemplificativa, os serviços de transmissão de dados deveriam ter natureza autônoma quando, na verdade, eles são modalidade do gênero telegráfico, ao lado do telegrama, do telex e do fac-símile. O equívoco que se cometeu pode ser comparado ao de um anúncio que alardeie a venda de “limões, laranjas, laranjas-lima e demais frutas cítricas”. Tecnicamente, bastaria a referência genérica aos “serviços públicos de telecomunicações”, sem explicitar nenhum deles e remetendo-se para a lei ordinária a conceituação de quais serviços de telecomunicações são, por sua natureza, “serviços públicos” e quais deixam de sê-lo.

Examinando, todavia, sob o ângulo finalístico, é de se reconhecer que o texto alcançou os fins pretendidos. A redundância e o casuismo foram propositais, aqui e ali procurando representar o ponto de equilíbrio entre as tendências adversas.

O texto constitucional não foi obra de um único jurista iluminado, solidamente alicerçado em convicções ideológicas e comodamente instalado em gabinete confortável. Ao contrário, foi o resultado de um compromisso entre várias forças e partidos, catalizadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. Na palavra do Relator da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral, o texto sobre telecomunicação representa “um dos mais trabalhosos e efetivamente negociados acordos que foram levados a efeito durante o primeiro turno de votação”.

Na mesma linha, o Deputado José Fogaça registrou que o texto “foi objeto da delicada e complexa engenharia política do acordo, que nos levou, conciliando interesses, desfazendo conflitos, a elaborar um novo texto que mediasse as diversas projeções e demandas aqui no interior da Assembléia Nacional Constituinte, em torno de telecomunicações. Portanto, esse é um texto de acordo”.

Explica-se deste modo a redação casuística. Fruto de intensa negociação, o texto final reflete a preocupação dos constituintes de, por antecipação, eliminar quaisquer dúvidas futuras quanto ao alcance dos serviços públicos que foram estatizados.

Para tanto, o texto cita expressamente os *serviços telefônicos*, no plural, isto é, de forma a abrigar todos os processos de telecomunicações

que possibilitem a emissão, transmissão e recepção da palavra falada ou de outros sons e se destinem ao uso do público em geral. Assim sendo, irrelevante o âmbito do serviço ou a tecnologia utilizada: não ocorre qualquer mudança de *natureza* se o serviço é manual ou automático; urbano ou rural; fixo ou móvel; analógico, digital ou celular; interior ou internacional; por fio, fibras óticas ou radioeletricidade.

Citou-se, em seguida, os *serviços telegráficos*, também no plural, de forma a abranger todos os processos de telecomunicações que possibilitem a emissão, transmissão e recepção de escritos ou de outros sinais gráficos pelo uso de um código de sinais e se destinem ao uso pelo público em geral. Neste universo incluem-se, dentre outros, os serviços de telegramas, de fac-símile, de telex e de transmissão de dados.

Como as pretensões privatizantes voltavam-se naquele momento para os *serviços de transmissão de dados*, os constituintes entenderam indispensável destacar esta modalidade de serviço telegráfico para incluí-la de forma expressa dentre aquelas submetidas ao regime de prestação estatizada.

Não resta dúvida, portanto, que são tipicamente *públicos* todos e quaisquer serviços telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados e que foi exatamente para evitar interpretações diversas que a Constituição de 1988 optou pela redação exemplificativa.

Em toda a história dos serviços de telecomunicações no Brasil nunca existiram serviços telegráficos, telefônicos ou de transmissão de dados "privados". Estes serviços sempre foram *públicos*, como agora reconheceu a Constituição. Aliás, é importante registrar que o Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962, em nenhum momento admite a existência de "serviços privados". Mantendo a coerência, nenhuma lei posterior inscreveu algo neste sentido. Portanto, somente o erro grosseiro ou a má-fé — neste caso, a ação deliberada no sentido de distorcer os conceitos — podem autorizar interpretação tão equívoca.

#### *A responsabilidade da União*

23. A Constituição atribui à União a responsabilidade de *explorar todos e quaisquer* serviços públicos de telecomunicações, isto é, os atualmente conhecidos e largamente difundidos, como os telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados, os pouco conhecidos e em fase de implantação, como os videofônicos e os telemáticos, e aqueles que vierem a ser descobertos e desenvolvidos, com o advento de novas tecnologias.

Além da responsabilidade de prestar os serviços básicos, que requerem altos custos para a sua implantação, com longo tempo de recuperação do investimento, compete à União viabilizar a utilização de serviços sofisticados (que alguns chamam de "serviços periféricos" e outros de

“serviços de valor adicionado”) que se destinam a atender a um núcleo produtivo com exigências de alta confiabilidade e grande rapidez de atendimento.

Em outras palavras: a União deve investir maciçamente no sistema básico e no atendimento às necessidades de serviços telefônicos rurais, de telefonia móvel, de telex, de fac-símile e de transmissão de dados. É do pronto e satisfatório atendimento aos reclamos do núcleo produtivo e desenvolvido de nossa economia que a União deverá gerar recursos para o atendimento dos segmentos de populações carentes de serviços básicos, em áreas de pouca expressão econômica e baixa densidade populacional.

### *A exploração direta*

24. Os que, junto à Assembléia Nacional Constituinte, propugnaram pela consolidação da evolução legislativa dos serviços públicos de telecomunicações, consubstanciada na exclusividade da prestação dos serviços pelo Sistema Telebrás, sustentaram que tal se deveria fazer pela só utilização da expressão “explorar diretamente”.

Essa posição, que de longa data vem sendo defendida pela quase totalidade dos advogados das empresas do Sistema Telebrás, decorre do entendimento de que exploração direta, pela União, é também a realizada através de sociedades de economia mista, seus agentes juridicamente constituídos no campo da prestação de serviços públicos.

“Nenhuma impropriedade ou antinomia se deveria inferir do fato de que a exploração direta, pela União, se faça mediante atribuição, por via de lei, dessa atividade a qualquer daquelas entidades de sua administração indireta” — para usar as palavras de Hilton Santos, Chefe do Departamento Jurídico da Telebrás (in *A Política Nacional de Comunicações*, pág. 16 do trabalho de conclusão do “Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia” realizado na Escola Superior de Guerra, em 1988).

Bem por isso, já assentava a Constituição de 1967:

“Art. 170 — .....

§ 2.º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista se regem pelas normas do direito privado, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.”

Tal princípio é reafirmado na atual Carta, que, segundo entendemos, deixa claro a realidade de que a empresa pública e sociedade de economia mista são formas de exploração direta do Estado, ao dispor:

“Art. 173 — Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só

será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1.º — A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.” (Grifamos.)

Todavia, ainda assim, alguns parlamentares registraram o seu temor de que a expressão *explorar diretamente* poderia vir a ser entendida de forma restritiva, isto é, de só abranger a exploração feita por departamentos, serviços ou órgãos similares da administração direta da União. Assim sendo, a exploração que se procurava consagrar — ou seja, a realizada pela TELEBRÁS e suas controladas — não estaria agasalhada pela disposição constitucional.

Prevalente que fosse esse entendimento, a nova Carta agasalharia o germe da contestação aos seus próprios institutos, colocando sob potencial questionamento o regime de exploração que teria procurado preservar para os serviços públicos de telecomunicações.

Diante de tal risco, a expressão “ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal” foi a fórmula que veio a prevalecer.

#### *O Instituto da concessão*

25. Pela vontade constitucional, a exploração de serviços públicos de telecomunicações pelas sociedades anônimas controladas acionariamente pela União far-se-á mediante concessão.

O instituto da concessão de serviço público vem sendo secularmente estudado pelos administrativistas pátrios e estrangeiros. Em todos, encontramos, à unanidade, o ensinamento de que a concessão é uma *delegação contratual através da qual o Poder Executivo atribui a um ente não governamental o exercício de um serviço e este aceita prestá-lo por um prazo determinado e sob condições pré-estabelecidas* (v.g., MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933, p. 101; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, 1987, p. 35; BILAC PINTO, *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, Rio, 1941, pp. 36 e segs.; ODILON C. DE ANDRADE, *Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, São Paulo, 1937, pp. 102 e segs.; LUIZ DE ANHAIA MELLO, *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, São Paulo, 1940, pp. 97 e segs.; PLÍNIO A. FRANCO, *Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública*, São Paulo, 1949, pp. 43 e segs.; JOHN BAUER, *Effective Regulation of the Public Utilities*, N. York, 1925, pp. 74 e segs. e também *Transforming Public Utility Regulation*, N. York, 1950, pp. 4 e segs.; JONES and BIGHAM, *Principles of Public Utilities*, N. York, 1937, pp. 649 e segs.).

Todavia, à luz dos conceitos clássicos e mundialmente aceitos, a concessão é de todo imprópria para os fins apontados. Afinal, não estão presentes, no caso, os elementos constitutivos do instituto da concessão, a saber:

— O serviço não será explorado por *empresa particular*, que executará o serviço em seu nome, por sua conta e risco, mas sim por *empresa governamental*, isto é, por empresa sob controle acionário da União;

— o serviço não será explorado pela vontade do Poder Executivo, que o delegará por *contrato* para terceiros, mas sim pela vontade do Poder Legislativo, que, em sua Lei Maior, a Constituição, *determinou* ao Poder Executivo que o explore por intermédio de suas próprias empresas;

— a exploração do serviço não está sujeita a *prazo certo*, nem a *condições*, a serem pactuadas em contrato, mas, ao contrário, deve ser mantida *permanentemente* pelo Poder Executivo, nas condições fixadas em lei;

— havendo irregularidade na exploração do serviço, *não cabe penalidade* de multa, suspensão ou cassação da concessão, mas sim mudança da administração da empresa governamental.

Exemplo concreto da desnecessidade de “concessão” para que as “empresas sob controle acionário estatal” explorem serviços públicos ocorre no setor de telecomunicações: nenhuma das vinte e oito empresas do Sistema Telebrás possui contrato de concessão. Elas exploram os seus serviços por determinação da Lei n.º 5.792, de 1972, e não pela vontade do eventual ocupante do Poder Executivo, através de um ato administrativo (decreto) ou de um ato bilateral (contrato).

### *Delegação legal*

26. Estamos, todavia, diante de um fato concreto e consumado: a Constituição de 1988 abandonou os conceitos acadêmicos e teóricos e inovou o instituto da concessão de serviços públicos. Agora, no Direito Administrativo brasileiro, a concessão não se restringe mais a uma *delegação contratual* do Poder Executivo, sujeita à prévia licitação. Mais amplo, o novo conceito abrange os casos de *delegação legal*, assim entendida aquela que é feita por intermédio de uma lei federal, determinando ao Poder Executivo que, mediante uma empresa sob seu controle acionário, explore um serviço público, segundo os limites e as condições estabelecidas.

HELLY LOPES MEIRELLES, no Prefácio da 14.<sup>a</sup> edição do seu *Direito Administrativo Brasileiro* (Ed. Rev. dos Tribunais, 1989), já atualizado pela Constituição de 1988, adverte que o leitor não deve estranhar que tenha ele “repudiado doutrinas superadas e inovado conceitos para sintonizá-los com a evolução da nossa era e com o progresso do País, pois o Direito não pode permanecer alheio nem retardatário na apresentação de soluções que dependam de suas normas e de seus princípios”.



Assim é que o festejado administrativista que, em 1985, na 11.<sup>a</sup> edição do seu *Direito Administrativo Brasileiro*, conceituava concessão como sendo “delegação contratual da execução do serviço” (p. 320), a partir de 1989, na 14.<sup>a</sup> edição do seu citado livro, passou a admitir a concessão como sendo “delegação contratual ou legal da execução do serviço”, esclarecendo a este respeito que

“modernamente o poder público vem outorgando concessões de serviço, por lei ou decreto, a entidades autárquicas e paraestatais (empresa pública e sociedade de economia mista), o que constitui uma inovação no sistema tradicional das concessões *por contrato*. Mas nada há a objetar nessa delegação legal, substitutiva da contratual” (obra citada, p. 338).

Logo após, o sempre citado mestre cita o exemplo dos serviços públicos de telecomunicações.

\* \* \*

## *Estados e Municípios*

### *Direito à exploração*

27. Seria conveniente, nesta altura, registrar que o modelo adotado não reconhece aos Estados Federados nem aos Municípios o direito à exploração de serviços públicos de telecomunicações.

Há quem entenda que, à luz da nova Constituição brasileira, os Estados Federados e os Municípios poderiam ser considerados competentes para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, bastando, para que isso ocorresse, que a nova lei de telecomunicações admitisse a outorga de concessão a “empresas sob controle acionário estatal”, isto é, a empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas por um ou outro ente da Federação. Nesta concepção, o Presidente da República, através de decreto, delegaria concessões, fixando prazo, regime tarifário, condições de reversão e outras cláusulas típicas da matéria.

Os que defendem tal ponto de vista registram que não foi sem propósito que a Constituição preferiu a expressão “empresas sob controle acionário estatal”, em lugar de “empresas sob seu controle acionário”, redação esta que seria mais restritiva e limitaria a outorga de concessões somente a empresas da União. Acrescentam, ainda, que os Anais da Constituinte registram o Acordo de Lideranças sobre a redação do citado art. 21, inciso XI, substituindo por “explorar diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal” o teor das emendas dos Deputados Oswaldo Lima Filho (n.º 2800726-1), Percival Muniz (n.º 2800675-2), José Costa (n.º 2800772-4) e Manoel Ribeiro (n.º 2800801-1) que reservaram à União, com exclusividade, a exploração direta dos serviços públicos de telecomunicações.

Finalmente, os defensores da competência concorrente acrescentam que a União não arrecadará nenhum imposto relativo à matéria, pois o Imposto sobre Serviços de Comunicações foi transferido aos Estados Federados, enquanto o Imposto sobre Serviços permaneceu no âmbito municipal. Assim sendo, cada uma das unidades da Federação deverá agora dedicar parcela de sua arrecadação a investimentos em telecomunicações, de modo a, progressivamente, aumentar a sua participação no capital votante da empresa prestadora do serviço, até reunir condições para pleitear a concessão, assumindo o controle acionário da empresa.

Este entendimento, todavia, não é, decididamente, o que representa a efetiva vontade do legislador constitucional. Adotá-lo significaria agasalhar uma tese *flagrantemente inconstitucional*, como veremos a seguir.

### *Os Anais da Constituinte*

28. Inicialmente, convém registrar que os Anais da Constituinte evidenciam o esforço de parlamentares conservadores ou ligados ao capital estrangeiro “no sentido de que a concessão para a exploração desses serviços possa também ser feita a empresas privadas que não sejam controladas pelo Estado” — para usar as palavras do Deputado Francisco Dornelles (PFL-RJ), ao encaminhar a votação das emendas privatistas. Com este objetivo, as Emendas apresentadas pelos Deputados José Lins (2T00118-5), José Santana de Vasconcellos (2T01112-1), Homero Santos (2T00418-4) e Rita Furtado (2T01383-3), todas para suprimir do inciso XI do art. 21 a expressão “as empresas sob controle acionário estatal”. Por sua vez, os Deputados Wilson Martins (2T00834-1) e Chico Humberto (2T00480-0) pretendiam suprimir do texto a palavra “acionário”.

O que, em verdade, estava em votação era a manutenção ou não do Sistema Telebrás. Inscrito para discursar encaminhando a votação, o Deputado José Costa (PSDB-AL) assim se pronunciou:

“Sr. Presidente, o Sistema Telebrás pertence a quatro milhões de brasileiros, e o povo brasileiro que está lá fora e o que está aqui dentro sabe disso. De modo que é matéria pacífica na Constituinte. Deixo de encaminhá-la. Passemos à votação (in *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 18 de agosto de 1988).

Durante a votação, em que todos os partidos votaram pela exploração dos serviços públicos de telecomunicações por um sistema empresarial controlado pela Telebrás, o Deputado Amaral Neto (PDS-RJ), assim se pronunciou:

“Sr. Presidente, a bancada do PDS, dentro do qual estão alguns Ministros dos antigos governos chamados militares e de

ditadura, sente-se orgulhosa de ver toda a esquerda apoiando a sua obra, a Embratel e a Telebrás, e vota com a certeza de que foi uma bancada de governos patrióticos e nacionalistas.”

Encerrando a votação, as seis emendas no sentido de admitir a privatização dos serviços públicos foram rejeitadas em conjunto, pelo expressivo resultado de trezentos e sessenta votos contra apenas vinte.

### *A opinião dos juristas*

29. Ultrapassada essa questão dos Anais da Constituinte, agora devidamente colocados, convém examinar a opinião dos juristas, dos intérpretes doutrinários do novo texto constitucional.

Falando especificamente sobre o capítulo da Constituição brasileira relativo à competência para a prestação de serviços, HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, na 14.<sup>a</sup> edição, já atualizada com a Constituição de 1988, esclarece:

“A repartição das competências para a prestação de serviço público ou de utilidade pública, pelas três entidades estatais — União, Estado-Membro, Município — se opera segundo critérios técnicos e jurídicos, tendo-se em vista sempre os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los vantajosamente para a Administração e para os administrados.”

“Serviços há, de caráter *privativo* e de caráter *comum*. Quanto aos primeiros, não padece dúvida de que sua execução incumbe exclusivamente à entidade interessada; quanto aos segundos, já a questão oferece certas dificuldades, em face de interesses equivalentes disputando a sua prestação. Para solucionar tais casos, aplica-se a regra seguinte: quando o serviço da entidade superior coincidir em todos os pontos com o da inferior, afastará o desta (ação concorrente-excludente); quando não coincidir em todos os pontos, subsistirão ambos, como competências convergentes que se completam (ação complementar-supletiva).” (Grifos do autor, ed. citada, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 295.)

Após estas considerações teóricas, de muita importância para o entendimento do texto constitucional, o sempre festejado administrativista fala especificamente sobre a Carta Magna de 1988:

“A competência da União, em matéria de serviços públicos, se limita aos que lhe são constitucionalmente reservados (art. 21),

dados o sistema de *poderes enumerados* adotado pelo constituinte brasileiro. Os serviços não reservados à União remanescem para os Estados-Membros (art. 25, §§ 1.º e 2.º), permanecendo para os Municípios os assuntos de interesse local (art. 30).”

“Na atual Constituição, serviços há, porém, que são da competência *comum* das quatro entidades estatais (art. 23) e outros de competência *concorrente* de três entidades estatais, excluídos os Municípios (art. 24). Neste caso, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4.º).” “Dentre os serviços constitucionalmente reservados à União destacam-se, na enumeração do art. 21, os de polícia marítima, aérea e de fronteira (XXII); defesa acional (III); serviço postal e correio aéreo nacional (X); defesa contra calamidades públicas (XVIII); telecomunicação em geral (XI e XII); energia elétrica (XII, *b*); navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (XII, *c*); transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (XII, *d*). Alguns desses serviços só podem ser prestados diretamente pela União; outros admitem execução indireta, através de delegação a pessoas públicas ou particulares.” (Grifos do autor, obra e edição citadas, p. 296.)

O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo* (5.ª edição, 1989, revista e ampliada de acordo com a nova Constituição), ensina:

“Além da exploração e execução de serviços públicos decorrentes de sua natureza de entidade estatal, a Constituição conferiu à União, em caráter exclusivo, a competência para explorar determinados serviços que reputou públicos.” (Obra citada, p. 429.)

A seguir, o citado cultor do Direito Público cita expressamente, dentre outros, os serviços públicos de telecomunicações.

Se a Constituição, em nenhum artigo, reconheceu aos Estados e Municípios competência para explorar os serviços públicos de telecomunicações, não vemos como possível que a lei possa prever a outorga desses serviços à empresa sob controle acionário dos Estados e dos Municípios, ainda que mediante outorga de concessões. Tal previsão, salvo melhor juízo, seria inconstitucional.

A prosperar tal entendimento, teríamos a hipótese extravagante de Estados e Municípios desviando recursos de setores de sua competência originária inquestionável, como educação, transporte e saúde, para, sem

qualquer vantagem extra, pleitear do Governo Federal uma concessão para explorar um serviço de natureza federal, em nome do Governo Federal. Ademais, o próprio art. 21, inciso XI, não deixa dúvidas de que a rede pública de telecomunicações é explorada “pela União” — e não por Estados ou Municípios.

\* \* \*

## *Serviços de informações*

### *Local impróprio*

30. O art. 21 da Constituição define a *competência da União*, ao longo de vinte e cinco incisos. É um artigo que tem se repetido em todas as Constituições do País (1891, 1934, 1937, 1946, 1967) e se destina tão-somente à *enumeração* dos poderes da União. Não houve, em nenhuma delas, *nada* além disso.

Nesta Constituição, todavia, incluiu-se um *corpo estranho* a esta enumeração de poderes, a saber, o estabelecimento de um *direito*, genérico, inespecífico, reconhecido a todas “entidades de direito privado”: o direito à utilização da rede pública de telecomunicações explorada pela União para a prestação de “serviços de informações”.

O local, obviamente, não era o apropriado para *assegurar* um direito, a quem quer que fosse. Quando muito, e se julgado relevante, tal direito deveria ter sido relacionado no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

### *Garantia desnecessária*

31. Além disso, se examinado com isenção, longe da tensão dos Acordos de Lideranças, construídos ao longo de cansativas discussões, logo se vê que o “direito” que se assegurou não deveria nem mesmo figurar em uma Constituição, pois é aquele inerente à prestação de todo e qualquer serviço público, ou seja, o da sua utilização, por qualquer pessoa, sem qualquer restrição, pagas unicamente as tarifas, que devem ser universalizadas. HELY LOPES MEIRELLES, no seu sempre festejado *Direito Administrativo Brasileiro*, ao falar dos *direitos do usuário* dos serviços públicos esclarece, com propriedade:

“São *direitos cívicos*, de conteúdo positivo consistente no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço a que um e outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários”. E, em seguida, conclui: “são direitos públicos subjetivos de exercício pessoal, quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na área de sua prestação. Tais direitos rendem ensejo

às ações correspondentes, inclusive mandado de segurança, conforme seja a prestação a exigir ou a lesão a reparar judicialmente” (ob. cit. 14.<sup>a</sup> ed., pág. 293).

Chega a ser, pois, risível que, no texto constitucional, e em local impróprio, se assegure a “entidade de direito privado” (e por que não a “qualquer pessoa do povo?”) a utilização da rede pública de telecomunicações.

### *Expressão imprecisa*

32. Além de estar em local *impróprio* e de ser *desnecessária*, a frase não deveria constar do texto constitucional em razão de sua imprecisão. É que não existe, nem no âmbito *técnico*, isto é, nas *definições* de Serviços de Telecomunicações da União Internacional de Telecomunicações, ou nos Dicionários Especializados em Terminologia de Telecomunicações, nem no âmbito popular, isto é, na voz popular ou nos Dicionários do Idioma, alguma coisa que se chame “serviços de informações”. Isto simplesmente *não existe*, nem no glossário *técnico*, nem no glossário popular. Portanto, incluiu-se na Carta Magna um “direito” que ninguém sabe exatamente definir o que efetivamente venha a ser ele.

### *Interpretação da expressão*

33. Não sendo modalidade de serviço público de telecomunicações — até porque este só poderá ser prestado por ente governamental —, o que, efetivamente, se sabe é que a expressão “serviços de informações” resultou de uma negociação na qual os constituintes pretenderam colocar fim a certos temores de que a União poderia pretender explorar, com a mesma exclusividade garantida aos serviços públicos de telecomunicações, também as atividades de *armazenamento e processamento de dados e informações* (que não constituem, pela sua natureza, um serviço de telecomunicações). Assim, assegurou-se um campo de trabalho para os bancos de dados e para as empresas que queiram se dedicar à prestação de serviços de informações através da rede pública, tais como as relativas às farmácias de plantão, hora certa e bolsa de valores. E nada impede o surgimento de empresas especializadas na produção, no processamento e na comercialização de textos, marcas, documentos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Por outro lado, para afastar um outro tipo de temor, ou seja, o de que tais empresas prestadoras de “serviços de informações” pudessem vir a pretender explorar também serviços públicos de telecomunicações, garantiu-se que tais serviços terão a sua *transmissão e distribuição* asseguradas através da rede pública de telecomunicações — que será, necessariamente, operada pela União. Com isso, já a nível da Carta Magna, eliminou-se a pretensão de determinados grupos de obter licença para funcionarem como “concessionários especializados”, responsáveis pela implantação e operação de sistemas através dos quais seriam comercializados serviços sofisticados para usuários de grande porte.

Procurou-se, assim, deixar claro que as informações, quer quanto à sua *origem*, quer quanto ao seu *conteúdo*, não se incluem no campo da competência da União. Essa competência, todavia, se inicia quando tais informações se transformam em sinais eletromagnéticos, destinados ao *transporte*. Neste momento, tem início um serviço público de telecomunicações que só termina quando este serviço é distribuído e chega ao consumidor final: o usuário. E este serviço, por vontade de nova Constituição, permanecerá da competência exclusiva da União, diretamente ou através das empresas sob controle acionário da TELEBRÁS.

Esta interpretação está em perfeita sintonia com o que se discutiu e decidiu na Assembléia Nacional Constituinte.

A Comissão de Sistematização propôs originalmente a seguinte redação:

“É assegurada a prestação de serviços *de transmissão* de informações por entidades de direito privado, através da rede pública” (art. 256, § 4.º) (grifo nosso).

A Emenda Substitutiva apresentada pelo grupo denominado “Centrão” estabelecia que:

“É assegurada a prestação, pela rede pública de telecomunicações, de serviços *de transmissão de dados* e informações de interesse da comunidade, gerados e comercializados por entidade de direito privado que o requereu” (art. 251, § 4.º) (grifo nosso).

No texto definitivo, as duas redações foram alteradas substancialmente, delas se retirando a palavra “transmissão” (no Projeto da Comissão de Sistematização) e “transmissão de dados” (no projeto do “Centrão”). E se deixou claro ainda que os serviços de informações serão transmitidos *através* (isto é, por meio, por intermédio) da rede pública de telecomunicações “explorada pela União”.

Na 319.ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, realizada em 17 de agosto de 1988, ocasião em que se examinou a Emenda n.º 1.365, de autoria do Dep. José Mendonça Bezerra, que pretendia suprimir a expressão “de transmissão de dados” do inciso XI do art. 21 do projeto de Constituição (B), o Dep. José Fogaça (PMDB-RS), ao encaminhar a votação, fez questão de registrar que “empresas privadas poderão operar na emissão e recepção de informações” mas que o texto assegura “que o transporte da informação esteja sob o controle do Estado e da empresa de controle acionário estatal”. E conclui: “É muito importante que isso fique registrado nesta sessão decisiva, quanto a esta matéria, esta é a posição do Relator, Constituinte Bernardo Cabral, e é por isso que opinamos pela rejeição dessa emenda” (in “Diário da Assembléia Nacional Constituinte” de 18 de agosto de 1988, pág. 12.753). E a emenda foi efetivamente rejeitada por 307, em um total de 365 votos.

# A Constituição de 1988 e o sistema financeiro nacional

ARNOLDO WALD

Advogado e professor catedrático de Direito Civil da UERJ

"Je veux que la Banque (de France) soit assez dans la main du Gouvernement et n'y soit pas trop." Napoleão Bonaparte (*Vues politiques*, pág. 250).

## I. Introdução

1. A Constituição Brasileira de 1988 trata, de modo específico e até relativamente exaustivo, do Sistema Financeiro Nacional, que passou, assim, a *ter um enquadramento constitucional próprio*, que não conhece em outros sistemas legais, em substituição às normas da legislação ordinária, que dele trataram no passado, destacando-se, entre as mesmas, de maneira especial, a Lei n.º 4.595, de 31-12-1964, que acaba de festejar o seu primeiro quarto de século de vigência. Na realidade, cabe reconhecer que, no Brasil, a autonomia, tanto do direito bancário, como do direito monetário, *data da década de 1960*, pois, anteriormente, as normas de direito público econômico brasileiro eram quase inexistentes na matéria. Efetivamente, as Constituições anteriores referiam-se, tão-somente, ao poder da União de emitir moeda e de legislar sobre a mesma e a legislação ordinária não comportava *um conjunto de normas sistemáticas e exaustivas sobre o Sistema Financeiro*.

2. Podemos dizer que as primeiras normas monetárias surgiram com a criação, pelo Decreto-Lei n.º 7.293, em 2-2-1945, da SUMOC, que se tornou o embrião do Banco Central, em que foi transformada pela Lei n.º 4.595/64. Quanto ao direito bancário, a sua regulamentação se localizava no direito comercial, na área do direito privado, que tratava da relação entre os banqueiros e os seus clientes, sendo parcas e esparsas as normas administrativas reguladoras do estatuto jurídico dos bancos e casas bancárias. Cabe, aliás, salientar que entre as primeiras normas específicas, existentes neste setor, se destacam as que se referem à *liquidação das instituições financeiras insolventes e à responsabilidade dos seus administradores*.

3. A razão do tratamento constitucional do Sistema Financeiro no Brasil se explica tanto pela importância da moeda e dos problemas monetários, muitos dos quais ocasionados pela inflação crescente e galopante, que sofremos nas últimas décadas, quanto pelo caráter mais político da nova Constituição. Efetivamente, os constituintes sentiram a força crescente adquirida pelo poder monetário, abrangendo não só a emissão do papel-moeda, como ainda a regulamentação da moeda de conta e dos indexadores, a multiplicação do crédito pelos bancos e, finalmente, a própria estrutura e organização do sistema bancário, e a fixação de limites para a taxa de



juros. Vislumbraram, no setor monetário, uma área politicamente sensível em relação à qual o legislador se tinha omitido no passado, mas devia, doravante, interferir, mediante disposições constitucionais — não limitadas como ocorria anteriormente à simples proibição genérica da usura — e em virtude de lei complementar, atualizando e renovando as normas até agora existentes, tanto na legislação ordinária, como no campo regulamentar, em virtude das decisões do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central.

4. Na realidade, no mundo inteiro, a importância da moeda e do crédito cresceram, intensamente, em nosso século, em consequência tanto do maior comércio interno e externo, como da criação de numerosos novos instrumentos creditícios, podendo-se afirmar que ao desenvolvimento da economia correspondeu a ampliação, em progressões geométricas, da utilização da moeda e do crédito.

5. Por outro lado, é possível considerar que, até o século XX, não se reconhecia amplamente os efeitos da inflação na vida cotidiana. Ao contrário, *presumia-se a estabilidade e perenidade da moeda*. Assim, nas suas memórias, intituladas *O Mundo que eu vi*, o escritor STEFAN ZWEIG lembra que ainda conheceu, em Viena, na década de 1900, um mundo de monarquias milenárias e de moedas estáveis. E, na mesma época, o economista americano IRVING FISHER publica a sua monografia sobre *A ilusão da moeda estável*, dando conta da maior revolução que ocorreu na ciência econômica, correspondendo à evolução do geocentrismo para o heliocentrismo, em astronomia, com as descobertas de COPERNICO. Efetivamente, por longos séculos, predominava, entre técnicos, e imperava, para os leigos, a idéia de que os preços das mercadorias e dos serviços é que subiam e desciam, mas que a moeda se mantinha imutável. Embora já MONTESQUIEU lembrasse que a moeda não devia sofrer alteração, por ser a medida de todas as coisas e já se considerasse que os reis eram os grandes falsos moedeiros, pois alteravam a relação entre a moeda e o seu lastro efetivo, juristas e economistas admitiam, até 1900, a presunção da estabilidade monetária, cujo caráter ilusório foi apontado por IRVING FISHER, ensejando uma renovação dos estudos em torno da matéria.

6. Na realidade, a moeda sempre foi considerada como exercendo duas funções principais que são, de um lado, as de instrumento de pagamento ou de câmbio e, de outro, a de “ponte entre o passado, o presente e o futuro” (KEYNES), ou seja, de denominador comum entre a prestação já executada e a contraprestação a ser cumprida. A progressiva divisão do trabalho e a especialização da produção multiplicaram a utilização da moeda e ensejaram a expansão do crédito como meio de realização antecipada de negócios, numa fase em que a economia autárquica foi substituída pela interdependência entre os povos, independentemente de suas ideologias, num mundo só, ao qual já se referia, nos anos quarenta, WENDELL WILKIE e que encontra atualmente a sua concretização completa após a *Perestroika* e a derrubada do muro de Berlim.

7. A história das moedas se confunde com a de sua depreciação, que costuma adquirir maior intensidade nos momentos de guerras e revoluções,

como aconteceu com os *assignats* na Revolução Francesa e com os *greenbacks*, por ocasião da Guerra da Secessão, ou logo após, como ocorreu na Alemanha e em outros países, na década de 1920.

8. Quando a depreciação da moeda se torna mais aguda, algumas vezes se muda o seu nome ou se lhe acrescenta um sobrenome. Assim tivemos, na Alemanha, os diversos tipos de marcos (marcos propriamente ditos, *Reichmark*, *Deutschmark*), na França, os vários francos denominados pelos sobrenomes dos respectivos Presidentes da República (*Franc Poincaré*, *Franc Auriol*, mais recentemente, franco novo, ou pesado, em oposição ao antigo, que passou a ser leve) e, no Brasil, sucessivamente, nas últimas cinco décadas (o mil réis, o cruzeiro, o cruzeiro novo, o cruzado, o cruzado novo e o cruzeiro).

9. O ritmo adquirido pela inflação, no século XX, tornou-se mais intenso do que no passado, ensejando as chamadas *hiper-inflações*, que ocorreram após a Primeira Guerra Mundial, na Alemanha, na Hungria, na Áustria e, mais recentemente, na América Latina, na Bolívia, na Argentina e no Brasil. Com a *indexação generalizada*, os países puderam subsistir e até crescer em fase inflacionária, embora, evidentemente, a depreciação progressiva da moeda ensejasse uma incerteza da economia incompatível com o seu desenvolvimento. Justifica-se, assim, a afirmação do romancista e historiador francês ANDRÉ MAUROIS, para quem a inflação é diabólica, porque mantém as aparências e destrói as realidades. De fato, a inflação corrói a própria sociedade, ameaçando a sua sobrevivência. Não foi sem razão que ela tem sido comparada com a embriaguez, pois, após uma fase de relativo bem-estar e de aparente euforia, afeta os centros nervosos e ameaça a própria vida, podendo levar a sociedade ao caos social e à mais completa anarquia.

10. É preciso salientar que, embora o crédito sempre tivesse existido, permitindo o desenvolvimento do direito comercial há vários séculos, ele se ampliou, se massificou, se democratizou e se internacionalizou, recentemente, em escala imprevisível. Basta lembrar que os bancos do passado, que eram elitistas e atendiam a uma classe reduzida de clientes, transformaram-se nos atuais supermercados financeiros, que realizam milhares de operações diversificadas, no tempo e no espaço, e multiplicaram os seus instrumentos de atuação. Há cerca de meio século, os bancos brasileiros ainda só utilizavam o desconto da duplicata, no crédito mercantil, e a nota promissória, para o financiamento do capital de giro das empresas ou das necessidades da pessoa física. Com o decorrer do tempo, ao lado dos bancos de depósito, surgiram, sucessivamente, as financeiras, as sociedades de crédito imobiliário, os bancos de investimentos e as empresas de *leasing* e de *factoring*. Acresce que a multiplicação dos novos instrumentos foram, aos poucos, aproximando os mercados financeiro e de capitais, o da renda fixa e de renda variável. Assim, admitimos, hoje, as ações conversíveis em debêntures e até as debêntures conversíveis em ações, as debêntures participativas e as perpétuas e as que são, simultaneamente, perpétuas e participativas, assemelhando-se às ações preferenciais, mas não sendo conversíveis

em ações ordinárias, em hipótese alguma — mesmo no caso de não-pagamento de dividendos.

11. No campo societário, vimos surgir diversos novos tipos de títulos, com ou sem valor nominal, nominativos, endossáveis, ao portador, escriturais, ações fungíveis objeto de custódia, certificados de depósitos de ações, partes beneficiárias e bônus de subscrição, para lembrar o leque de instrumentos previstos na lei societária brasileira. No exterior, surgiram as ações de ouro (*golden shares*) do direito inglês, as ações especiais, os títulos participativos, os certificados de investimento e os certificados de voto do direito francês, as ações de poupança do direito italiano, sem prejuízo de ações peculiares atribuídas aos empregados, como forma de vinculação dos mesmos à empresa e de participação nos lucros.

12. No plano internacional, temos os papéis emitidos em eurodólares e em unidades européias de conta (*European unit currency*), os diversos títulos governamentais emitidos com garantias específicas, em moeda nacional com lastro em moeda estrangeira, etc... No Brasil, no plano estatal, tivemos as OTN, as ORTN com correção monetária e com correção cambial, as Letras do Banco Central, as atuais Letras Financeiras do Tesouro (LFT), as Letras Imobiliárias, sem falar em tantos outros papéis que se sucederam, para drenar os recursos do público para a União Federal ou para determinados fins específicos. Na realidade, numerosos Estados estão atualmente com uma dívida externa e interna que, se somadas, revelam-se como sendo impagáveis de imediato. É a situação de países desenvolvidos, como os Estados Unidos, mas também da maioria dos antigos satélites da Rússia e dos integrantes da América Latina.

13. Este conjunto de fatores explica o interesse do legislador constituinte em tratar do sistema financeiro de modo exaustivo, pretendendo, assim, mudar as estruturas e estabelecer regras básicas para o funcionamento do conjunto de instituições de crédito, que funcionam tanto na área privada, como no setor público. Reconhecendo a existência de um verdadeiro direito de crédito, com aspectos bifaces, interesses dos particulares e da sociedade, reflexos no direito monetário e no direito bancário, o constituinte pretendeu institucionalizar as antigas disposições esparsas, que tratavam, tradicionalmente, da matéria nas antigas Constituições.

14. A nova legislação se concentrou na moeda, como instrumento de equilíbrio e desenvolvimento da sociedade, e no sistema bancário, como rede distribuidora e órgão multiplicador da moeda, sob a regência do Banco Central. Já se disse, aliás, que a moeda é o sangue do sistema econômico do qual o Banco Central é o coração, cabendo ao sistema bancário irrigar o organismo, de modo regular e adequado, evitando tanto a inflação, como a recessão, garantindo a transformação do sangue venoso em arterial, e impedindo o excesso do seu afluxo em determinadas áreas, assim como a falta de irrigação de outras. Na realidade, o crédito multiplica a moeda e permite o seu uso simultâneo por várias pessoas e em momentos distintos, repetindo, no mundo moderno, mas sem a perfeição de outrora, o milagre divino da multiplicação dos pães. De fato, conforme o ritmo da velocidade da circula-

ção da moeda, os mesmos recursos podem ser aproveitados e aplicados, ao mesmo tempo, por um grande número de pessoas, o que transforma, em certo sentido, os próprios bancos comerciais em verdadeiros criadores secundários de moeda. O Banco Central como orquestrador do sistema e empregador de último recurso, ou banco dos bancos, torna-se, assim, o titular do poder monetário.

15. Ao contrário do que ocorria no passado, a atuação do Estado sobre a moeda não mais se limita ao poder de emitir peças em ouro, prata ou outros metais, fazendo variar o conteúdo metálico das unidades monetárias de acordo com a vontade arbitrária do soberano. Atualmente, além da emissão da moeda, o Banco Central regula a velocidade da circulação monetária, sendo, pois, o órgão fiscalizador da moeda, garantidor da liquidez e disciplinador do crédito. É “o guardião da moeda”.

16. Aliás, a primeira função, que ensejou a criação do Banco Central, foi originariamente a garantia do bom funcionamento do sistema bancário, com a institucionalização de um sistema de garantias mútuas que, anteriormente, funcionavam, de modo improvisado, mas com resultados que a doutrina considerou até mais satisfatórios do que os obtidos com a intervenção estatal, conforme salientado por MILTON FRIEDMAN, para quem a moeda é uma coisa excessivamente séria para ser entregue, exclusivamente, aos Bancos Centrais. De qualquer modo, não há dúvida que a criação dos Bancos Centrais permitiu o desenvolvimento mais recente do Sistema Monetário Internacional, ordenando, em certo sentido e de modo relativamente adequado, a economia mundial.

17. A importância do Banco Central na história econômica foi enfatizada por um economista, que chegou a afirmar que “desde o início do mundo, houve três grandes invenções: o fogo, a roda e o Banco Central”. Não há exagero nesta afirmação, que coloca uma técnica de organização do sistema bancário — a implantação da política monetária pelo Banco Central — como sendo tão importante quanto várias descobertas científicas básicas para o desenvolvimento da história humana. Comparação análoga foi feita, há cerca de meio século, pelo jurista francês GEORGES RIPERT, que colocou, no mesmo nível, como técnicas básicas que permitiram o advento da economia moderna, de um lado, a criação das sociedades anônimas, e, de outro, a descoberta e a utilização da máquina a vapor e da eletricidade que revolucionaram a indústria e os transportes.

## II. *Da análise das Disposições Constitucionais*

18. A Constituição de 1988 trata do controle do Estado sobre as emissões de papel-moeda e da política de crédito nos artigos 21, VII e VIII, 22, VI, VII e XIX, e 48, II, XII e XIV.

19. O artigo 21 esclarece que:

“Compete à União:

I. ....

II. ....

VII. *emitir moeda;*

VIII. *administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada."*

20. Por sua vez, determina o artigo 22:

"Compete privativamente à União legislar sobre:

I. ....

VI. *sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;*

VII. *política de crédito, câmbio, seguros e transferências de valores;*

XIX. *sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular."*

21. Finalmente, o artigo 48 esclarece que:

"Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos artigos 49, 51 e 52, dispor sobre as matérias da competência da União, especialmente sobre:

I. ....

II. *plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;*

XIII. *matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;*

XIV. *moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal."*

22. No tocante à prévia aprovação das autoridades monetárias, o artigo 52 estabelece que:

"Compete privativamente ao Senado Federal:

I. ....

III. *aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:*

a) *magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;*

d) presidente e diretores do Banco Central.”

23. Tratando das atribuições do Presidente da República, o artigo 84 reconhece que:

“Compete privativamente ao Presidente da República:

I. ....

IV. *nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei.*”

24 No campo das atividades judiciárias, o artigo 109 determina que:

“Aos juízes federais compete processar e julgar:

I. ....

VI. *os crimes contra a organização do trabalho, e nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.*”

25. Após essas normas gerais sobre competências e atribuições, que prevêem um sistema de freios e contrapesos entre o Executivo e o Legislativo (aprovação prévia, pelo Senado, do presidente e dos diretores do Banco Central) e asseguram a prevalência da União, em questões monetárias, bancárias e financeiras, a matéria mereceu dois capítulos específicos. No Título VI, intitulado *Da Tributação e do Orçamento*, após o primeiro capítulo, que trata do sistema tributário nacional, encontramos um segundo referente às *finanças públicas* e composto pelos artigos 163 e 164. Em seguida, no Título VII — *Da Ordem Econômica e Financeira*, o Capítulo VI é dedicado ao *Sistema Financeiro Nacional*, sendo constituído por um único artigo — o de n.º 192.

26. O artigo 163 se refere à lei complementar, que deverá dispor sobre todos os aspectos das finanças públicas, abrangendo, conforme assinalam os diversos incisos do mencionado artigo:

“I. finanças públicas;

II. dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III. concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV. emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V. fiscalização das instituições financeiras;

VI. operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII. compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.”

27. O artigo 164 define a competência da União no direito monetário, nos seguintes termos:

“A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

§ 1.º — É vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§ 2.º — O Banco Central *poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional*, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

§ 3.º — As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, *em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.*”

28. O artigo 164 concede nível constitucional às regras referentes ao Banco Central, dele fazendo o órgão emissor exclusivo da moeda e proibindo que financie o Tesouro (§ 1.º), embora, paradoxalmente, admita que compre e venda títulos da União (LFT e outros), a compra e a revenda dos mesmos não deixando de ser uma forma de financiar o Governo Federal, embora pela Constituição esse tipo de operação só possa ocorrer com o objetivo de regular a oferta da moeda ou a taxa de juros. Ao contrário, é evidente que, atualmente, o Banco Central utiliza a política monetária e compra e vende títulos governamentais, com a finalidade de obter recursos para a União, o que está em contradição com a letra e o espírito da Constituição e sua interpretação sistemática.

29. Se o artigo 164 trata do Banco Central, é, no artigo 192, que o legislador constituinte estabeleceu as normas gerais do sistema financeiro nacional. Numa colocação mais adequada e sistemática das normas, faria sentido incluir o artigo 164 no capítulo referente ao sistema financeiro nacional, precedendo imediatamente o atual artigo 192, pelo fato de ser o Banco Central, como vimos, o verdadeiro coração do sistema financeiro nacional.

30. O *caput* do artigo 192 tem a seguinte redação:

“O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o *desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: . . . . .*”

31. Cabe, pois, salientar que as finalidades do sistema financeiro nacional não se limitam ao atendimento dos interesses da iniciativa privada, abrangendo tanto o lucro dos banqueiros como o adequado atendimento dos consumidores, mas abrangem também outras finalidades que são definidas, pela Constituição, como abrangendo o desenvolvimento equilibrado do País e atendendo os interesses regionais e sociais.

32. A Constituição, ao tratar da lei complementar, não restringe a matéria da qual a mesma deverá tratar, mas, ao contrário, especifica as questões que regulamentará necessariamente, sem prejuízo de outras relevantes, que também possam precisar de regulamentação. É a conclusão que decorre da presença no artigo 192, *caput* do termo *inclusive*, que justifica, pois, uma legislação ampla de direito bancário que venha a surgir, toda ela, em nível de lei complementar.

33. Examinaremos e comentaremos, em seguida, os vários incisos do artigo 192, procurando salientar a importância de cada um deles e a repercussão que deverá ter em nossa legislação.

34. O inciso I tem a seguinte redação:

“I. a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso.”

35. Trata-se de uma revolução democrática, no sistema bancário, que extingue o velho sistema cartorial das cartas-patentes, e permite, em tese, o acesso de todos ao mercado financeiro, abrangendo, inclusive, todos os seus instrumentos. O artigo que se aplica, explicitamente, tanto às instituições públicas como às particulares, amplia assim o campo de atuação de todas as entidades especializadas que, no passado, restringiam a sua atividade a uma parte do setor financeiro (bancos comerciais, de investimento, financeiras, etc...).

36. A especialidade só se mantém em relação ao setor bancário, em geral, vedada a participação das instituições do sistema em atividades que não tenham sido previstas na autorização.

37. O § 1.º do artigo 192 complementa o inciso I, nos seguintes termos:

“A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida, sem ônus na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.”

38. Numa interpretação conjunta do inciso I e do § 1.º, chegamos a duas conclusões, que transformam basicamente o sistema financeiro brasileiro e que são, respectivamente, o desaparecimento da especialização das instituições e a extinção da carta patente.



39. O término da especialização consagra, na realidade, o advento do banco múltiplo e faz desaparecer a tradicional muralha chinesa, entre o mercado financeiro propriamente dito e o mercado de capitais, ou seja, entre as operações de renda fixa e as de capital de risco, facultando a fusão, numa mesma entidade, do banco comercial e do banco de investimento, assim como da sociedade de crédito imobiliário e da financeira. Trata-se de problema complexo que, em outros países, tem merecido legislação especial separando as várias áreas, embora, recentemente, nos próprios Estados Unidos a desregulação na área financeira esteja reaproximando os *comercial banks* dos *merchant banks* e movimento idêntico esteja ocorrendo na Europa. De qualquer modo, caberá ao legislador e aos órgãos reguladores a função de estabelecer a maneira de convivência dessas diversas atividades e administrar os conflitos éticos que poderão surgir na vivência diária do banco múltiplo, evitando o *insider trading* e outras situações análogas.

40. Em certo sentido, o legislador conscientizou-se, no particular, da existência de um movimento internacional de transformação da atividade bancária e reconheceu uma situação de fato já existente no Brasil e de acordo com a qual, entre as várias entidades, financeiras especializadas sob controle único, só havia uma diferença de fachada, por já ocorrer uma administração comum e existir uma caixa única do grupo financeiro constituído sob a forma de conglomerado.

41. Por outro lado, teria cabido ao constituinte, já que foi tão detalhista, dedicando ao sistema financeiro um longo artigo, com oito incisos e três parágrafos, fazer uma referência, por mais sintética que fosse, ao mercado de capitais e ao seu órgão regulador — a Comissão de Valores Mobiliários — até com a finalidade de estabelecer as normas sobre relações entre o sistema financeiro e o de distribuição de valores. Esta lacuna do legislador constituinte se torna tanto mais estranha quando se verifica a importância dada na Constituição às empresas de seguros.

42. Efetivamente, o inciso II do artigo 192 determina que a lei complementar também deveria dispor sobre:

“II. autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador.”

43. Se o sistema segurador foi mencionado pela Constituição, não podia deixar de ser referido o mercado de capitais, que representa, atualmente, só no mercado acionário, um valor bursátil de mais de cinquenta bilhões de dólares e afeta, direta ou indiretamente, entre dez e vinte milhões de brasileiros (abrangendo os acionistas das empresas, os empregados de companhia aberta e os participantes do mercado, inclusive subscritores ou adquirentes de quotas de fundos). Por outro lado, o entrosamento entre a área de mercado de capitais e a financeira é maior do que o existente entre esta e o setor segurador. Finalmente, a Comissão de Valores Mobiliários

rios corresponde, no Brasil, a instituições que, em outros países, adquiriram uma ampla autonomia e um *status* de entidade de primeiro plano, como ocorre, por exemplo, com a SEC (*Securities Exchange Commission*), nos Estados Unidos, e a COB (*Commission des Opérations de Bourse*) francesa.

44. Como a impressão que se tem da intenção do legislador constituinte foi de tratar do sistema financeiro em sentido amplo, abrangendo, além da área financeira em sentido estrito, as instituições dos mercados segurador e de valores mobiliários, cabe indagar se a lei complementar deverá cobrir todas essas matérias e se devemos cogitar de uma lei complementar única ou, ao contrário, de três diplomas distintos, tratando, respectivamente, do sistema bancário, do mercado de valores mobiliários e da área de seguros. Também seria possível termos, na matéria, uma lei complementar única com os princípios gerais básicos, sem prejuízo da existência de leis ordinárias separadas para cada um dos setores. As dificuldades de solução do problema decorrem da existência, atualmente, de legislações separadas para cada grupo de instituições abrangentes de normas que, algumas, deveriam estar em nível de lei complementar e, outras, poderiam ser mantidas no plano da legislação ordinária. Talvez o ideal, do ponto de vista sistemático, fosse organizar um verdadeiro Código do Sistema Financeiro Nacional — como se elaborou o Código Tributário Nacional — com uma *parte geral, tratando das normas comuns às diversas áreas*, e uma parte especial, dividida em três livros referentes, respectivamente, ao sistema financeiro, ao mercado de valores mobiliários e ao setor de seguros.

45. O inciso III do art. 192 se refere à participação do capital estrangeiro, devendo a lei complementar definir:

“III. as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

a) os interesses nacionais;

b) os acordos internacionais.”

46. A legislação tradicional, que existia, no Brasil, a este respeito, foi no sentido de não admitir participações estrangeiras nos bancos comerciais, *resguardados os direitos já adquiridos*, e de permitir, nas demais instituições do mercado, posições estrangeiras minoritárias, que não poderiam superar 33% das ações votantes e 49,5% do capital total, abrangendo ações ordinárias e preferenciais, o que significava uma possibilidade de propriedade, para o grupo alienígena, de até 66% das preferenciais (se tivesse o máximo — 33% — das ordinárias) ou até de maior número de preferenciais, se tivesse menos ações ordinárias.

47. Com a criação do banco múltiplo, admitiu-se que a posição estrangeira minoritária passasse a existir em relação à carteira do banco comercial da nova instituição, que, sendo global e não podendo ser cindida, obedeceria, no tocante ao regime do capital estrangeiro, às mesmas normas atualmente incidentes sobre os bancos de investimento.

48. Ao fazer referência aos interesses nacionais, a norma constitucional entendeu que devia ser assegurado o controle, direto ou indireto, da instituição financeira a pessoas físicas brasileiras.

49. Também admitiu a Constituição, no art. 192, *inciso III, letra "b"*, que a participação estrangeira decorresse de acordos internacionais de reciprocidade. Assim já aconteceu, no passado, quando tivemos protocolos, entre o Banco Central do Brasil e os de outros países, para permitir a implantação de instituições financeiras estrangeiras no Brasil e de entidades brasileiras no exterior, com base na reciprocidade. Foi o que aconteceu em virtude dos acordos firmados com a Itália e a Espanha. Atualmente, a Grã-Bretanha, ao que parece, está pleiteando, com base no princípio da reciprocidade, autorização para funcionamento de um banco inglês no Brasil, já que há diversos bancos brasileiros que estão operando em Londres.

50. No sistema atualmente vigente, a reciprocidade enseja o funcionamento, no Brasil, de uma filial do banco estrangeiro que, para tanto, deve ter autorização governamental, na forma legalmente prevista.

51. Há, assim, uma distinção entre as subsidiárias de bancos estrangeiros, que são consideradas empresas nacionais de capitais estrangeiros e não são computadas como entidades de outra nacionalidade (bancos estrangeiros), para fins de reciprocidade, e as filiais, que são empresas estrangeiras. O modo de funcionar da reciprocidade depende de negociação entre as partes, podendo basear-se no número de instituições estrangeiras que funcionam ou podem vir a funcionar nos dois países, ou atender à dimensão das mesmas ou a outros critérios mistos. A referência do legislador constituinte a acordos internacionais não parece a mais feliz, pois a matéria poderia ser objeto de convênios entre bancos centrais, que não se enquadram, tecnicamente falando, na nomenclatura dos acordos internacionais sempre firmados pelos Estados e sujeitos a um ritual próprio.

52. Há, sobre as participações estrangeiras, disposição transitória no art. 52 do ADCT, congelando-as até a promulgação da lei complementar, ressaltadas as hipóteses de o aumento corresponder a interesse nacional que voltaremos a examinar mais minuciosamente.

53. O inciso IV trata do funcionamento do sistema, devendo a lei complementar dispor sobre:

"a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas ou privadas."

54. A Constituição nos faz pressupor que haverá uma ampla revisão da Lei n.º 4.595, de 31-12-1964, e da legislação superveniente. Na realidade, as normas vigentes estabelecem uma delegação de poderes, do Congresso Nacional, para o Conselho Monetário Nacional. Ocorre que, *ex vi* do artigo 25 do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (ADCT), as delegações de ações normativas ficarão sem efeito. Essa caducidade das delegações, que devia ocorrer 180 dias após a promulgação da Constituição, foi adiada por leis ordinárias sucessivas e, no momento, a delegação

se mantém até maio de 1990. Caberá, pois, rever e estabelecer, de modo definitivo, a divisão de competência entre o Legislativo, o Poder Executivo que exerce a função regulamentar, *ex vi* da própria Constituição (artigo 84, inciso IV), o Conselho Monetário Nacional ou o órgão que vier a substituí-lo e, finalmente, o próprio Banco Central, estabelecendo, eventualmente, novas delegações.

55. A Lei Complementar definirá também a composição do Conselho Monetário Nacional, podendo, eventualmente, trazer para o seu bojo representantes da Câmara dos Deputados e do Senado, seguindo o modelo inicialmente proposto pelo Deputado JOÃO AGRIPINO em relação ao Conselho de Desestatização, no projeto de lei de privatização de sua autoria.

56. A lei deverá também fixar ou não o mandato do Presidente e dos diretores do Banco Central, embora não haja, na Constituição, previsão para tanto, cabendo indagar quanto à possibilidade de ser estabelecido mandato por prazo certo na área do Executivo, em virtude de lei, mas sem previsão constitucional. A matéria foi objeto de discussão no passado, perante os tribunais, no caso do mandato fixado atribuído, no início da década de 1960, aos administradores da previdência social, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido descaber o mandato por prazo fixo (Súmula n.º 25).

57. O inciso V do artigo 192 menciona como assunto a ser tratado na Lei Complementar:

“os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo”.

58. Os requisitos tradicionais para o exercício de cargos tanto no Banco Central, como nas demais instituições, com uma diferença de graus de densidade, são a reputação ilibada, a idoneidade financeira, os conhecimentos técnicos especializados, que correspondem ao notório saber na área bancária, a experiência específica e o bom desempenho de funções no setor.

59. Uma das questões polêmicas e que está sendo objeto de um projeto de lei em andamento no Congresso Nacional é o referente aos eventuais conflitos de interesses, que podem aconselhar que não tenha havido maior vinculação dos dirigentes do Banco Central com determinadas instituições financeiras logo antes de assumirem os seus cargos e que não devam os mesmos voltar imediatamente a funcionar no mercado quando termina o seu mandato.

60. O conflito de interesses que pode surgir e tem surgido em nossa história, em determinados casos, coloca o legislador diante de uma posição difícil, pois os cargos de Presidente e diretores do Banco Central pressupõem uma vinculação com o mercado e uma experiência prática ampla no setor. Em determinados países, como a Inglaterra, são funções exercidas

em geral por pessoas mais idosas com experiência específica no setor, na área privada ou pública. O Embaixador ROBERTO CAMPOS já enfrentou a dificuldade de explicar, aos meios bancários britânicos, como e porque o Brasil teve um Presidente do Banco Central de trinta e poucos anos. Os ingleses admitem primeiros-ministros jovens — foi o caso de WILLIAM PITT — e até jovens almirantes — NELSON chegou cedo ao Almirantado —, mas não concebem que o Governador do Banco da Inglaterra possa ser jovem, sem longa prática e vivência no campo financeiro.

61. Trata-se, pois, de encontrar soluções para a *cross fertilization*, entre o setor público e o privado, que tem dado bons resultados, tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa. Por outro lado, a existência de um impedimento temporário — anterior e/ou posterior ao exercício do cargo — encontra justificativas morais, embora não exista, por exemplo, em relação aos membros do Poder Judiciário, que se aposentam e podem voltar de imediato ao exercício da advocacia. Em alguns países, como a França, esses cargos são, geralmente, exercidos por acadêmicos, professores universitários e economistas, tendência que também encontramos nos Estados Unidos, onde se admite a alternância dos mesmos com empresários ou até políticos com vivência de negócios.

62. Talvez a solução devesse evitar os radicalismos, graduar os impedimentos de acordo com a função, tratando de modo distinto o Presidente e os diretores do Banco Central e admitindo impedimentos temporários posteriores e considerando como condição de nomeação para o Presidente a sua não-participação recente em instituição financeira em cargo de relevo ou de comando ou com participação acionária substancial.

63. O artigo 192, inciso VI, trata do fundo de garantia ou seguro, determinando que a Lei Complementar estabeleça as normas para:

“... a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União”.

64. A idéia do legislador foi garantir os pequenos depósitos, substituindo por nova fórmula a função que chegou a ser exercida pelo IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) numa determinada fase da nossa história. O constituinte pretendeu, assim, evitar a chamada socialização dos prejuízos, sem prejudicar a confiança que os pequenos depositantes devem ter na solvência do Banco. Na realidade, essa garantia corresponde, como vimos, a uma das funções básicas da intervenção do Estado no mercado financeiro, via Banco Central. Este garante a liquidez do sistema como emprestador de último nível ou “Banco dos bancos”, mediante a utilização do redesconto, e encontra soluções para proteger os investidores nos casos de insolvência. Como lembra GALBRAITH, os bancos estão muito satisfeitos com a garantia de liquidez que o Banco Central lhes dá, mas nem sempre admitem a sua intervenção para fixar a política considerada mais saudável em relação às operações bancárias.

65. O seguro dos depósitos já foi instituído em vários países, podendo ser, conforme o caso, obrigatório ou facultativo. Nos Estados Unidos, é facultativo e os bancos devem comunicar aos seus clientes se têm ou não o seguro do FDIC (*Federal Deposit Insurance Company*), cujos recursos representam cerca de 0,8% — menos de um por cento — dos depósitos. A FDIC não teve prejuízos desde a sua criação até 1987, mas, a partir de 1988, foi enfrentando perdas de cerca de 4 bilhões de dólares, que, considerando o seu patrimônio, são, todavia, totalmente assimiláveis. Existe nos Estados Unidos uma empresa estatal análoga, que atende as sociedades de crédito imobiliário, denominada FSLIC (*Federal Saving and Loans Insurance Association*). Este setor que tem depósitos na ordem de um trilhão de dólares — dez vezes a dívida externa brasileira — sofreu prejuízos recentes de mais de 100 bilhões, ou seja, de 10% do valor dos depósitos, tendo sido necessária uma legislação especial para resolver as dificuldades surgidas em virtude dessa situação.

66. Instituições de seguro análogas surgiram, recentemente, em vários outros países, estando em fase de desenvolvimento no Canadá, no Japão, na Suíça e na Alemanha.

67. A proibição constitucional de participação da União Federal na formação dos recursos destinados a garantir os depósitos é um elemento perturbador na fase inicial, mas se explica por motivos de ordem ética. Na realidade, o seguro beneficia o depositante e por ele deverá ser custeado. A tendência do mercado seria dar um caráter mais privatista a esse seguro, sem prejuízo do acompanhamento da sua gestão pelo Banco Central. O funcionamento prático do seguro também está vinculado a eventuais modificações legislativas referentes à Liquidação Extrajudicial, ou seja, a uma reformulação da Lei n.º 6.024.

68. O inciso VII do artigo 192, determina, ainda, que a Lei Complementar fixe:

“os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento.”

69. Trata-se de medida para proteger a poupança local e fazer com que seja aplicada na região, especialmente quando captada nas regiões mais pobres. A finalidade do constituinte foi evitar o aumento das disparidades regionais no plano econômico-financeiro, pois é sabido que, atualmente, recursos oriundos do Norte e do Nordeste são aplicados nas regiões do Centro e do Centro-Sul do País, nas quais apresentam maior rentabilidade e segurança. A Constituição, no caso, tentou evitar que os Estados pobres se tornem mais pobres e os ricos mais ricos, utilizando estes a poupança daqueles.

70. Finalmente, o inciso VIII prevê tratamento legal adequado para:

“o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.”

71. As cooperativas de crédito não têm exercido, no País, a função que lhes cabe com toda a necessária amplitude. Houve decisão do constituinte de dar às cooperativas um novo *status*, análogo ao dos próprios bancos, cuja estrutura e condições de operacionalidade deverão ter. Trata-se de uma expansão do setor bancário, devendo o legislador oferecer às cooperativas de crédito um novo quadro institucional, com a coragem da inovação, mas com a cautela que sempre deve existir quando se trata de utilizar recursos alheios.

72. Já tendo examinado anteriormente o § 1.º do artigo 192, que está mais diretamente vinculado aos incisos I e II do mesmo artigo, analisaremos, em seguida, os §§ 2.º e 3.º

73. O § 2.º determina que:

“Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.”

74. Trata-se de beneficiar as instituições financeiras regionais, nelas depositando os recursos a serem aplicados na região, o que se justifica econômica e legalmente. Em certo sentido, o § 2.º é uma espécie de corolário do inciso VII, que, como vimos, pretendeu fortalecer as áreas menos favorecidas do País.

75. O § 3.º do art. 192 é o mais polêmico, pois estabeleceu, na Constituição, um teto para os juros a serem cobrados pelo sistema financeiro, como se verifica pelo seu texto, que é o seguinte:

“§ 3.º — As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

76. É incontestável que a taxa de juros não deve ser objeto de norma constitucional por ser, pela sua própria natureza, decorrente de contingências variáveis e dependentes do mercado nacional e internacional. Basta lembrar que, por algum tempo, os juros, em relação aos empréstimos externos em dólares, alcançaram cerca de 20% ao ano, o que comprova a dificuldade de estabelecer normas perenes na matéria, não sendo a Constituição o documento apropriado para conter regras conjunturais, que são eminentemente variáveis.

77. No passado, as Constituições brasileiras chegaram a condenar a usura em princípio, deixando ao legislador ordinário a função de defini-la, de acordo com as circunstâncias.

78. Coube, assim, por muito tempo, como continua a caber agora, até que nova legislação se estabeleça na matéria, ao Conselho Monetário

Nacional, por delegação do Congresso Nacional, estabelecer os juros, comissões e encargos que podem ser cobrados nas operações financeiras.

79. O Poder Judiciário aplica a lei de usura às operações realizadas por pessoas ou instituições não financeiras e faz incidir, sobre as operações das instituições, as normas do Conselho Monetário Nacional.

80. A interpretação da norma constitucional pode dar ensejo a resultados distintos, conforme se considere que o valor dos juros constitucionalmente fixado é o líquido e não o bruto, constituindo o teto do que pode ser efetivamente recebido pelos bancos, sem prejuízo de ser maior o montante pago pelos devedores. A tese se justifica pelo fato de não se admitir que as eventuais variações tributárias possam modificar o resultado que o constituinte pretendeu obter com uma norma por ele definida. Justificar-se-ia, outrossim, a não-computação dos tributos no teto estabelecido pelo fato de se referir a norma constitucional a *taxa de juros reais*. A taxa de juros reais corresponderia, assim, ao valor máximo que poderia ser efetivamente recebido pelo mutuante.

81. O entendimento da melhor doutrina e dos tribunais tem sido no sentido de não ser auto-aplicável o disposto no § 3.º e de depender da lei complementar para a fixação do seu exato sentido. Nesse sentido, há medida liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal em processo que aguarda julgamento.

82. Em recente seminário organizado pelo Congresso Nacional, a norma constitucional referente aos juros máximos foi debatida por políticos, economistas e juristas e as conclusões majoritárias foram no sentido de sua inexecutabilidade.

83. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os arts. 25 e 52 complementam o quadro das inovações legislativas no setor financeiro.

84. O art. 25 tem a seguinte redação:

*“Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:*

I — *ação normativa;*

.....  
§ 1.º Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma:  
.....

III — nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-



leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes.”

85. Como já indicado, a legislação ordinária posterior manteve em vigor a delegação até maio de 1990, devendo a matéria vir a ser reapreciada posteriormente a esta data.

86. O art. 52 do ADCT trata, como vimos, da participação estrangeira e tem a seguinte redação:

“Art. 52. Até que sejam fixadas as condições a que se refere o art. 192, III, são vedados:

I — a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior;

II — o aumento do percentual de participação, no capital de instituições com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.

Parágrafo único. A vedação a que se refere este artigo não se aplica às autorizações resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade ou de interesse do Governo brasileiro.”

87. O certo é que as novas normas constitucionais referentes ao sistema financeiro aumentam as responsabilidades deste e constituem um desafio para o Congresso Nacional que deverá, em consenso com o Executivo, estabelecer as normas complementares e ordinárias da nova legislação bancária.

88. O exercício do poder monetário é, certamente, uma das principais atribuições do Estado moderno. Bem exercido, assegura o desenvolvimento nacional e o equilíbrio entre os interesses em conflito. Mal exercida a função ou ocorrendo desvio de poder, os abusos e distorções podem ser fatais para a sociedade. Trata-se, como já afirmamos, de conciliar a segurança dos negócios, a comutatividade dos contratos e a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

89. O poder monetário garante a irrigação correta da economia nacional pelos meios de pagamento. Devem ser suficientes para não atrapalhar o seu desenvolvimento e o funcionamento das empresas e evitar a recessão; mas não excessivos, para evitar a inflação.

90. NAPOLEÃO dizia que queria o Banco de França nas mãos do Estado, *ma non troppo*, sem excesso. Se o Banco Central é o coração da sociedade civil, deve estar sob o controle não só do Estado, mas da própria sociedade, mediante a plena transparência, a *full disclosure* que é o melhor remédio contra todos os males. A luz do sol, lembrava o *Justice Brandeis*, em relação ao mercado de capitais, é o melhor dos desinfetantes. Um banco central com ampla transparência e autonomia, sem esoterismo, sincronizado com o Executivo e fiscalizado pelo Legislativo, pode e deve ser o grande instrumento de uma economia em desenvolvimento, sem recessão, nem inflação. É o que esperamos do novo sistema financeiro brasileiro.

# A autonomia universitária e seus limites jurídicos

GIUSEPPI DA COSTA

Professor de Direito da Universidade Federal do RN. Procurador-Geral da Universidade Federal do RN. Vice-Presidente do Instituto dos Advogados do RN. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros

## SUMÁRIO

*I -- Introdução. II -- Aplicabilidade do art. 207 da Constituição Federal. III -- Interpretação do art. 207. IV -- Limites jurídicos da autonomia. V -- Hipóteses exemplificativas de atos da autonomia.*

### I — Introdução

Embora pouco tempo tenha decorrido da promulgação da Carta Constitucional, muito já se falou acerca da autonomia universitária, instituída através do art. 207 da nova ordem. E muita tinta já foi gasta, na tentativa de se dimensionar essa autonomia, o que parece não se constituir tarefa das mais fáceis. Luminares das letras jurídicas brasileiras já foram chamados a se pronunciar sobre o assunto, na busca urgente de se encontrar definitivamente o real tamanho da liberdade assegurada na Constituição.

O trabalho que nos propomos construir, no momento, representa uma modesta contribuição ao aprofundamento do tema, ainda muito carente de discussões minudentes, capazes de nos conduzirem a uma posição uniforme.

Quando se mergulha no estudo do instituto, vê-se logo que se está em terreno por demais movediço, que, por isso, exige do estudioso um cuidado redobrado com seu manejo.

Nossa atenção estará concentrada apenas e tão-somente na análise jurídica da autonomia, sem que isso signifique que desconhecemos que os grandes problemas dela decorrentes têm muito mais relação com o aspecto político do que propriamente com o jurídico.

A autonomia universitária constitucional representa, de certa forma, a quebra dos grilhões que prendiam e que hoje ainda prendem tais instituições aos órgãos centrais da Administração Pública. Representa uma perda do poder controlador dos governos em relação a essa significativa

fatia. E perda de poder ninguém quer, pois pode significar, por via reflexa, um enfraquecimento do poder político.

Por essas razões, tão apaixonados têm sido os debates, tão longos têm sido os discursos, quando o assunto diz respeito à autonomia universitária.

Sentimos a presença nítida de uma competição. De um lado, os administradores das universidades, pugnando por uma interpretação fortemente ampla do teor do art. 207 da Constituição; no outro flanco, os órgãos centrais dos governos buscando interpretar o dispositivo da forma mais restritiva possível.

Pessoalmente, entendemos que o assunto deve ser apreciado unicamente à luz do Direito Constitucional e que os debates devem se restringir ao exame jurídico da matéria.

Se necessário, se não se chegar a um ponto pacífico, deve-se recorrer ao Judiciário, a fim de que esse Poder possa pôr fim ao indesejável conflito.

Nossa intenção neste trabalho é abordar a questão da autonomia e tentar dimensioná-la, ou seja, encontrar seus reais e atuais limites e ainda a forma pela qual poderá ela sofrer outras restrições.

Se, ao final do trabalho, houvermos alcançado esse objetivo, dar-nos-emos por satisfeitos.

## II — *Aplicabilidade do art. 207 da Constituição Federal*

Art. 207 — As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Antes de mergulharmos definitivamente na abordagem do núcleo central da questão, entendemos como de bom alvitre que uma análise acerca da aplicabilidade do dispositivo retro seja ensaiada. É o que tentaremos fazer.

A doutrina esposada por JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre a aplicabilidade das normas constitucionais (in *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 61/2), escorada nas lições de Thomas Cooley e de Francisco Campos, deixou assente no Direito Constitucional brasileiro o entendimento segundo o qual é de considerar-se frágil e inaceitável a construção pretoriana, erguida no seio da Suprema Corte norte-americana, que distinguia duas categorias de normas constitucionais: as "mandatory provisions" (prescrições mandatórias) e as "directory provisions" (prescrições diretórias).

A norma constitucional é una, no que respeita à sua imposição. Não é correto se pensar uma norma constitucional com mais força do que outra,

posto que tudo que emana da Carta tem a mesma origem e a ninguém é dado o direito de negar-lhe obediência.

O que pode ocorrer, e isso não se desconhece, é a possibilidade de uma norma não ter auto-executoriedade, por depender de lei ordinária sua aplicação.

Daí haver surgido a tão festejada divisão tricotômica das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, entre nós aprofundadamente estudada por JOSÉ AFONSO DA SILVA (in ob. cit.).

Por esta divisão, temos as normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

As de eficácia plena, no dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS (in *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 4.<sup>a</sup> ed., p. 92),

“são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os efeitos essenciais (ou têm possibilidade de produzi-los). Nestas condições, todos os objetivos visados pelo legislador incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui o objeto. São de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica”.

Normas de eficácia contida, ainda segundo o mesmo mestre (p. e. ob. cit.),

“são aquelas que também incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos desejados, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. São de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade”.

O mesmo autor conceitua as normas de eficácia limitada, como

“aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor da Constituição, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria normatividade para isso bastante, deixando tal tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”.

Vistos e devidamente analisados todos esses conceitos, não há dificuldade em se perceber que a norma incrustada no art. 207 da Constituição Federal é de eficácia plena. A uma, porque não se vislumbra no bojo do enunciado nenhuma indicação que vise limitá-la ou restringi-la. A duas, porque o constituinte regulou inteiramente o assunto, nada deixando ao legislador ordinário completar.

A matéria está acabada, íntegra. A norma está dotada dos elementos necessários à sua executoriedade.

Ainda que alguma dúvida houvesse no tocante à sua posição, o ensinamento do já citado JOSÉ AFONSO DA SILVA (ob. cit., p. 76) poria a questão definitivamente às claras:

“A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer a eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais, até bem recentemente, não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais da Constituição.”

### III — *Interpretação do art. 207*

Demonstrado, pois, se achar caracterizada a norma inserida no art. 207 como de eficácia plena, em absoluto vigor, portanto, cabe-nos agora buscar o melhor caminho para a compreensão do seu enunciado.

Para tão árdua tarefa, temos de nos recorrer dos princípios informadores da hermenêutica jurídica, que, no dizer de PAULA BATISTA “é o sistema de regras para a interpretação das leis” (in *Hermenêutica Jurídica*, Saraiva, ed. histórica, p. 3).

Vamos então tentar encontrar a melhor interpretação para o texto do dispositivo constitucional enfocado, e o primeiro problema a se resolver, de logo, é decidir se se vai dar mais peso, isto é, se se vai buscar no texto a vontade da lei ou a de quem a fez, o legislador.

A hermenêutica moderna nos indica, consoante doutrina do Mestre português MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE (in *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Armênio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra — 1979, p. 16) que

“A interpretação procura a *voluntas legis*, não a *voluntas legislatoris*; . . . e procura a vontade atual da lei, não a sua vontade no momento da aplicação: não se trata, pois, de uma vontade do passado, mas de uma vontade sempre presente enquanto a lei não cessa de vigorar. É dizer que a lei, uma vez formada, se destaca do legislador, ganhando consistência autônoma; e, mais do que isso, torna-se entidade viva, que não apenas corpo inanimado, ou mero fato histórico fechado e concluído.”

No mesmo sentido, temos as palavras do grande FRANCESCO FERRARA, insigne professor da Universidade de Pisa:

“A finalidade da interpretação é determinar o sentido objetivo da lei, a *vis ac potestas legis*. A lei é expressão da vontade do Estado, e tal vontade persiste de modo autônomo, destacada do complexo dos pensamentos e das tendências que animaram as pessoas que contribuíram para sua emanção.

O intérprete deve apurar o conteúdo da vontade que alcançou expressão em forma constitucional, e não já as volições alhu-

res manifestadas ou que não chegaram a sair do campo intencional. Pois que a lei não é o que o legislador quis ou quis exprimir, mas tão-somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei." (In *Interpretação e Aplicação das Leis*, Armênio Amado — Editor, Sucessor, Coimbra — 1978, p. 134.)

Aprendemos, assim, que não devemos perder tempo em procurar saber o que quis efetivamente o legislador constituinte, quando editou o teor do art. 207. Devemos, isto sim, tentar traduzir o que quer realmente dizer o enunciado do dispositivo.

Aparentemente, não há dificuldade maior em se entender o significado do conteúdo do art. 207 da Carta Constitucional. Indica precisamente que os entes universitários sejam constituídos sob forma autárquica ou fundacional, gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

Do ponto de vista didático-científico, são autônomas, isto é, têm liberdade para reger seus programas de ensino, suas áreas de pesquisa e a conduta didática a ser observada por seus agentes.

Do ponto de vista administrativo, têm liberdade para praticar todos os atos de natureza administrativa, envolvendo, portanto, assuntos relativos à sua própria organização e funcionamento, e ainda ao seu pessoal, ao seu material etc.

No que se refere ao lado financeiro e patrimonial, a liberdade diz respeito apenas à gerência de suas finanças e de seu patrimônio.

Para os simplistas, está aí tudo dito e devidamente esclarecido. A autonomia está posta em tons por demais claros e deve apenas ser exercitada.

A questão, no entanto, afigura-se bem mais complexa.

Em primeiro lugar, a interpretação de uma norma não pode ser levada a efeito pura e simplesmente analisando-se o sentido literal das palavras. A hermenêutica indica regras e métodos que não podem ser olvidados pelo intérprete, no seu trabalho de identificar o real conteúdo da lei.

É imperioso que nos socorramos, por exemplo, dos métodos sistemático e teleológico, quando examinamos dispositivos do texto constitucional. O primeiro consiste "em considerar o preceito jurídico interpretando como parte do sistema normativo mais amplo que o envolve" (LUIS FERNANDO COELHO, in *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Forense, p. 80). O segundo, ainda de acordo com o mesmo mestre, indica que "O critério para o julgamento das leis não é a verdade, mas um critério relativo, estabelecido em razão dos fins visados pelo direito em cada caso concreto".

Tem-se, portanto, que a interpretação de uma norma deve ser efetivada, olhando-se para dentro do sistema onde ela está posta e, ao mesmo tempo, buscando-se sua real finalidade no mundo jurídico.

Grande relevância na hermenêutica jurídica tem a questão da interpretação extensiva e da restritiva. O emprego de uma ou de outra forma gerará efeitos diferenciados no texto interpretando. Segundo OTHON SIDOU (in *O Direito Legal, história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*, Forense, p. 121):

“Diz-se, então, que o efeito interpretativo é amplo (melhor que extensivo) ou é estrito (melhor que restrito), conforme o texto suporte a admissão de princípios não taxativamente expressos, ou, ao contrário, repila a admissão de princípios supostamente incluídos, porém, em todo caso, inacomodáveis à espécie concreta com que se manipule.”

Para se delimitar a abrangência da autonomia inserida no art. 207 da Constituição Federal, é necessário, antes de mais nada, que se defina logo se o dispositivo comporta uma interpretação extensiva ou restritiva. Antes disso, nada se pode fazer.

E CARLOS MAXIMILIANO, em sua obra clássica (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9.<sup>a</sup> ed., p. 313), melhor do que ninguém, ensina quando tais formas devem ser empregadas:

“Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que fornecem algumas profissões, classes ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade.”

Dessume-se, portanto, da doutrina do mestre, que a interpretação extensiva deve ser observada, quando se examinam regras normais, de caráter geral, reservando-se a restritiva para os comandos que contemplam situações excepcionais.

De tudo o que foi visto até aqui, podemos concluir afirmando como verdadeiras as seguintes premissas:

### 1 — *Preponderância da vontade da lei — Interpretação teleológica*

Quando se interpreta uma norma, deve-se atentar para o fim indicado pelo seu conteúdo, considerando-se secundários os motivos que levaram o legislador a editá-la. Procura-se a vontade da lei e não a do legislador.

### 2 — *Interpretação sistemática*

O texto do art. 207 não pode ser analisado isoladamente, mas obrigatoriamente como uma unidade dentro do sistema constitucional.

### 3 — *Natureza do art. 207 — Exceção ou regra geral?*

É necessário se identificar se o teor do art. 207 tem ou não natureza excepcional, em relação ao sistema constitucional.

Passemos, agora, a comentar estas premissas.

#### 1 — *Preponderância da vontade da lei — Interpretação teleológica*

O art. 207, como já observado, confere autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades.

O texto, visto isoladamente, confere uma autonomia sem freios, sem limites, sem fronteiras.

O que pretende, na verdade, a Constituição com tamanha outorga de poderes a estes entes da Administração Pública?

Pretende equipará-los aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que também são autônomos (art. 18, CF)? Ou transformá-los em outro poder do Estado, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário (art. 2.º, CF)?

Evidentemente, que nem uma coisa nem outra.

Primeiro, porque a autonomia universitária é apenas didático-científica e administrativa, mas não financeira, nem patrimonial, posto que nestas áreas a autonomia diz respeito tão-somente à gestão, ou seja, à liberdade para gerir as finanças e o patrimônio, sem poder algum de disposição.

Depois, porque têm autonomia, mas não independência, vinculando-se hierarquicamente aos poderes executivos, seja o da União, sejam os dos Estados ou os dos Municípios.

Se há uma subordinação hierárquica, e realmente há, pois não são independentes, tem-se que aceitar que a autonomia conferida, v.g., a administrativa, que tem dado azo a maiores discussões, é apenas relativa.

Quer a norma constitucional que as universidades tenham liberdade para a prática dos atos administrativos necessários à sua própria vida, ao seu desenvolvimento, sem ingerência de poderes estranhos, algumas vezes, nocivos ao ambiente científico que, supõe-se, nelas deve reinar.

BISCARETTI DI RUFFIA (in *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.ª ed., p. 477), comentando a Constituição italiana, refere-se ao problema da autonomia dos órgãos da administração descentralizada, revelando uma idéia que, ao nosso pensar, conjuga-se perfeitamente com o querer expresso na Constituição brasileira. Primeiro, aborda a autonomia unicamente como produto do acatamento do princípio da descentralização administrativa ou burocrática e não como uma questão filosófica. Depois, quando a ela se reporta, usa a expressão “certa autonomia”, indicando claramente não ser ela absoluta e inalcançável.



A leitura do texto torna o assunto definitivamente aclarado:

“En relación con la organización y funcionamiento de los órganos locales de la Administración estatal la Constitución (artículo 5) ha acogido el principio de la descentralización administrativa, o burocrática, confiando a la periferia, *con cierta autonomía de deliberación*, el cuidado de los intereses públicos e órganos competentes en el ámbito de circunscripciones territoriales específicas” (grifos acrescidos).

Essa autonomia, embora entendida como relativa, não deve ser tida como diminuta. Sua dimensão é medida pela necessidade que têm de editar os atos de que necessitam para sua organização. E isso, por si só, significa que a área de abrangência da autonomia é significativa.

## 2 — *Interpretação sistemática*

Dispõe o art. 207 sobre a autonomia das universidades. É evidente que o texto se refere às universidades instituídas ou mantidas pelo poder público. Todas estas se acham organizadas ou sob a forma de autarquia, ou sob a forma fundacional.

São autarquias ou fundações públicas. São, portanto, entes componentes da Administração Pública, a teor do disposto no art. 37 da Constituição Federal.

Logo, o art. 207 tem de ser interpretado com as vistas voltadas para todo o Capítulo VII do Título III, que trata exatamente da Administração Pública. O mesmo se diga em relação à Seção II do Capítulo II do Título IV, onde estão elencadas as atribuições do Presidente da República.

Temos, assim, que o dispositivo em análise tem vinculações estreitíssimas com as regras das partes mencionadas, em razão do que sua compreensão não pode ser obtida sem uma visão ampla do sistema constitucional. Sua interpretação deve ser sistemática.

## 3 — *Natureza do art. 207 — Exceção ou regra geral?*

Em princípio, lendo-se o teor do art. 207, tem-se a nítida impressão de tratar-se de um comando geral. E em relação à educação acreditamos mesmo que o seja.

No entanto, quando percebemos que os entes universitários públicos se constituem sob a forma de autarquias ou de fundações públicas, passamos a vislumbrar naquele regramento um forte conteúdo de excepcionalidade.

Por quê?

Porque a Carta Constitucional, no capítulo atinente à Administração Pública, refere-se genericamente à administração indireta e à fundacional, sem descer a detalhes sobre os entes autárquicos, por exemplo, nem sobre as fundações públicas.

Deixou tal tarefa ao legislador ordinário, como, aliás, já fazia a Constituição anterior. Será, portanto, o Congresso Nacional quem disporá sobre a organização de todas essas entidades.

Isto revela que somente as autarquias e fundações universitárias têm a autonomia constitucional garantida, não podendo o legislador afrontá-la de forma nenhuma.

Nesse particular, já dissemos, o comando do art. 207 representa uma exceção à regra geral, ou seja, tem um teor que confere às autarquias e fundações públicas universitárias, e somente a elas, autonomia administrativa, didático-científica e de gestão financeira e patrimonial.

Nenhuma outra autarquia ou fundação pública tem essa garantia constitucional. Uma escola técnica ou um centro de estudos superiores, por exemplo, mesmo que constituídos sob forma de autarquia ou de fundação pública, não têm a autonomia constitucional.

Podem até tê-la, mas será somente legal, nunca constitucional. Se legal, a qualquer tempo, uma lei ordinária pode suprimi-la, o que jamais ocorrerá com as universidades.

Justificamos, assim, o caráter excepcional do art. 207.

Trata-se de uma exceção e como tal deve ser interpretado restritivamente, segundo a autorizada recomendação do saudoso CARLOS MAXIMILIANO.

#### IV — *Limites jurídicos da autonomia*

Como já tivemos oportunidade de frisar, o regramento constitucional relativo à autonomia das universidades parece, à primeira vista, querer expressar uma autonomia, principalmente administrativa e didático-científica, ampla e sem freios.

Contudo, não é assim que se deve entender.

Com efeito, é a própria Carta Constitucional quem impõe rédeas à amplitude desse *plus* concedido às instituições universitárias públicas.

Isso se percebe exatamente no momento em que se analisa o art. 207, em combinação com as disposições constitucionais que tratam da Administração Pública e da competência do Presidente da República.

De princípio, impõe-se salientar que, sendo as universidades públicas antes da Administração Pública, estão obrigatoriamente submissas aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, assim como às prescrições dos incisos I a XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Portanto, nada pode o administrador universitário empreender, se não houver permissibilidade legal; nada pode articular com o objetivo de pro-

mover sua própria imagem; ainda que amparado em lei, não pode praticar atos contrários à moralidade pública; e, por fim, deve dar publicidade a todos os atos administrativos que editar.

Em segundo lugar, não é permitido se olvidar que as universidades públicas, compondo a Administração Pública, são unidades do Poder Executivo. E esse Poder é exercido pelo Presidente da República, com o auxílio direto dos Ministros de Estado, a teor do que estatui o art. 76 da Constituição.

Nunca é demais lembrar que o Presidente da República, no Brasil, exerce, além da chefia do Estado, a chefia do Governo, e, como tal, consoante lição de MAURICE DUVERGER (in *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, 5.<sup>a</sup> ed. espanhola, p. 557),

“... dirige la política general y asegura la coordinación de todos los órganos de gobierno y administración.”

Logo, não é plausível se pensar num órgão da Administração Pública, do Poder Executivo, portanto, que fuja integralmente à autoridade do seu dirigente maior, no caso, o Presidente da República.

DEMÓFILO DE BUEN, em sua obra clássica (*Introducción al Estudio del Derecho Civil*, Editorial Porrúa, S.A., 2.<sup>a</sup> edición, p. 389), nos transmite algumas regras gerais de interpretação de leis, que se adequam como uma luva, ao que ora se afirma:

“Es una de esas reglas, antes ya aludida, la de que quien está autorizado para el fin lo está para los medios necesarios para alcanzarlo.

El que tiene derecho a lo más, lo tiene para lo menos (*argumentum a maiori ad minus*).”

Depreendemos, pois, das lições acima que o Presidente da República, estando responsável pela condução do Poder Executivo, está *ipso facto* investido da autoridade para empregar todos os meios necessários ao alcance dos objetivos da Administração Pública federal, não podendo norma alguma impor-lhe qualquer obstáculo. De igual forma, se está investido da função de condutor maior dessa Administração, temos de pressupor que dispõe de poder de comando para exercer o controle e a supervisão sobre todos os órgãos que a integram, sendo inaceitável que qualquer deles escape-lhe dessa supervisão e desse controle.

Isto, aliás, está dito de modo direto e irrefutável na própria Carta Constitucional, quando, no seu art. 84, disciplina sua competência privativa:

“Art. 84 — Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

II — exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

.....  
VI — dispor sobre a organização e o funcionamento da administração, na forma da lei;

.....  
XXV — prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.”

Creemos que pouca coisa resta a dizer sobre o assunto. A clareza meridiana do texto do art. 84 expunge qualquer sombra de dúvida a respeito do poder que tem o Presidente da República de dirigir, com o auxílio de seus Ministros, toda a Administração Pública federal, na qual estão inseridas as universidades públicas, sejam fundacionais ou autárquicas.

Até mesmo os atos de provimento e de extinção de todos os cargos públicos, portanto, dos cargos das universidades públicas, são da competência privativa do Presidente da República.

É a vontade do texto claro da lei, contra a qual nada se pode argumentar.

O Ministro da Educação é outra autoridade a quem a Constituição confere poder de orientar, coordenar e supervisionar as atividades das universidades públicas. Esse poder *origina-se*, implicitamente, do teor do inciso II do artigo 84, retrotranscrito, e, explicitamente, do inciso I do parágrafo único do art. 87, *in verbis*:

“Art. 87 — .....

Parágrafo único — Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I — exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal, na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República.”

Podemos ainda acrescentar outros limites à autonomia das universidades públicas. Criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas federais, por exemplo, são matérias disciplinadas somente por lei federal, como também o são a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública federal. É o que prescrevem os incisos X e XI do art. 48 da Constituição.

Não podem, por isso, as universidades nada inovar nesse particular, haja vista a obediência que devem ao princípio da legalidade.

A rigor, a autonomia universitária principia a ter limites no próprio texto do art. 207. Na verdade, no momento em que o dispositivo confere

autonomia administrativa e didático-científica, mas no tocante ao patrimônio e às finanças, diz que ela se prende apenas à gestão, está, já aí, suprimindo parte dessa autonomia. É como se estivesse dando com uma mão e retirando com outra, pois não se concebe autonomia administrativa despida de poder de disposição sobre patrimônio, como também não é concreta uma autonomia administrativa, sem que acompanhada da financeira. Nesse sentido, temos o exemplo clássico do Poder Judiciário, esfacelado em seu desempenho, exatamente porque, embora autônomo e independente, tinha suas finanças controladas pelo Executivo.

#### V — Hipóteses exemplificativas de atos de autonomia

Diante de tantas limitações e restrições, pode-se até mesmo indagar se a autonomia das universidades não representa um puro exercício de ilusionismo.

Respondemos que não. Dissemos, em passagem anterior, que a autonomia, embora entendida como relativa, não deve ser tida como diminuta.

O mestre HELY LOPES MEIRELLES, até aqui, foi quem melhor definiu autonomia administrativa dos entes educacionais:

“... é o poder de organizarem seus próprios serviços, fazê-los funcionar, inclusive convocar, nos termos da lei, pessoal habilitado” (Parecer de 14-2-89).

Ao nosso ver, no conceito do grande administrativista brasileiro, está a real dimensão da autonomia administrativa das universidades públicas.

Está dito que podem organizar seus próprios serviços e fazê-los funcionar convenientemente. Em outras palavras, têm autonomia para editar os atos administrativos necessários à sua organização, como, por exemplo, seus estatutos, regimentos, resoluções etc. Podem até convocar pessoal habilitado para a execução de suas atividades, evidentemente que obedecendo aos comandos constitucionais e legais existentes, especialmente no que respeita à necessidade de observância de concursos públicos, assim como de criação prévia de cargos por disposição legal etc.

Em resumo, são autônomas para gerirem suas próprias vidas.

Vejamos agora hipóteses concretas de atos decorrentes da autonomia:

##### a) *Contratação de pessoal*

Entendemos que as universidades têm o poder de convocar o pessoal habilitado para execução de suas atividades, sem que estejam obrigadas a pedir permissão ao Ministério da Educação.

Bastante que estejam os cargos e/ou empregos instituídos por lei e que haja previsão orçamentária para suportar as despesas decorrentes. Não tendo autonomia financeira, mas apenas de gestão financeira, não podem contrair despesas sem que garantidos os recursos para suportá-las.

Não devem, evidentemente, descuidar na observância dos processos seletivos, jamais podendo fugir da obrigatoriedade do concurso público de provas ou de provas e títulos, e sempre de provas e títulos quando se tratar da seleção de docentes (art. 208, V, CF).

b) *Criação de novos cursos*

A edição de ato do Poder Executivo, determinando às universidades a suspensão de criação de novos cursos superiores de graduação e o aumento das vagas nos já existentes, gerou grandes polêmicas e acirrados debates no seio do ambiente universitário.

E a origem dessas discussões, como não poderia deixar de ser, foi a autonomia universitária do art. 207.

Poderia o Presidente da República editar um ato de tal natureza? Não estaria com ele, afrontando a autonomia administrativa e didático-científica da Constituição?

Vozes abalizadas se ergueram de um lado e de outro.

O eminente Ministro CLÓVIS RAMALHETE, em erudito parecer, posicionou-se frontalmente contrário à edição do ato, ao argumento de que

“... o decreto em causa ofende o art. 207 da Constituição, ao lesar duas das feições da autonomia das universidades, agora resguardadas pela Constituição até contra o legislador ordinário, que se dirá contra decreto executivo”.

“A autonomia universitária estende-se, como visto no art. 207 da Constituição, às questões didático-científicas e às administrativas, além de às financeiras e patrimoniais. Ora, o decreto sob exame lesou a autonomia nos seus aspectos didático-científico e administrativo. Quando proíbe a criação de novos cursos superiores de graduação, e veda o aumento de vagas naqueles já instituídos, tal decreto fere a autonomia universitária nestas duas áreas. — É manifesto”.

*Permissa venia*, ousamos discordar do insigne jurista.

Não discutiremos aqui o aspecto da invasão de poderes, com a usurpação da competência exclusiva do Congresso Nacional, para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional, tão bem enfocado no aludido parecer.

Restringir-nos-emos apenas à alegada ofensa ao art. 207, que, pessoalmente, não vislumbramos.

Ora, como já registrado, ao Presidente da República compete exercer a direção superior da administração federal.

Conferindo-lhe esse poder, a Carta Constitucional assegurou-lhe a autoridade necessária para adotar todas as medidas que julgar convenientes à consecução dos objetivos de seu Governo. Como querer, pois, que entes públicos vinculados à própria administração, da qual ele é o dirigente maior, possam contrariar as linhas gerais emanadas do Governo? Parece-nos de todo impossível.

A se agasalhar esta tese, estar-se-ia pondo em risco o princípio da autonomia do próprio Poder Executivo, que tem um chefe, que é o condutor das diretrizes da Administração Pública. Ao nosso ver, não é possível que se criem no corpo da Administração Pública entes dotados de autonomia absoluta, pois esta somente é compatível com os poderes do Estado. A não ser que se pretenda diluir o poder central, criando-se vários focos de poderes autônomos, esfacelando o primeiro e impondo a ingovernabilidade no País.

Não é esta a determinação da Constituição.

c) *Dispensa de servidores universitários não estáveis por determinação de medida provisória ou de lei*

Quando o Governo Federal pretendeu dispensar os servidores da Administração Pública federal não protegidos pela estabilidade, editou a Medida Provisória n.º 33.

De imediato, afloraram reações as mais diversas no âmbito das universidades. Mais uma vez, a autonomia constitucional do art. 207 foi invocada para a proteção dos atingidos. Sustentou-se que, tendo as universidades autonomia administrativa, não poderiam sofrer ingerência, nesse campo, de qualquer espécie, ainda mesmo que vindo do Congresso Nacional. Em outras palavras, nem mesmo uma lei federal regularmente editada poderia ditar comandos dirigidos a servidores universitários.

O Prof. HELY LOPES MEIRELLES, com sua reconhecida autoridade, foi convocado a pronunciar-se sobre o assunto.

O acatado mestre desenvolveu com o brilhantismo que lhe é peculiar, a tese do controle meramente finalístico, segundo o qual não há subordinação hierárquica de uma autarquia para com a entidade estatal a que pertence, havendo mera vinculação, em razão do que esta pode exercer apenas um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.

A base de sua teoria está posta nos termos seguintes:

“Arrematando: sendo a autarquia serviço público descentralizado, personalizado e autônomo, não se acha integrada na estrutura orgânica do Executivo, nem hierarquicamente a qualquer chefia, mas tão-somente *vinculada* à Administração direta, compondo, separadamente, a Administração indireta do Estado

com outras entidades autônomas (empresas públicas e sociedades de economia mista). Por esse motivo não se sujeita ao controle diverso, finalístico, atenuado, normalmente de legalidade e excepcionalmente de mérito, visando unicamente mantê-las dentro de suas finalidades institucionais.”

“A Medida Provisória n.º 33 afronta a autonomia universitária, principalmente quanto ao princípio insculpido no art. 207 da Constituição da República, de 5-10-88.”

“Autonomia universitária entende-se como a faculdade que o ente tem de administrar-se por suas próprias normas (estatuto e regimentos) didático-científicas, administrativas e de gestão financeira e patrimonial, obedecendo ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, parâmetros traçados pelo art. 207 da Constituição da República, recém-promulgada, que dilata a abrangência do art. 3.º da Lei n.º 5.540/68.”

A primeira parte da tese sustentada pelo emérito doutrinador é aceitável, até porque perfilha o entendimento de que inexiste a chamada autonomia absoluta, estando sempre presente uma vinculação sujeitando o ente autônomo, ainda que não hierarquicamente.

No entanto, não temos como acompanhá-lo na conclusão.

Com efeito, não vislumbramos como admissível a imunidade dos servidores universitários aos efeitos de uma medida provisória, que, em última análise, tem o mesmo potencial de uma norma legal.

Essa compreensão nos advém da leitura do inciso X do art. 48 da Constituição Federal, já transcrito, segundo o qual compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.

A clareza solar do texto não justifica maiores comentários, ensejando-nos pensar que o mestre incorreu em lamentável equívoco.

#### d) *O problema da escolha de reitores*

Desde a promulgação da nova Carta Magna, tem vindo a lume com freqüência a questão da forma como deve se processar a escolha dos reitores das universidades públicas.

A autonomia do art. 207, evidentemente, tem sido lembrada para justificar o entendimento de que o processo de escolha dos dirigentes universitários deve ter início e fim dentro da própria comunidade universitária.

Se se tem autonomia administrativa, tem-se conseqüentemente o direito de escolher seus próprios dirigentes, pois do contrário não há falar em autonomia.

Expressam-se assim os defensores dessa corrente.



Contudo, há objeções irrefutáveis a essa posição.

O já tantas vezes invocado art. 48 da Constituição reserva à lei, dentre outros, o papel de reger as questões relativas à organização administrativa, à criação, à extinção e à transformação de cargos, empregos e funções públicas e, finalmente, à criação, à estruturação e às atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública.

Ora, se é a lei quem organiza a Administração Pública, quem cria, estrutura e define as atribuições dos órgãos públicos, quem cria, transforma e extingue funções públicas, também cabe à lei o papel de definir a forma da investidura nessas funções.

Assim, não se pode acoiar de ferir a autonomia universitária uma norma legal, cujo conteúdo disciplina a forma de investidura em funções públicas. Tal atribuição, como visto, cabe ao Congresso Nacional. Não é possível se enxergar diferentemente.

As nomeações de dirigentes universitários estão reguladas por leis anteriores à nova Constituição, mas que com ela não colidem. São constitucionais e, por isto, estão em pleno vigor. Devem ser obedecidas, portanto.

O *DOU* de 17-5-89, à p. 7.608, contém despacho exarado pelo Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro da Educação, sobre problema de escolha de dirigentes universitários, que entendemos inatacável.

Vale a pena ver o primeiro parágrafo do referido despacho:

“A escolha e nomeação de reitores e vice-reitores de universidades oficiais há de seguir, rigorosamente, o que determina o art. 16 da Lei n.º 5.540, de 28 de novembro de 1968, com a redação dada pela Lei n.º 6.420, de 3 de junho de 1977, revogado pela Lei n.º 7.177, de 19 de dezembro de 1983.”

Como conclusão de nossa modesta exposição, deixamos transcrita, para reflexão, parte do artigo de autoria do Prof. JOSÉ GOLDEMBERG, publicado no *Jornal do Brasil*, edição de 18-5-89, abordando a questão da escolha de reitores.

É certo que o autor não é jurista, mas suas qualidades são tantas que suas impressões não podem deixar de ser consideradas.

Aqui está o trecho de seu artigo:

“Tudo isso está sendo feito em nome da autonomia universitária. Sucede que a luta pela autonomia universitária, que levou à sua definição clara no art. 207 da Constituição, não teve a finalidade de transformar as universidades em repúblicas autônomas e sim garantir a elas condições de exercer bem suas atividades, sem ingerência indevida do Executivo. Seria abastardar a autonomia recém-conquistada, usá-la para perpetuar autoridades nos seus postos, como aconteceu no passado.”

# A aposentadoria dos servidores na Constituição de 1988

PALHARES MOREIRA REIS

Professor de Direito Constitucional e de  
Ciência Política (aposentado). Presidente do  
Conselho de Curadores da Universidade Fe-  
deral de Pernambuco. Membro Fundador da  
Academia Brasileira de Ciências Morais e  
Políticas. Advogado

## SUMÁRIO

*1. As regras especiais de aposentadoria dos servidores civis. 2. Servidor não-funcionário: a aposentadoria previdenciária. 3. A aposentadoria do ex-combatente. 4. A aposentadoria por invalidez. 5. A invalidez decorrente de acidente em serviço. 6. A moléstia profissional. 7. As doenças especificadas em lei. 8. Invalidez permanente e proventos proporcionais. 9. A aposentadoria compulsória por implemento de idade. 10. A aposentadoria voluntária: a regra geral. 11. A aposentadoria dos professores. 12. A aposentadoria por tempo de serviço. 13. O retorno à eficácia do art. 184 do Estatuto do Funcionário. 14. A aposentadoria e o Tribunal de Contas da União. 15. A acumulação de aposentadorias. 16. Aposentadoria e exercício noutra atividade pública. 17. Servidor aposentado e Imposto de Renda. 18. Reajuste dos proventos de aposentadoria. 19. A aposentadoria como punição e a anistia.*

### *1. As regras especiais de aposentadoria dos servidores civis*

Quando o parágrafo 2.º do art. 39 da Constituição de 1988 excepcionou a aplicação aos servidores públicos do disposto no inciso XXIV do art. 7.º, foi porque lhes reservou um mecanismo especial de aposentadoria.

A regra sobre a aposentação dos servidores públicos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dentre estas se inserindo, como já

se disse, as universidades e demais instituições federais de ensino, está enunciada de modo taxativo no art. 40 da Superlei, com a seguinte redação:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

I — por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II — compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III — voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.”

As regras acima são de caráter genérico e permanente.

Não fala o *caput* do art. 39 que a regra se aplica aos servidores dos Três Poderes, mas a expressão generalizadora do art. 40 leva a conotá-lo aos parâmetros do art. 37, ressalvados expressamente os empregados dos entes públicos que adotarem estrutura e critérios de funcionamento próprios de empresas privadas, consoante o disposto no parágrafo 1.º do art. 173 do Texto Magno.

Nos parágrafos ao mesmo art. 40, são especificadas duas hipóteses diferentes das que aparecem catalogadas no texto e que, conforme se verá, poderão ter tratamento específico.

A primeira delas diz que “lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, *a* e *c*, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.”

Veja-se que a regra constitucional exige seja a exceção estipulada através do procedimento especial de lei complementar, não cabendo à lei ordinária ampliar as hipóteses constitucionais. As duas situações que podem ser alteradas são as de aposentadoria voluntária por tempo de serviço, com vencimentos integrais ou proporcionais, não se estendendo a aposentadoria dos docentes, nem a proporcional por implemento de idade.

No segundo caso, diz o Texto Magno que a lei (ordinária, portanto) disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Tal

lei poderá ser, por exemplo, o novo Estatuto do Servidor, disciplinando o mecanismo do regime jurídico único, ou uma lei extravagante, especial, tratando, apenas, dos vínculos temporários e da aposentação daí decorrente.

Este é o quadro delineado na norma constitucional sobre aposentadoria dos servidores públicos, na parte permanente do texto.

Uma regra geral a ser considerada é a de que a aposentadoria não pode ocorrer por causas diferentes, quando os eventos causadores são simultâneos ou concomitantes. O servidor somente pode ser aposentado com base em um deles, ou a invalidez permanente (item I), ou o implemento de idade (item II) ou o tempo de serviço (item III), ressalvadas as hipóteses de acumulação regular, quando ocorrerão aposentações em separado, mesmo que simultâneas.

Quanto ao tempo de serviço, diz ainda o parágrafo 3.º do mesmo artigo: "O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade". Esta regra retira de cena a questão relativa à contagem recíproca de tempo de serviço. Inicialmente esta existia em relação ao tempo de serviço prestado a diferentes órgãos públicos. Depois, com a legislação sobre a contagem recíproca, não foi mais possível computar, simultaneamente, o tempo não-federal de funcionário com o tempo prestado pela via celetista, posto que os proventos da aposentação seriam pagos por órgãos diferentes. Hoje, o Texto Magno determina a compensação entre os sistemas previdenciários, quando combinado com o parágrafo 2.º do art. 202.

Mas as disposições constitucionais não param aí. As relativas ao parágrafo 4.º (revisão de proventos) será examinada em item próprio neste capítulo, enquanto as enunciadas no parágrafo 5.º (pensão por morte) na parte que lhe é concernente.

## 2. *Servidor não funcionário: a aposentadoria previdenciária*

Há que se registrar uma diferença de redação entre a regra do art. 40 do texto de 1988 e a do art. 101 da Carta de 1967. Enquanto a anterior fala na aposentadoria de *funcionário*, a atual se refere, mais amplamente, a *servidor*.

A regra vigente parece mais abrangente, pois a orientação é a mesma que se consigna no art. 37, as disposições gerais sobre a Administração Pública, especialmente nos incisos I e II.

No inciso I não se fala (como no art. 97 do texto anterior) em que os *cargos públicos*, e apenas os cargos, são acessíveis a brasileiros, obedecidas as limitações legais, mas amplia a regra ao se referir que *os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*.

No inciso II (também cotejado com o texto de 1967, § 1.º do art. 97), não se refere apenas à primeira investidura *em cargo público*, mas desta vez especifica que *a investidura em cargo ou emprego público* depende de aprovação em concurso público.

Mesmo assim, parece sem maior sentido que se deva aplicar aos *servidores públicos* atualmente regidos pela legislação trabalhista os preceitos do art. 40. A estes se destina o disposto no inciso XXIV do art. 7.º, combinado com os arts. 173, § 1.º, e 202.

Isto porque o art. 40 mencionado está contido na Seção II, que trata dos *servidores civis*, no capítulo atinente à *Administração Pública*. A tais servidores, a Carta Maior acena com o regime jurídico único, abrangendo aqueles da administração direta, das autarquias e fundações públicas, sejam da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Ficarão, pois, as regras do art. 202 para os que não se incluam nestas hipóteses, como, por exemplo, os empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, cujas relações de emprego decorrem do contrato celetário, na dicção do art. 173 e seu § 1.º

Em conseqüência, todos aqueles entendimentos que distinguiam os *funcionários* dos *servidores*, para estes efeitos, devem desaparecer. A expressão, agora, é sinônimo da anterior, os regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho sendo considerados *empregados*, na acepção estrita do termo, tendo como empregador o poder público.

Ademais, a única diferença entre os dois mecanismos de aposentadoria seria o cálculo do *benefício*, que, pelo art. 202, a ser aplicado aos servidores celetistas das entidades públicas em geral, até a adoção do prometido regime jurídico único, será calculado sobre a média dos últimos trinta e seis salários-de-contribuição, corrigidos mês a mês.

Os incisos e parágrafos do benefício previdenciário da aposentadoria do celetista assim estão redigidos:

“Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição, de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

I — aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;

II — após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho

sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

III — após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício da função de magistério.

§ 1.º É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.

§ 2.º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

O art. 40, ao se referir a *servidor*, não fala em benefício da previdência social, porém em *proventos de aposentadoria*, que podem ser integrais ou proporcionais ao tempo de serviço, de acordo com o elenco ali especificado. Na aposentação dos celetistas, o benefício é, sempre, proporcional, e calculado sobre a média dos últimos 36 salários-de-contribuição, corrigidos mês a mês.

Esta correção monetária mensal, de todos os meses do período que serve de base de cálculo, diminui bastante o fosso entre os valores do primeiro e do trigésimo sexto salário-de-contribuição. De qualquer modo, não se equipara aos proventos integrais do servidor, mas reduz significativamente a diferença entre ambos.

### 3. A aposentadoria do ex-combatente

Existe, ainda, a aposentadoria do ex-combatente, na forma estipulada no art. 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n.º 5.315, de 12 de setembro de 1967, são assegurados os seguintes direitos:

.....  
V — aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico.”

A regra de aposentação do ex-combatente figura nas disposições transitórias pelo óbvio motivo de que, tendo terminado a Segunda Guerra Mundial, ou seja, mais de quarenta anos antes de promulgada a nova Constituição, dentro em breve não haverá mais destinatários para a norma.

Segundo a lei, entende-se ser ex-combatente aquele que “participou efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante e que,

no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e, com isso, retornado à vida civil definitivamente” (art. 1.º da Lei n.º 5.315, de 12-9-67).

Assim, a partir de então, somente se considera ex-combatente aquele que tenha participado do teatro de operações da Itália e dos comboios e patrulhamento no Oceano Atlântico. Difere, pois, do entendimento anterior, que incluía o patrulhamento da costa brasileira — definido como zona de guerra — pelo pessoal em prestação de serviço militar obrigatório (os convocados para o serviço ativo), o que hoje não mais persiste.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União decidiu que a “simples prestação de serviço militar em zona de guerra não constitui requisito para caracterizar o militar como ex-combatente”. (DOU de 15-2-84).

Por outro lado, a regra do art. 53 do ADCT fala, apenas, em ex-combatente da 2.ª Guerra Mundial, não se estendendo tais benefícios aos outros militares que tenham participado nas Forças Internacionais (da ONU ou da OEA), em momentos posteriores.

Vale repetir que a aposentadoria do ex-combatente da II Guerra Mundial tem os seguintes requisitos, inalteráveis:

- a) ocorre com 25 anos de efetivo exercício;
- b) ampara o beneficiário em qualquer regime jurídico, seja servidor público — no sentido mais amplo — ou não;
- c) será sempre com proventos integrais.

#### 4. A aposentadoria por invalidez

O servidor público pode ser aposentado por invalidez permanente em diversas situações, com os seus proventos relacionados com essas mesmas situações.

Entenda-se que a invalidez, uma limitação da capacidade laboral do servidor, por diminuição de seus requisitos pessoais, físicos e mentais, há de ser *permanente*, de modo a não permitir a sua readaptação para outro tipo de atividade e investidura em novo cargo, como prevê a lei.

Em todos os casos de invalidez permanente, independentemente do regime de atribuição de proventos (integrais ou proporcionais), deve o ato ser precedido de metucioso exame médico, no qual se declare a natureza e o tipo da lesão ou doença que o inabilita para o serviço público. Diferentemente de quando ocorre o pedido de licença para tratamento de saúde (em que o atestado omite a designação da doença), nos casos de moléstia grave, contagiosa ou incurável, o laudo médico deve conter o nome e a natureza da moléstia, desde que não haja correspondente entre a nomenclatura do Código Internacional de Doenças e a referida na lei brasileira, como entendeu o Tribunal de Contas da União (Súmula n.º 58). Mas, apenas nos casos de inexistência de nomenclatura correspondente, pois, nos demais, o sigilo médico da informação persiste.

Por outro lado, a despeito de não estar inscrito na Constituição como tal, o ato de aposentação por invalidez é compulsório, devendo a Administração providenciá-lo em função do disposto no laudo médico, e sua eficácia não depende de aceitação da parte do servidor atingido (DASP — Parecer n.º 81/81 — DOU de 13-2-81; Parecer n.º 340/81 — DOU de 27-3-81).

##### 5. *A invalidez decorrente de acidente em serviço*

A primeira hipótese é a relativa ao *acidente em serviço*. Entende-se por acidente em serviço aquele evento infausto, danoso, que tiver como causa mediata ou imediata o exercício das atribuições inerentes ao cargo. Não basta, para caracterizar o acidente em serviço, que o mesmo tenha acontecido no horário do trabalho, ou ocorrido no recinto da entidade, mas é indispensável que tenha existido em função da atividade desempenhada.

Também o acidente *in itinere*, isto é, o ocorrido com o funcionário no percurso entre sua residência e o local de trabalho. Neste sentido, entende a Consultoria-Geral da República que este evento se vincula diretamente ao trabalho exercido, “posto que é fato do serviço, não só o que neste tem causação imediata, quanto mediata”.

Esclarece, em seguimento, que o mesmo se equipara ao do servidor trabalhista para este efeito (Parecer L-145, DOU de 26-7-77).

A legislação equipara a acidente a agressão sofrida e não provocada pelo funcionário no exercício de suas atribuições (art. 178, § 2.º da Lei n.º 1.711/52). *Agressão humana ou animal, como a picada de uma cobra, ou um disparo de arma de fogo, por exemplo.* No entanto, exige a lei que a agressão, além de não ter sido provocada pela vítima, que esta esteja no exercício de suas funções (picada de cobra quando roçando matos ou trabalhando em serpentário, tiro recebido por um vigilante em defesa do patrimônio da entidade, por exemplo).

Neste caso, os proventos da aposentadoria são integrais, isto é, correspondentes aos seus vencimentos e suas vantagens incorporáveis.

##### 6. *A moléstia profissional*

Também com o mesmo tratamento financeiro — proventos integrais — aposentam-se aqueles servidores que sejam acometidos de “moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei”.

O conceito de *moléstia profissional* está presente na própria lei do servidor público, o § 4.º do mesmo art. 178, que assim dispõe:

“Entende-se por doença profissional a que decorrer das condições no serviço ou de fatos nele ocorridos, devendo o laudo médico estabelecer-lhe a rigorosa caracterização.”



As condições de serviço, capazes de causar doença profissional, são relacionadas com o ambiente em si, a natureza do trabalho ou o excesso de atividade. No que concerne ao ambiente, este poderá ser insalubre, o que, além da gratificação de insalubridade (devida ao servidor enquanto a Administração não toma providências para que essa insalubridade desapareça como condição de trabalho), poderá servir de base para o surgimento de moléstia profissional.

Por outro lado, a natureza do trabalho é capaz de levar ao surgimento de moléstias profissionais ou, além disso, ao agravamento de doença existente sem grau elevado de dano, agravamento esse que causa a doença profissional. É o caso do uso de substâncias tóxicas. Em laboratórios que trabalham com solventes voláteis, gases tóxicos, substâncias cancerígenas ou similares, o surgimento ou o agravamento de doenças profissionais pode ocorrer em decorrência do ambiente de trabalho.

Finalmente, os excessos de atividades em certos órgãos, como, por exemplo, a lesão nos ouvidos (telefonista), no aparelho fonador (locutores) ou nos tendões do antebraço (digitadores de computador), podem causar danos irreversíveis, decorrentes, de modo nítido, do tipo de atividade exercida.

#### *7. As doenças especificadas em lei*

A regra legal que disciplina este elenco é o art. 178, I, *b*, da Lei n.º 1.711, de 1952, com a redação muitas vezes alterada, sendo a última delas a decorrente da Lei n.º 5.678, de 1971. Assim, as doenças consideradas graves, contagiosas ou incuráveis são as seguintes: tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante) ou outra moléstia que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada.

Note-se que o dispositivo que apresenta o rol de doenças deve ser considerado de modo restritivo, pois somente estas são as especificadas em lei. E tal elenco foi modificado nas diferentes redações que lhe deram as sucessivas leis sobre a matéria. Portanto, em determinado momento, o elenco poderia ter sido outro que o atualmente enunciado ou vir a ser modificado, em decorrência dos progressos da medicina especializada.

Assim, algumas moléstias passaram a ser incluídas no rol, e outras dele retiradas. Nestas últimas hipóteses, vale a proteção estabelecida na regra constitucional ao direito adquirido, em relação ao fato que ocorreu justificadamente, no momento da aposentação. Para os outros casos, uma vez que a hipótese não está mais incluída no elenco, vale o direito novo.

## 8. *Invalidez permanente e proventos proporcionais*

Nos demais casos, a invalidez permanente também permite a aposentação, mas com os proventos proporcionais ao respectivo tempo de serviço.

A regra constitucional, nesta passagem, registra apenas que os proventos serão proporcionais, mas não diz a quê. Falha de redação, erro técnico, perfeitamente sanável através da interpretação sistemática, posto que os demais dispositivos do mesmo artigo, e toda a legislação pertinente, sempre que fala em proporcionalidade de proventos se refere ao tempo de serviço contado pelo servidor para efeito de aposentadoria, que é mais amplo do que as contagens para outros fins.

Ademais, sobre esta proporcionalidade já se pronunciou o Tribunal de Contas da União, ao deliberar no Processo n.º 35.084/79 (DOU de 31-3-80):

“Já se fixou a jurisprudência no sentido de que a proporcionalidade deve ser à base de 30 (trinta) anos, ante o enunciado da Súmula n.º 152” (DO de 14-1-80).

## 9. *A aposentadoria compulsória por implemento de idade*

A aposentação compulsória se dá quando o funcionário atinge certas condições estabelecidas na Constituição ou nas leis. A compulsoriedade decorre da regra expressa na norma ou, por outro lado, em consequência da natureza da própria aposentadoria.

Assim, viu-se que é da essência da aposentadoria por invalidez permanente, o ser ela compulsória, eis que independe da vontade do servidor.

Do mesmo modo, nas hipóteses de atingir o servidor o limite de idade estabelecido na Constituição. Hoje, a regra é simples e exclusiva: o limite de idade é, para qualquer caso, setenta anos.

Antigamente, a idade poderia ser limitada pela Constituição ou pelas leis, e decorria da natureza da função exercida pelo servidor.

Assim, no texto de 1946 se dizia que: “Atendendo à natureza especial do serviço poderá a lei reduzir os limites referidos em o n.º II e no parágrafo 2.º deste artigo”. Era o parágrafo 4.º do art. 191, que no seu item II já fixava o limite de 70 anos para a aposentadoria compulsória.

Neste sentido, o art. 53 da Lei n.º 4.881-A, de 1965, o primeiro “Estatuto do Magistério Superior”, estabelecia no seu inciso I que o ocupante de cargo de magistério superior seria aposentado *compulsoriamente ao completar sessenta e cinco anos de idade*.

E o parágrafo 1.º complementava:

“§ 1.º No caso de aposentadoria compulsória, a Congregação ou colegiado equivalente, atendendo ao mérito do professor

por 2/3 dos seus membros, em votação secreta, poderá mantê-lo no exercício do cargo até os setenta anos de idade, ficando livre ao interessado aceitar ou não a prorrogação do exercício.”

No texto de 1967, o parágrafo 2.º do art. 100, que no seu item II mantinha o limite etário de 70 anos, dizia:

“§ 2.º Atendendo a natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101.” (O item I do art. 101 falava nos proventos integrais ao aposentado.)

Já a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, modificou o preceito, ao fixar no art. 103:

“Art. 103. Lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e a natureza do serviço, para a aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.”

Assim, em muitos casos, havia lei especial regulamentadora da questão, mas aprovada como lei ordinária. O texto de 1969 exigiu que essas normas fossem editadas através de lei complementar, requisito que as anteriores não preenchiam e, por isso, foram invalidadas na sua aplicação por decisório do Supremo Tribunal Federal. Todas revogadas, somente poderiam ser reeditadas através de lei complementar, cuja iniciativa era deferida, de modo exclusivo, ao Presidente da República.

Nesta oportunidade e por esse fundamento, desapareceu o comando jurídico do art. 53 do Estatuto do Magistério Superior acima referido.

Depois de 1969, no entanto, a legislação sobre aposentadoria especial foi editada através de lei complementar, como no caso dos funcionários policiais (Lei Complementar n.º 51, de 1985).

No entanto, o texto novo não contempla exceções. É curto e claro: a aposentadoria compulsória se dá aos setenta anos de idade. E só. Nenhuma ressalva ou permissivo consta da regra maior ora vigente.

Assim, todas as normas que estabeleceram outros limites para a aposentadoria compulsória por implemento de idade, estão, a partir da promulgação da nova Carta, sem a menor eficácia.

O texto do inciso II é cristalino, quanto aos seus efeitos:

“II — compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.”

Diferentemente da aposentadoria por invalidez permanente que, nos casos especificados, mesmo compulsoriamente estabelecida, tem proventos

integrais, a que se atinge por limite de idade tem os proventos atribuídos de modo proporcional ao tempo de serviço.

A aposentadoria compulsória é automática. Atingida a marca dos setenta anos, idade-limite para sua permanência na atividade, deve o funcionário se afastar de imediato de seu exercício. O ato da autoridade competente é, no caso, simplesmente declaratório, para efeito dos registros, da mudança do regime de retribuição pecuniária (de vencimentos — integrais — de atividade para proventos — proporcionais — de inatividade) e para fixação do momento da abertura da vaga ou da extinção do cargo, conforme for o caso.

O entendimento corrente é de que a aposentadoria compulsória, pela regra do art. 40, II, atinge apenas os *servidores* mencionados no *caput* do artigo, não se estendendo aos celetistas, admitindo como sendo incompatível com o novo preceito o antigo raciocínio de que o limite constitucional de 70 anos não se aplicava aos empregados públicos regidos pela CLT. O DASP disse, textualmente, em relação a Carta de 1967, que “o art. 101, II, da Constituição não se aplica aos empregados públicos, que, assim, podem permanecer em exercício enquanto gozarem de boa saúde” (Orientação Normativa n.º 70).

Tal posicionamento gera uma desigualdade de tratamento com relação à incapacitação ficta para o exercício da função pública, variando o entendimento em função do regime jurídico; com os mesmos 70 anos, um servidor estatutário terá atingido o momento terminal da capacidade laborativa em ente público, enquanto que, para o celetário, mesmo servidor público, o limite não procede.

É uma interpretação discriminatória, mas que encontra guarida no princípio de que a igualdade, *perante a lei*, deve ser aplicada entre iguais e não entre os desiguais. No caso, numa interpretação literal, os septuagenários não são iguais perante a *lei*, posto que regidos por mecanismos legais distintos.

#### 10. *A aposentadoria voluntária: a regra geral*

Neste ponto, a Constituição de 1988 inovou bastante. As hipóteses ora contempladas expressamente são em maior número e bastante diversificadas, podendo ser classificadas em dois grupos, cada um deles com duas situações específicas, a saber:

a) com proventos integrais:

I — os servidores em geral;

II — os professores;

b) com proventos proporcionais ao tempo de serviço:

I — pelo tempo de serviço menor que o geral;

II — pelo atingimento de determinada faixa etária.

Pelas regras constitucionais anteriores, as hipóteses eram em número menor: em 1946, permitia-se a aposentadoria voluntária com 35 anos de serviço (proventos integrais) ou menos (proventos proporcionais). Em 1967, a aposentadoria voluntária com proventos integrais era facultativa ao homem com 35 anos de serviço e à mulher com 30, e com proventos proporcionais nos demais casos, o que foi mantido nos preceitos de 1969.

A aposentadoria, levando em conta o tempo de efetivo exercício em funções de magistério e com salário integral, para os professores aos 30 anos e professoras aos 25, veio surgir por força da Emenda Constitucional n.º 18, de 1981, que modificou o inciso XX do art. 165, ou seja, incluindo a regra na parte relativa a Ordem Econômica e Social (artigo sobre os direitos dos trabalhadores), de modo a atingir a todos os professores no magistério público e particular. Por isso, a redação do item III do art. 101 do texto de 1969 foi alterado para se ajustar ao novo preceito.

Registre-se, de passagem, que esta regra dos 30 e 25 anos para professores e professoras, contida no art. 40, III, *b*, apenas se refere aos servidores públicos. Para os empregados de estabelecimentos de ensino da rede privada, e para os celetários do serviço público até à adoção do regime jurídico único, decorre do disposto no art. 202, III: mesmo tempo de serviço, proventos integrais para os servidores, e proporcionais para os celetistas.

### 11. *A aposentadoria dos professores*

Todas as situações relacionadas com a aposentadoria dos professores, agora, decorrem de elementos relacionados com o tempo de serviço e a função exercida. A regra tem como base o efetivo exercício nas atividades de magistério. Não apenas o superior, mas em todos os níveis, e computado o tempo prestado a órgãos de ensino federais, estaduais e municipais, e da rede privada (contagem recíproca). Os proventos serão integrais, na hipótese de serem atingidas as marcas de 30 anos para os professores e 25 para as professoras. Os docentes não se beneficiam, pela sua função, de nenhum tratamento especial sobre o tempo menor e proventos proporcionais.

A licença especial não gozada, no caso específico de docente, é igualmente computada em dobro para efeito de aposentadoria voluntária, com os limites estabelecidos para cada caso.

### 12. *A aposentadoria por tempo de serviço*

É sempre voluntária. Atingida a marca, fica ao critério do servidor continuar, ou não, na atividade. Nenhum mecanismo existe, nem pode existir, na lei, que obrigue o funcionário a requerer sua aposentadoria por tempo de serviço. Qualquer mecanismo legal ou administrativo neste sentido será inconstitucional, ilegal ou caracterizará abuso de poder.

As hipóteses são taxativamente fixadas no inciso II, nas suas alíneas *a*, *c* e *d* do art. 40.

Com proventos integrais, quando atingir os 35 anos de serviço, se homem, e 30, se mulher.

Com proventos proporcionais ao respectivo tempo de serviço, aos 30 anos de serviço ou 65 anos de idade, se homem, e se mulher, com 25 anos de serviço ou 60 de idade.

O tempo de serviço deverá ser contado com as cautelas estabelecidas na Constituição, ao que se somam os benefícios estipulados nas leis específicas — licença especial não gozada, contada em dobro, incorporação aos proventos dos vencimentos do cargo ou função comissionadas, por exemplo.

### 13. *O retorno à eficácia do art. 184 do Estatuto do Funcionário*

O art. 184 da Lei n.º 1.711, de 1952, estabelecia que:

“Art. 184. O funcionário que contar 35 anos de serviço será aposentado:

I. com provento correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior;

II. com provento aumentado de 20%, quando ocupante da última classe da respectiva carreira;

III. com a vantagem do inciso II, quando ocupante do cargo isolado, se tiver permanecido no mesmo durante três anos.”

O dispositivo estatutário invocado confere, a rigor, uma promoção, conjunta com a aposentadoria, ou aumento de vencimento, se não houver referência, nível ou classe para onde possa ser promovido.

A Constituição de 1967, no § 2.º do art. 102, estabeleceu, porém, “que em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade”. E, conseqüentemente, esta promoção ou aumento deixou de ser aplicada em face da vedação constitucional.

O texto basilar de 1988 não reproduziu, no entanto, a regra limitativa. Esta proibição de receber na inatividade mais do que na atividade não mais prospera. Em conseqüência, surgiu a indagação relativa à eficácia do mencionado art. 184 do Estatuto do Funcionário Público.

Em nosso entender, a regra do art. 184 estava revogada, em face do comando constitucional. O desaparecimento deste, por si só, não teria força suficiente para restaurá-lo, pois não seria hipótese semelhante à da regra revogada por decreto-lei, até a decisão final congressual sobre o assunto. Não parece ser o caso de eficácia suspensa, e sim de revogação. A ressur-

reição do preceito somente poderia ocorrer por lei repristinadora, que nunca foi editada.

Diversamente, no entanto, se pronunciou a Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Pública (SEDAP), em 1988. No mesmo sentido, foi o entendimento do Tribunal de Contas da União, na Sessão Plenária de 14-12-88. Também na mesma direção a deliberação administrativa do Supremo Tribunal Federal, que elevou a Gratificação Judiciária dos seus aposentados, com base no § 4.º do art. 40 do texto magno. Finalmente, a Consultoria Geral da República, no Parecer n.º SR-90, aprovado pelo Presidente da República e publicado na íntegra no DOU de 14-6-1989.

A Secretaria de Recursos Humanos da Presidência da República, no Parecer n.º 290/88 (DOU de 28-11-1988), assim entendeu:

“3. O comando jurídico do § 2.º, acima reproduzido, ensejou a construção exegética, constituída em jurisprudência, mansa e pacífica, de que o art. 184 da Lei n.º 1.711, de 1952, não fora revogado. Apenas, o preceito constitucional restringira sua aplicação à hipótese em que o funcionário, na oportunidade da inativação, percebesse vantagem permanente não incorporável aos proventos, de modo a compensar o acréscimo conseqüente da incidência do art. 184.

4. A nova Lei Maior não reproduziu a determinação do transcrito § 2.º, donde a ilação de que foi propósito do legislador constituinte restabelecer a aplicação do art. 184, referido, em toda sua plenitude.

5. Em conclusão, desde que o funcionário conte tempo de serviço suficiente para a aposentadoria voluntária, poderá ser aposentado com as vantagens do art. 184 da Lei n.º 1.711, de 1952, com a alteração feita pela Lei n.º 6.701, de 1979, independentemente da percepção de vantagem que permita compensar a melhoria prevista no mesmo preceito.”

O Parecer SR-90, no qual o Consultor-Geral da República adota os estudos do Consultor SEBASTIÃO BAPTISTA AFONSO, merece ser transcrito nos seguintes tópicos:

“V — Relativamente ao estabelecimento de vantagens, cujos efeitos estavam contidos pelo texto constitucional, não resta menor dúvida de que, cessado aquele contingenciamento, os proventos passam a ficar sujeitos, apenas, aos limites agora vigentes, inclusive o do art. 37, inciso XI da Constituição atual, combinado com o art. 17 do ADCT.”

É tranqüilo o entendimento de que, mesmo com os seus efeitos contidos pela Constituição anterior, permaneceram vigentes as normas legais, rela-

tivas à aposentadoria “prêmio”, em especial os artigos 179, 180 e 184 da Lei n.º 1.711, de 28-10-52 (Estatuto dos Funcionários Públicos). Tanto é que os atos concessivos continuaram a ser fundados nesses dispositivos legais, quando ocorrentes as hipóteses neles previstas, sendo calculados os proventos correspondentes e deles deduzida a parcela excedente, em relação ao percebido pelo servidor ao se inativar, com a invocação do artigo 102, § 2.º da Carta Magna. Além disso, diplomas legais supervenientes deram nova redação e reportaram-se àqueles dispositivos, como o caso das Leis n.ºs 6.701, de 24-10-79, e 6.723, de 4-12-79. Veja-se, a propósito, o Parecer n.º 290/88 da SRH, publicado no *DOU* de 28-11-88, ao qual se reportaram o voto condutor da Decisão do TCU de 14-12-88, e o Parecer SRH/SEPLAN n.º 51/89.

Sobre a vigência do mencionado artigo 184 da Lei n.º 1.711/52, que trata da chamada aposentadoria “prêmio”, refere-se, de modo expresso, ao voto do Ministro LUIZ OCTÁVIO GALLOTTI, no Tribunal de Contas da União, quando este diz:

“Dito art. 184 — é hoje consenso geral — não foi revogado pelo art. 102, § 2.º da Constituição, que apenas condicionou sua eficácia, de modo a impedir excesso de proventos, sobre o paradigma da atividade.

Este impedimento — virtual condição suspensiva do gozo do benefício — deixou de prevalecer, caso dos autos, em face da legislação ora em vigor, que dá ensejo à complementação do ato da aposentadoria, sem quebra do mandamento da Lei Máxima.”

E continuando, diz ainda o Consultor da República, no parecer ora em transcrição:

“Assim, aos funcionários que se aposentarem, após 5-10-88, uma vez atendidos os pressupostos fáticos e jurídicos a tanto necessários, deve-se conceder a correspondente vantagem (Lei n.º 1.711, de 1952, artigos 179, 180 e 184, etc.) restabelecendo-se a integridade dos proventos, dali por diante, para os que estavam contidos pelo “teto” constitucional (art. 102, § 2.º, da Emenda n.º 1/69), observado o disposto nos artigos 37, inciso XI, da atual Constituição, e 17 do ADCT.”

Ora, o comando constitucional novo estabelece diversas hipóteses de contagem de tempo para a aposentadoria voluntária, reproduzindo preceitos de Constituições anteriores. Assim, têm-se as situações de aposentadoria voluntária por tempo de serviço aos 35, 30 e 25 anos, conforme o preceito constitucional aplicável.

Então, desde que esse tempo de serviço seja completado, em cada caso, o preceito do art. 184 passa a se tornar efetivo, consoante o entendimento acima referido.



#### 14. *A aposentadoria e o Tribunal de Contas da União*

Na fiscalização financeira e orçamentária da União, o art. 71 do Texto Magno especifica:

“O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

.....

III — apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como das concessões de aposentadoria, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.”

O texto novo é bem mais ampliado do que o de 1967, pois este apenas cominava ao Tribunal de Contas da União a competência para “apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua apreciação as melhorias posteriores”.

Destarte, o Tribunal de Contas da União apenas examinava a aposentação de servidores da administração direta, e não se incluía em tal elenco os das autarquias. Assim, deliberou no Processo n.º 32.393/78 (DOU de 12-12-78): “O julgamento de aposentadoria a servidor autárquico escapa ao julgamento do Tribunal de Contas”.

Agora, porém, a competência do Tribunal de Contas da União mudou para mais, em dois pontos: registra não apenas as aposentadorias, reformas e pensões, como dantes, mas igualmente os atos de admissão de pessoal, a qualquer título.

E, do mesmo modo, não mais apenas os atos relativos à admissão do pessoal da administração direta, porém os da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Deve-se entender que, face ao dispositivo constitucional novo, a decisão do Tribunal de Contas da União supramencionada teria perdido sua eficácia? Parece que não.

Com efeito, a redação da norma superior distingue a situação recém-incluída da que vem do direito anterior. No que concerne à admissão de pessoal, diz o texto ser sua competência “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público”. Ou seja, todas as admissões, em todos os órgãos da

administração direta (Ministérios e órgãos da Presidência da República) e indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) e fundações, como expressamente consignado, que dantes não integrava o elenco do Decreto-Lei n.º 200, de 1967. Como o *caput* do art. 70 se refere, expressamente, à fiscalização pelo sistema de controle interno de cada Poder, deve a regra ser interpretada como abrangente aos atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, ademais dos mencionados, do Poder Executivo.

Duas são as situações excetuadas: a nomeação para cargos de confiança e as aposentadorias.

O texto é linear. Dá competência de registro ao Tribunal de Contas da União, mas estipula as limitações. A primeira, ao dizer “excetuadas as nomeações para cargos de provimento em comissão”. Nestas hipóteses, os atos estão imunes à apreciação do Tribunal, mas podem ser supervisionados pelo controle interno do respectivo Poder (art. 70), quando, por exemplo, ferir o disposto no inciso V do art. 37.

Já no que se refere à concessão de aposentadorias, reformas e pensões, a norma está incluída na exceção: “excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões”. Ademais, o texto não faz essa mesma remissão a todos os órgãos, e, assim, deve ser entendido que o legislador constituinte quis apenas deixar na regra amplíssima as admissões a qualquer título, mas não a passagem para a inatividade. Do contrário teria colocado a explicitação enunciativa dos órgãos na parte final do artigo, abrangendo todas as duas hipóteses, *tivação e inativação dos servidores*.

Destarte, quando o texto fala em “bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”, permanece na mesma linha de raciocínio da supracitada decisão, integralmente recebida pelo novo Direito.

#### 15. *A acumulação de aposentadorias*

A acumulação de cargos existe como preceito constitucional de caráter excepcional. Com efeito, a regra é no sentido de que inexista acumulação de cargos, empregos e funções no serviço público, ressalvadas as hipóteses decorrentes dos casos expressamente previstos no art. 37, XVI e XVII, art. 95, parágrafo único, I, e art. 128, § 5.º, II, *d*, do texto permanente e dos §§ 1.º e 2.º do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, em tendo existido a acumulação legal de cargos e empregos, com a percepção das respectivas remunerações, sem a menor dúvida que é possível a acumulação de aposentadorias. Neste sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal de que a “acumulação de proventos, na inativi-

dade, está condicionada à acumulação de vencimentos na atividade" (Mandado de Segurança n.º 8.886, RDA 77/192).

Vale, no entanto, registrar que, *a latere* da decisão supramencionada do Pretório Excelso, deve ser examinada a hipótese expressamente consignada no Estatuto do Magistério Superior — art. 7.º do Decreto-Lei n.º 465, de 11-2-1969, que assim dispõe:

"Art. 7.º O servidor público poderá ser posto à disposição de universidades, federações de escolas ou estabelecimentos isolados, mantidos pela União, para exercer o magistério em regime de dedicação exclusiva, com direito apenas à contagem de tempo de serviço para aposentadoria."

Na situação prevista acima, um docente que acumule este seu cargo ou emprego com outro qualquer (na forma constitucionalmente permitida), pode se afastar do exercício desse outro cargo ou emprego, para exercer apenas o de magistério superior em regime de dedicação exclusiva. Fica, portanto, na segunda situação funcional, sem ter exercício, nem receber remuneração, proibida por estar em regime de dedicação exclusiva. Mas o tempo em que permanecer afastado será contado integralmente para efeito de aposentadoria.

Em ocorrendo a aposentadoria voluntária no primeiro dos vínculos — seja ele cargo ou emprego permanente —, nada impede que o servidor reassuma suas antigas funções, das quais se tinha afastado para a desacumulação, vindo a continuar a exercê-la, ou, se for o caso, nesta outra requerer igualmente a sua aposentação, se o tempo de serviço contado — incluindo o que ora é examinado — for suficiente para lhe permitir a aposentadoria.

Neste caso, não estava o personagem com a dupla percepção de vencimentos, mas isto não impede que, em reassumindo o posto do qual se afastara, se aposente com o tempo integralmente contado, e os proventos a ele referentes.

A acumulação de aposentadorias por invalidez permanente, ou por implemento de idade, nos casos de acumulação, ocorre sempre e apenas por um dos fundamentos. Não é razoável se pensar na hipótese de ser o servidor invalidado para o exercício de um cargo — nas hipóteses previstas na legislação — e considerado apto para o serviço no outro. Ou que somente atinja o limite etário constitucional em um dos cargos e não no outro. Não pode deixar de ser simultâneas as decisões nos processos de acumulação. Nesse último caso, porém, apenas se forem dois *cargos*, mas não um cargo e um *emprego permanente*, pelas razões anteriormente expostas.

Nas hipóteses de aposentadoria voluntária, todavia, elas podem ser simultâneas ou não, eis que poderá ocorrer que o tempo de serviço esteja completado num e não no outro cargo. Neste último, fica o servidor na atividade.

Ou pode acontecer que, momentos antes de atingir a marca da compulsória, busque o servidor afastar-se por aposentadoria voluntária de um dos cargos, por nele ter completado o seu tempo de serviço, e ser atingido pelo preceito constitucional limitante, apenas, no outro. Assim, a aposentação se daria com proventos integrais num, e proporcionais ao tempo de serviço no outro cargo.

#### 16. *Aposentadoria e exercício noutra atividade pública*

A regra constitucional pretérita proibia, expressamente, a acumulação de proventos de inatividade, ressalvando-se, apenas, o reflexo na aposentadoria, das acumulações existentes na atividade. Dizia textualmente o parágrafo 4.º do art. 99 da Carta de 1967/69:

“A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.”

O aposentado, portanto, não poderia exercer um cargo ou emprego permanente, ressalvada a hipótese de acumulação constitucionalmente permitida. Somente exercer um cargo comissionado (não uma função gratificada, que é inerente ao servidor em atividade), desempenhar um mandato eletivo e manter um contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados, por presunção de cunho não-permanente.

A questão comporta entendimentos distintos, em relação à aposentadoria compulsória e à voluntária.

Quanto aos aposentados *compulsoriamente, por terem atingido os 70 anos de idade, estes estarão, de qualquer modo, inabilitados para o exercício de qualquer função pública permanente (estatutária), pois a inabilitação decorre do texto constitucional, com as ressalvas já especificadas. A idade não pode ser atingida em, apenas, um dos vínculos, mas naquele que resulta do contrato de trabalho celetista, a proibição não se aplica.*

No que concerne aos aposentados por *invalidez permanente, com ou sem proventos integrais — o que vale dizer, mecanismo igualmente compulsório, igualmente se encontrando inabilitados para o exercício de qualquer função pública — é irregular ter exercício noutro cargo, emprego ou função. Com efeito, se a invalidez não fosse permanente, independentemente de quaisquer de suas causas, poderia ter sido o servidor readaptado e continuado no serviço ativo.*

A proibição ou limite presente no documento de 1967/69 não foi repetida no texto de 1988.

Ficou a indagação: pode, além da acumulação de vencimentos de atividade (nos limites estritos do texto basilar), ocorrer igualmente a percepção de proventos da aposentadoria voluntária?

O entendimento da Consultoria-Geral da República é favorável, arri-  
mando-se no argumento de que “não mais existe vedação constitucional,  
para acumulação de proventos da inatividade, com remuneração de cargo,  
emprego ou função no setor público, com relação aos servidores civis ou  
militares”. O texto transcrito está contido na ementa do Parecer n.º SA-04,  
publicado na íntegra no *DOU* de 21-7-89 (p. 12.170), depois de aprovado  
pelo Presidente da República.

No seu texto, diz o Dr. SEBASTIÃO BAPTISTA AFONSO:

“A vedação de acumular cargos, empregos e funções, como  
posta na Constituição, deliberadamente, restringe-se aos servido-  
res em plena atividade, visto como o legislador constituinte, ex-  
pressamente, não proibiu a acumulação dos proventos da inati-  
vidade com a remuneração decorrente daqueles desempenhos.

Nos casos em que se pretendeu estender a vedação de acu-  
mular, até à disponibilidade (que é uma das figuras de inativida-  
de), quanto aos magistrados e membros do Ministério Público,  
fez-se isto de modo bastante explícito (artigos 95 e 128, pará-  
grafo 5.º).

Quisesse a Constituição vedar acumulação de proventos da  
inatividade com remunerações outras da atividade, no setor pú-  
blico, tê-lo-ia feito de modo explícito, mas como não quis isto,  
silenciou a respeito.

Referindo-se ao entendimento da Secretaria de Planejamento  
sobre o assunto, disse o parecerista: Daí assistir razão aos órgãos  
de assessoramento técnico e jurídico da SEPLAN, quanto a não  
mais subsistir vedação, para o inativo voltar a exercer cargo, em-  
prego ou função, no setor público, porque “são acessíveis aos bra-  
sileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei (inciso I  
do art. 37 da Constituição), os quais estarão circunscritos, neces-  
sariamente, à qualificação e capacitação do candidato, sem discri-  
minações e respeitadas as garantias constitucionais (artigo citado,  
itens I e XIII, e artigo 39, parágrafo 2.º, c/c artigo 7.º,  
item XXX).”

E logo em seguida:

“A manifesta e deliberada vontade do legislador constituinte  
— retratada na redação dada ao artigo 37, item XVI, da Cons-  
tituição, expungida do projeto a anterior referência aos “proven-  
tos”, para deixar o inativo fora do alcance da vedação constante  
do dispositivo citado — está em perfeita sintonia com o espírito  
liberal dessa nova Carta Política, que incluiu dentre os seus pre-  
ceitos fundamentais o da igualdade de todos perante a lei, o da  
liberdade de todo cidadão exercer qualquer atividade ou profis-  
são e o da livre acessibilidade aos cargos públicos pelos brasi-  
leiros em geral, sem discriminações.”

A acumulação de remuneração de cargos, empregos ou funções públicas, e proventos da inativação, relativamente a servidores civis e militares, é possível, pelo desaparecimento da antiga vedação na nova ordem constitucional.

#### 17. *Servidor aposentado e imposto de renda*

Coisa nova que surgiu no texto da Constituição de 1988, foi a isenção do pagamento do imposto sobre a renda relativa aos proventos de aposentadoria como única fonte de renda.

Diz textualmente o item II do parágrafo 2.º do art. 153, que o imposto sobre *renda e proventos de qualquer natureza*, referido naquele artigo como de competência da União, “não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho”.

Resulta daí que, em tendo um contribuinte mais de 65 anos, e sendo seus rendimentos decorrentes exclusivamente do trabalho (renda total), os rendimentos provenientes da aposentadoria pagos pela previdência social governamental são isentos dessa tributação, até o limite estabelecido na legislação própria. Limite esse que poderá, evidentemente, variar de um exercício financeiro para outro.

A previdência privada, complementar, no entanto, não está contemplada na exceção.

Existe regra legal sobre o assunto, que é a Lei n.º 7.713, de 22-12-1988.

#### 18. *Reajuste dos proventos de aposentadoria*

O reajuste real dos proventos da inatividade é outra conquista dos servidores públicos presente no texto de 1988. O parágrafo 4.º do art. 40 da norma atual é bem mais amplo do que o parágrafo 1.º do art. 102 do Documento de 1967.

Entenda-se que os inativos no serviço público não são, apenas, os aposentados, mas igualmente os funcionários estáveis, postos em disponibilidade. A regra atinge os dois grupos.

Dizia o texto pretérito que os “proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Isto carregava consigo dois elementos fundamentais: o primeiro, de que a revisão apenas decorria da modificação dos pagamentos aos servidores ativos, quando resultante da alteração do poder aquisitivo da moeda. O segundo, de que, em ocorrendo qualquer outra alteração na situação dos servidores em atividade, esta não se refletiria sobre os proventos dos inativos.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União deliberou ser

“inaplicável o direito novo às aposentadorias já consumadas sob a égide da legislação anterior à Emenda Constitucional n.º 18” (Ata n.º 35/82 — *DOU* de 16-6-82).

E, mais adiante, no mesmo sentido:

“Tanto a aposentadoria como as pensões se regem pela legislação vigente à época, não se lhes estendendo vantagens criadas posteriormente, a menos que disposição legal disponha a esse respeito.” (Ata n.º 83/82 — *DOU* de 10-12-82).

Para os aposentados e pensionistas das instituições federais de ensino (universidades autárquicas e fundacionais, dentre elas) a legislação sobre a isonomia foi muito específica neste ponto ao determinar, expressamente, que os *benefícios e vantagens* do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos se aplicavam aos servidores já aposentados e aos inativos à data da vigência deste plano, bem como aos pensionistas (art. 43 do PUCRCE, anexo ao Decreto n.º 94.664, de 1987).

Ou seja, fala a norma em aposentado, inativos e pensionistas, o que quer dizer, todos aqueles que não estão no serviço ativo.

Texto este inteiramente em consonância com o Direito Magno novo e, portanto, por ele recebido.

No comando constitucional de 1988, o § 4.º do art. 40 é muito significativo, ao especificar:

“Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria na forma da lei.”

A regra constitucional traz em seu bojo dois tratamentos distintos, a saber:

a) O primeiro, relativo aos *proventos da aposentadoria*, os quais “serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade”. Ou seja, um reajuste geral para a remuneração (isto é, vencimentos, mais vantagens fixas) dos servidores em atividade refletem-se sobre os proventos integrais da aposentadoria. Os demais inativos têm o seu reajuste na conformidade do ato em que se dispôs sobre a inativação, com possibilidade de remuneração integral ou proporcional ao tempo de serviço, por exemplo.

Ao se cotejar o preceito do § 4.º do art. 40 com o inciso XV do art. 37 da Constituição, deduz-se que, em sendo irredutíveis os vencimentos

dos servidores em atividade, igualmente o serão, por percussão, os proventos da aposentadoria, que são reajustados na mesma proporção. Igualmente, os do inativo em disponibilidade, quando a paga é proporcional.

b) O outro tema reflete a intenção do constituinte de beneficiar os inativos, aposentados ou não, ao dizer, “sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei”.

Podem-se aplicar aos aposentados as regras de transformação ou reclassificação de cargo ou função que tenda a reduzir-lhe os proventos da aposentação? Entende-se que uma decisão deste tipo fere o preceito constitucional.

Isto porque a regra basilar somente pode sofrer interpretação restritiva, eis que restritiva de direitos. Na verdade, ao lado dos direitos reconhecidos pela disposição vigente no momento da aposentação, somente são admitidas pela Constituição alterações se forem decorrentes de lei mais benéfica. Somente se estendem aos inativos “os benefícios e vantagens concedidos aos servidores em atividade”. Na hipótese de reclassificação ou transformação de cargo ou função — cargo permanente ou função de confiança — somente se o resultado for benéfico, ampliativo, favorável, jamais no sentido oposto, de redução.

Conseqüências deste preceito permanente, dois artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias surgem, um para limitar os excessos, outro para reajustar as diferenças para menor.

O primeiro deles, o art. 17, no seu *caput*, determina:

“Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

Visava o preceito combater aquilo que se convencionou denominar de “marajás do serviço público”, que através de mecanismos legais e de conseqüente interpretação, conseguiam receber altos vencimentos ou proventos de inatividade, diferentemente dos outros servidores em idêntica situação.

Já o art. 20, por sua vez, é no sentido de beneficiar a todos os inativos, com a atualização de seus ganhos:

“Dentro de cento e oitenta dias proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição.”



O reajustamento para menor é apenas possível nestes casos, face ao expresse comando constitucional. A sua generalização não é possível em face dos argumentos anteriormente expendidos.

### 19. *A aposentadoria como punição e a anistia*

Em diversos momentos da nossa história política, usou-se o mecanismo da aposentadoria de servidores como instrumento de punição política. Assim ocorreu em 1937 (art. 177 da Constituição), em 1964 (§ 1.º do art. 7.º do Ato Institucional), em 1965 (parágrafo único do art. 14 do Ato Institucional n.º 2) e em 1968 (§ 1.º do art. 6.º do Ato Institucional n.º 5).

A aposentadoria por motivos políticos é um mecanismo atenuado de demissão, no dizer de MARCELO CAETANO, e tem caráter discricionário, não havendo necessidade de comprovação de motivos, e, ademais, pela legislação excepcional, excluída a apreciação dos seus efeitos pelo Poder Judiciário.

Por isso, a despeito da revogação dos Atos Institucionais (1978), da edição da Lei de Anistia (1979) e da Emenda Constitucional n.º 26 à Carta de 1967 (1985), o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tratou, no seu art. 8.º, de restaurar os direitos daqueles que tivessem sido “atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, e conseqüentemente asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos”. Ressalvou, no entanto, o § 1.º que os efeitos financeiros somente seriam gerados a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo. E, mais ainda, que a anistia então concedida se aplicava a todos os servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares.

Vale, no entanto, usar a oportunidade para verberar contra a chamada “indústria da anistia”, em que servidores diversos, alegando terem sido vítimas de perseguições políticas, usaram esta faculdade para o reingresso no serviço público elidindo o requisito constitucional de prestação de concurso, quando dele foram afastados por outras razões ou outros fundamentos, sem qualquer embasamento na perseguição política. Daí se ver a quantidade de decisões das Comissões de Anistia, negando o atendimento da pretensão.

Outras providências foram incluídas nas disposições de anistia, mas não são relativas à aposentadoria dos servidores.

# Direito urbanístico e limitações administrativas urbanísticas

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O Direito Urbanístico e a propriedade.* 3. *O princípio da propriedade na Constituição.* 4. *A função social genérica da propriedade.* 5. *A propriedade, enquanto fator da economia, na Constituição.* 6. *A função social da propriedade urbana como fundamento de intervenção de sentido econômico.* 7. *Competência urbanística.* 8. *As limitações enquanto instrumento interventivo na propriedade e na ordem econômica.* 9. *Conclusões e conseqüências.*

### 1. *Introdução*

Duas premissas orientam esta exposição. A primeira enfatiza a necessidade da leitura e interpretação sistemáticas para a justa compreensão *de temas multirrecorrentes no texto constitucional.* A segunda, realça a distinção, tantas vezes existente, entre a definição constitucional da competência de uma entidade e a de seu conteúdo, em termos de condições e limites de seu exercício.

Um trabalho interpretativo que deprecie essas premissas pode, muita vez, conduzir a resultados inexatos, quando não disparatados.

No tema do direito urbanístico, destacadamente, o correto enquadramento constitucional e o entendimento de sua múltipla menção exigem a sistematização dos vários dispositivos em que está explícita ou implicitamente aludido, bem como de outros, de escopo mais abrangente, que atuam como referencial valorativo.

---

Conferência proferida em 8 de junho de 1990, por solicitação do CEPAD — Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito, no Rio de Janeiro.

Não basta assim, que se constata, em isolado, que o constituinte o incluiu, expressamente, no rol dos temas sujeitos à competência concorrente (art. 24, I), nem mesmo, em articulado, que se reitera em outros dispositivos que tratam, explicitamente, do ordenamento e do desenvolvimento urbano (art. 21, XX; art. 25, § 3.º; art. 30, VIII; e art. 182), nem, ainda, que se entrelaça com muitos outros temas afins, como os relativos a águas, energia, meio ambiente, trânsito, transporte etc. Acima desse entrançado normativo e dando-lhe sentido e coerência, é imprescindível que a interpretação desses dispositivos se faça à luz dos *princípios constitucionais* atinentes à propriedade e à atividade econômica, aos quais todas essas normas estão referidas (art. 5.º, XXII e XXIII, e art. 170, III).

As definições de competência refletem essas referências distintas, diferenciando-as segundo as finalidades e correlatos princípios que as incorporam. Seria até ilógico, que o legislador constitucional repetisse regras de competência, como é o caso das de direito urbanístico, se não existissem distintas finalidades a serem atendidas pelas entidades concorrentes.

Uma vez estremados essas finalidades e correspondentes princípios, tornar-se-ão nítidos os conteúdos jurídicos, as condições e os limites do exercício das modalidades de competência de direito urbanístico encontradas no texto constitucional.

## 2. O Direito Urbanístico e a propriedade

Para disciplinar os espaços habitáveis, o homem se vale das técnicas e artes do Urbanismo, um ramo especializado da Arquitetura, mas para que seus princípios e normas ganhassem cogência de direito, desenvolveu-se o Direito Urbanístico, como um ramo do Direito Público.

Rege, assim, o Direito Urbanístico, tal como vem sendo estudado e conceituado nas últimas décadas, a disposição físico-social do *espaço urbano*. Começa pela própria definição, estremando-o das áreas rurais, passa pelo zoneamento, pelo desenvolvimento da cidade, pelo parcelamento imobiliário e vai até a utilização, com ou sem edificação, da *terra urbana*.

Fulcrado sobre o imóvel urbano, seu objeto é a conciliação ótima do princípio da propriedade e todos os seus corolários no campo da autonomia da vontade, com os valores transindividuais que devem orientar o desenvolvimento e a vida das cidades em benefício geral.

São esses valores sociais que levam à definição das chamadas *funções urbanas* elementares, tal como fixadas na "Carta de Atenas": habitar, trabalhar, recrear-se e circular.

Essa compatibilização do interesse individual com o metaindividual é perfeitamente possível porquanto, como é sabido, o direito de propriedade, como de resto qualquer direito, longe de ser absoluto, tem o seu exercício limitado pelo seu princípio conexo, que é o atendimento da função social.

É do gênero “função social da propriedade” que se abotoam as espécies que interessam ao Direito Urbanístico — as quatro funções urbanas referidas: habitar, trabalhar, recrear-se e circular.

A *habitação* é a primeira e mais nobre utilização da propriedade imóvel e, por isso, prefere às demais. Em estado de necessidade público, essa função pode levar até ao sacrifício da propriedade privada. O *trabalho* se segue em importância; sua modalidade urbana, em contraste com a rural, exige equipamentos e edificações cada vez mais sofisticadas, demandando não só uma harmonização com o direito de propriedade de vizinhos como com as de mais funções urbanas, notadamente em termos de higidez ambiental. A *recreação*, nem é necessário que se o repita, é essencial à vida humana sadia e, se preciso for, o direito de propriedade deve ceder também às suas demandas. Finalmente, a *circulação* é uma função urbana instrumental, de vez que exige que as vias e logradouros, bem como os equipamentos viários, assegurem o desfrute das demais.

Se se considerar, além dessas, as inúmeras outras funções que pode desempenhar a propriedade imóvel urbana, dessumidas das competências correlacionadas à urbanística, como são as referentes ao meio ambiente, às águas, à energia, ao trânsito, ao transporte etc., ter-se-á o quadro de multiplicidade caleidoscópica, com que se apresenta o princípio da função social da propriedade e, em conseqüência, da complexidade jurídica dele decorrente.

### 3. O princípio da propriedade na Constituição

Se o princípio da propriedade é a referência essencial para a compreensão do direito urbanístico no ordenamento constitucional, é por ele que se deve começar.

A Constituição de 1988, à semelhança das anteriores, enumerou-o como uma *garantia fundamental* (art. 5.º, XXII), o que equivale a dizer que o Estado reconhece como um consectário lógico do direito ao trabalho e à livre iniciativa, valores fundamentais da nacionalidade (art. 1.º, IV), o de apropriar-se dos respectivos frutos.

Essa posição filosófica implica na aceitação da pré-existência da propriedade à própria organização política. O Estado, ao organizar-se juspoliticamente, encontra-a assentada, entre tantas outras instituições sociais vigentes.

No processo de institucionalização jurídica levado a cabo pelo Estado, muitas dessas instituições sociais são incorporadas pela sua ordem positiva, enquanto que outras são repudiadas e, ainda, uma grande parte delas fica sem referência validante ou desvalidante no direito.

Por sua fundamental importância, as instituições que dizem respeito às liberdades, tanto as referidas ao homem, individualmente considerado, quanto as atinentes ao homem em grupo, costumam ser incorporadas, explícita ou implicitamente pela Constituição (art. 5.º e seu § 2.º).

Essas observações põem em evidência o fato de que não é o Estado que cria ou concede o direito à vida, à liberdade, à honra, à privacidade, ao trabalho, à livre empresa e tantos outros direitos fundamentais, por isso, conaturais ao homem, mas, apenas, ele os reconhece e os garante.

Mas a Constituição tampouco o tem como absoluto. Desde logo, nem todo o bem será suscetível de apropriação; há os inapropriáveis, tanto por sua natureza quanto por lei. Mas é quanto ao próprio regime dominial que o relativismo se faz mais evidente, pois o *exercício* do direito de propriedade sujeita-se a restrições e condicionamentos de toda ordem. Legitimam-se, desde que o Estado os imponha por lei e que essa lei se justifique em razão de finalidades sociais relevantes cuja cura a Constituição deixou a seu cargo.

São essas finalidades, explícitas ou implícitas na regra de competência, mas sempre com ela xifópagas, que, no caso do direito de propriedade, se exprimem como sua *função social*.

O tema da propriedade, como se percebe, além de poder ser visto sob a óptica do direito individual, pode ser visualizado também desde a perspectiva da competência estatal, que é sua contrapartida, e através da qual ele se enriquece numa dimensão metaindividual.

#### 4. *A função social genérica da propriedade*

Da mesma forma que o direito de propriedade não é absoluto quanto a seu exercício, tampouco o é o poder do Estado de impor-lhe restrições e condicionamentos.

Qualquer intervenção do Estado na propriedade, só se justifica constitucionalmente quando esteja sendo imposta para que ela atenda efetivamente a uma função social (art. 5.º, XXIII).

Está claro, portanto, que a afirmação *genérica* da função social da propriedade, contida no mencionado dispositivo, necessita ser explicitada pelo Estado, sempre que os interesses públicos à sua cura justifiquem sua intervenção — seja para promover um melhor atendimento, seja para coibir um exercício do direito de propriedade com ela incompatível.

Desde logo, o próprio legislador constitucional poderá optar por explicitar, especificadamente, o que se deve entender por função social ou qual a intervenção em tese cabível. Isso será, todavia, excepcional, pois normalmente essa tarefa é deixada ao legislador ordinário — ao qual cabe a definição do interesse público específico.

Assim, essa previsão genérica (do art. 5.º, XXIII) é o suporte constitucional geral de todas as leis que autorizam ou determinam a *intervenção na propriedade*, em qualquer das diversas modalidades que possa assumir.

Os pressupostos da produção dessa legislação interventiva, não obstante, serão sempre: a *competência* da entidade estatal em questão, a hipótese de *interesse público específico*, que caracterize uma função social

da propriedade, e a definição dos *institutos instrumentais* através dos quais a intervenção se dará.

Todos esses elementos — competência, interesse público e instrumentos — devem estar fundados na Constituição para que a intervenção se legitime.

#### 5. *A propriedade, enquanto fator da economia, na Constituição*

Mas a propriedade não está considerada apenas genericamente no texto constitucional. Como todos os bens podem ter distintas *destinações econômicas*, esse aspecto é levado em conta de modo particular quando se trata de definir o papel do Estado na economia.

Embora as Ciências Econômicas nos proporcionem o conhecimento de variadas classificações de bens segundo sua utilidade, como as que distinguimos bens *livres* dos bens *econômicos*, os bens de *consumo* e os bens de *produção*, bens de consumo *duráveis* e bens de consumo *imediate* etc., a Constituição não desceu a essas categorizações e preferiu apenas considerar a *propriedade* como um *fator econômico* (art. 170, II) reiterando, em seguida, seu correlato princípio restrito da *função social* (art. 170, III).

Em outros termos, além das modalidades de *intervenção na propriedade* fundadas na cláusula genérica de função social (art. 5.º, XXIII), a Constituição, ao tratar da *Ordem Econômica e Financeira*, abriu espaço para novas modalidades interventivas de sentido prevalentemente econômico: as *intervensões na ordem econômica*.

Essa outra categoria interventiva, além de voltar-se às *atividades econômicas*, seu principal campo de atuação, atinge os *bens econômicos* e, portanto, a *propriedade*, agora em sua expressão econômica. Em consequência, as correlatas definições de *funções sociais específicas* da propriedade, todas elas estão referidas à sua função econômica.

A Constituição dedica o Título VII, da *Ordem Econômica e Financeira*, a essas categorias interventivas — modalidades de *intervenção na ordem econômica*. Nesses casos, observe-se, a intervenção na propriedade é sempre um *minus*, ou um *iter*, relativamente ao que finalisticamente se pretende, que é o remanejamento da economia pelo Estado, de modo a realizar alguma função social de conteúdo econômico.

E é no mesmo Título VII, da Constituição, que vamos encontrar o Capítulo dedicado à *Política Urbana* e, nele, várias e importantes regras de direito urbanístico municipal, enfatizando-se, implicitamente, essa preponderância de seu caráter econômico sobre o social, que, até 1988, predominava conceptualmente na doutrina jururbanística.

#### 6. *A função social da propriedade urbana como fundamento de intervenção de sentido econômico*

A função social da propriedade urbana, considerada como fator econômico, é o fundamento de várias modalidades interventivas previstas no

Título VII da Constituição. Assim, no Capítulo I, trata-se da intervenção sancionatória nos casos de abuso do poder econômico (art. 173, § 4.º), da intervenção expropriatória sobre as jazidas e demais recursos minerais (art. 176) e da intervenção monopolista sobre jazidas de hidrocarbonetos e minerais nucleares (art. 177); no Capítulo II, da intervenção ordinatória sobre a propriedade urbana (art. 182 — de que nos ocuparemos a seguir); no Capítulo III, da intervenção expropriatória e ordinatória sobre a propriedade rural (arts. 184 e 190), e, por fim, no Capítulo IV, da intervenção ordinatória sobre a propriedade de ativos financeiros (art. 192).

Situa-se, portanto, no Capítulo II, do Título VII, da Constituição, o fundamento para a intervenção econômica, explícita e exclusiva do Município, sobre a propriedade urbana, para execução de suas respectivas políticas de desenvolvimento urbano.

O Município é, portanto, a única entidade competente para orientar economicamente a destinação da propriedade urbana em sua circunscrição territorial. Esta é a coerente justificação porque a *política urbana* se deslocou do Capítulo relativo à Ordem Social para o que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira: a ênfase de seu aspecto econômico, notadamente como orientador de sua função social específica.

Essa função social da propriedade urbana considera-se atendida quando se dá cumprimento a seu plano diretor (art. 182, § 2.º). Devem estar definidos, portanto, nesse instrumento, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, mas recomendável para qualquer uma, pela segurança jurídica que proporciona aos municípios, todas as exigências de conteúdo interventivo que, embora atuando sobre aspectos econômicos da propriedade imobiliária, destinam-se a realizar os superiores valores da convivência urbana.

Mas, a par das exigências conteudísticas, que são a observância das *diretrizes gerais* (art. 182, *caput*), fixadas em lei federal (art. 24, I, c/c art. 21, XX), estadual (art. 24, I) ou na própria lei orgânica municipal (art. 29, *caput*), o plano diretor submete-se também a requisitos formais: a admissão da cooperação das associações representativas (art. 29, XI) e a abertura da iniciativa de projetos de lei à população interessada (art. 29, XI).

O Município é, em suma, o ente federado que preside à economia urbanística, definindo a utilização, sancionando a sub-utilização e a não-utilização, embora nessa atuação, deva obedecer a sistemática definida em lei federal, de caráter nacional, para que seja homogênea em todo o País (art. 182, § 4.º).

## 7. Competência urbanística

Como se depreende, enquanto o direito urbanístico de competência *concorrente* da União e dos Estados (art. 24, I) volta-se à realização da função social genérica da propriedade imóvel urbana, mediante institutos de intervenção na propriedade, tendo em vista uma extensa gama de fina-

lidades tipicamente urbanísticas ou correlatas, o direito urbanístico de competência *exclusiva* dos Municípios (art. 30, II e VIII) destina-se à realização de funções sociais específicas da propriedade imóvel urbana, estreitamente relacionadas à sua expressão econômica, mediante institutos de intervenção na propriedade que a atingem enquanto fator econômico, tendo em vista as finalidades do plano diretor (art. 182, § 2.º).

A competência urbanística da União se vincula à função social genérica da propriedade imóvel urbana (art. 5.º, XXIII) e se perfaz:

— pela legislação a nível de normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I);

— pela instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX).

A competência urbanística do Estado se vincula também à função social genérica da propriedade imóvel urbana (art. 5.º, XXIII) e se perfaz:

— pela legislação a nível de normas específicas de direito urbanístico (art. 24, I).

A competência urbanística do Município se vincula à função social específica da propriedade urbana (art. 189, § 2.º) e se perfaz:

— pela suplementação, no que couber, da legislação de direito urbanístico federal e estadual (art. 30, II);

— pela elaboração do plano diretor, de modo a promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e de ocupação do solo urbano (art. 182, § 1.º, c/c o art. 30, VIII).

Em suma: o exercício da competência da União e dos Estados, em matéria de direito urbanístico, embora não esteja condicionada senão aos princípios e normas da Constituição, *limita-se* pela esfera de competência reservada aos Municípios, uma vez que sua política urbana local não terá que observar mais que *diretrizes gerais* (art. 182, *caput*).

São, ao revés, cinco exigências, ao arrepio das quais a legislação urbanística municipal será inconstitucional:

a) observância das diretrizes federais para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX);

b) observância das normas gerais federais de direito urbanístico (art. 24, I);

c) observância das normas gerais estaduais de direito urbanístico, se não existir lei federal sobre normas gerais (art. 24, I, c/c § 3.º);

d) observância das normas específicas estaduais de direito urbanístico (art. 24, I);

e) observância do plano diretor, onde for obrigatório (art. 182, § 1.º).



A respeito da observância do plano diretor como exigência constitucional, há pouco tempo e, ao que parece, pioneiramente, o Professor TOSHIO MUKAI teve oportunidade de disrecrear sobre a natureza da sanção impositiva ao Município que viesse a produzir legislação *sem* um plano diretor ou *contra* seus dispositivos, concluindo, na mesma linha do que aqui se expõe, pela nulidade, por inconstitucionalidade, de todas as normas assim baixadas, pois não representariam a concretização das exigências fundamentais que devem ser expressas naquele instrumento fundamental da política urbana.

Sem plano diretor, onde seja obrigatório, não há política urbana constitucionalmente válida (art. 182) e, sem ela, nenhuma lei urbanística municipal será legítima, por lhe faltar, por sua vez, a fonte de validade.

#### 8. *As limitações enquanto instrumento interventivo na propriedade e na ordem econômica*

A *limitação*, como se sabe, é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para realizar suas funções administrativas (poder de polícia, serviços públicos, ordenamento econômico, ordenamento social e fomento público). Embora possa atuar diretamente sobre a *atividade* dos administrados, é sobre o *direito de propriedade* que encontra sua maior serviência ao direito urbanístico, juntamente com os demais instrumentos: ocupação temporária, requisição, servidão administrativa, tombamento e desapropriação (modalidades ordinatórias) e a multa, a interdição e o confisco (modalidades sancionatórias).

Esse rol se expandiu, com a Constituição de 1988, pelo acréscimo de mais duas modalidades sancionatórias, cujos exatos contornos jurídicos pendem de definição por lei federal, para que os Municípios a empreguem homogeneamente em todo o território nacional (art. 182, § 4.º): o *parcelamento e a edificação compulsórios* (art. 182, I). A modalidade expropriatória sancionatória, esclareça-se de passagem, prevista também no mesmo dispositivo (art. 182, § 4.º, III), não chega a ser um instituto novo, mas uma variedade a mais da desapropriação por interesse social.

A admissão da compulsoriedade do parcelamento e da edificação, como se pode depreender, introduz profunda alteração a nível constitucional, sobre a natureza jurídica do direito de parcelar e de construir. Esses direitos, tratando-se de imóvel urbano, não derivam mais exclusivamente do direito de propriedade mas, também, do plano diretor.

Será esse instrumento municipal da política urbana que não só *permitirá* o parcelamento e a construção como o *determinará*, quando for o caso.

Observe-se que o parcelamento e a edificação, se são *compulsórios*, não podem ser conciliados com os conceitos privatistas do direito de parcelar e de construir (*nemo praecise potest cogi ad factum*), passando assim,

ambos os institutos, a ser conceitos publicistas a partir da Constituição de 1988, pondo fim a antiga controvérsia doutrinária a respeito.

A liberdade, no caso do proprietário de um imóvel urbano, não está mais em parcelá-lo ou construí-lo a seu alvedrio, mas em ser ou não proprietário. Por ser urbano, o imóvel se sujeita à política urbana de cada cidade. Tudo ocorre do mesmo modo que no caso da propriedade de uma patente declarada de interesse público: seu dono pode optar entre mantê-la ou não em seu patrimônio, não mais entre utilizá-la ou não. Em suma: imóvel urbano não é mercadoria, que se estoca e se especula, mas um bem individual de expressão social, com seus contornos econômicos sujeitos a definições restritivas de interesse público específico local.

Outro tema palpante referido à utilização de limitações é o que decorre da partilha federativa do direito urbanístico, a que já nos referimos.

A União, como só pode legislar a nível de *normas gerais* (art. 24, I, e seu § 1.º) e fixar *diretrizes* para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX), está impedida de instituir limitações urbanísticas, pois para isso necessitaria de poderes legislativos capazes de serem exercidos a nível de *normas específicas*.

O que pode, entretanto, a União, é instituir limitações de natureza correlata que influam no ambiente urbano, no uso de suas competências privativas, como, por exemplo, para legislar sobre águas e energia (art. 22, IV), regime dos portos (art. 22, X), trânsito e transporte (art. 22, XI).

Quanto aos Estados, embora possam legislar a nível de normas específicas sobre direito urbanístico (art. 24, I, e seu § 1.º), terão que ter o cuidado de editar *normas uniformemente aplicáveis a todos os Municípios*, pois, se não o fizerem, estarão invadindo o âmbito de competência municipal para legislar sobre o interesse local (art. 30, I). Nenhuma norma urbanística estadual pode ter alcance menor que a *totalidade* dos Municípios do Estado.

Por último, de qualquer forma, as limitações devem ser *abstratas e gerais*, pois do contrário seriam imposições concretas do legislador, para as quais não tem competência, por se tratar de reserva administrativa do Poder Executivo (art. 84, II). Tampouco podem incidir sobre todo o exercício possível do direito de propriedade, pois, neste caso, seriam expropriações irregulares, sem a observância do devido processo da lei (art. 5.º, LIV; no caso, o processo do art. 5.º, XXIV). Como se vê, a inobservância dessas exigências, consubstanciais às limitações, leva inapelavelmente à inconstitucionalidade.

## 9. Conclusões e conseqüências

Do exposto, várias conclusões e conseqüências jurídicas podem ser destacadas, para um melhor entendimento do sistema de direito urbanístico instituído pela Constituição de 1988 e como guia para os operadores do Direito.

1.º) O fundamento de competência legislativa da União e dos Estados, em matéria de direito urbanístico, está no poder genérico de definir a função social da propriedade (art. 5.º, XXIII).

2.º) O fundamento da competência legislativa dos Municípios, em matéria de direito urbanístico, está no poder específico de definir a função social da propriedade urbana em termos econômicos (art. 182, §§ 1.º e 2.º).

3.º) A União só pode legislar sobre normas gerais de direito urbanístico, o que exclui a instituição de limitações urbanísticas (art. 24, § 1.º).

4.º) A União pode legislar sobre outras limitações, no campo de sua competência legislativa privativa, que, não obstante, poderão incidir sobre a propriedade urbana, mas vinculadas a finalidades distintas das urbanísticas (art. 22, IV, V, X, XI, XII e XXVI).

5.º) O Estado pode legislar sobre direito urbanístico e instituir limitações urbanísticas, mas deverá fazê-lo em caráter rigorosamente geral, aplicável à totalidade das suas cidades, do contrário estará invadindo a competência municipal para ordená-las através de seu plano diretor peculiar (art. 182, §§ 1.º e 2.º).

6.º) A obrigatoriedade do plano diretor para as cidades de mais de 20.000 habitantes tem sua sanção na nulidade e inconstitucionalidade de todas as normas urbanísticas municipais que vierem a ser baixadas sem ter nele sua fundamentação, seja por falta do plano diretor, seja por sua violação (art. 182, § 2.º)

7.º) A aplicação das normas federais e estaduais de direito urbanístico não depende da existência de plano diretor, por terem distinto fundamento constitucional (art. 24, I).

8.º) As diretrizes gerais exigidas para balizar a política de desenvolvimento urbano e, assim, condicionar o plano diretor, podem ser tanto as federais (art. 21, XX), como as estaduais (art. 24, I), como, ainda, as próprias diretrizes urbanísticas da lei orgânica municipal (art. 29).

9.º) Em razão do sentido econômico do plano diretor, a cooperação das associações representativas dos Municípios é requisito constitucional de sua validade (art. 182, § 1.º, c/c art. 39, X). Não é necessário que a cooperação tenha ocorrido, mas, sim, que tenha sido aberta a possibilidade jurídica para que ela pudesse ter ocorrido.

10) Também em razão de seu sentido econômico, o plano diretor poderá ser alterado pela iniciativa popular de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado municipal, sendo inconstitucional qualquer dispositivo que inviabilize ou dificulte essa faculdade política dos municípios (art. 29, XI).

De positivo, pode-se afirmar, em conclusão, que no tema do direito urbanístico, a Constituição de 1988 foi mais que inovadora — foi corajosa; de negativo, embora, há que se reconhecer que seu sistema de entrelaçamento de competências poderia ter sido muito mais simples e racional do que esse, que pretendemos ter destrinchado em parte neste trabalho.

# Controle parlamentar da administração

ODETE MEDAUAR

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

1. Terminologia. 2. Controle parlamentar e regime de Governo. 3. Dificuldades do controle. 4. O controle parlamentar na França. 5. O controle parlamentar na Inglaterra. 6. O controle parlamentar nos Estados Unidos. 7. O controle parlamentar no Brasil. 8. Aprimoramento do controle parlamentar.

### 1. Terminologia

Nos diversos trabalhos dedicados ao estudo do controle da Administração Pública encontram-se ora a expressão “controle político”, como por exemplo em DEBBASCH<sup>(1)</sup>, ora a expressão “controle legislativo”, como em RAMON REAL<sup>(2)</sup>, ora a expressão “controle parlamentar”, em JEAN WALINE<sup>(3)</sup>. Utilizando terminologia diversa os autores, no entanto, tratam da fiscalização que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública.

Qual a expressão que mais adequadamente caracteriza esse tipo de controle? Para BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER “esse controle é

(1) *Science Administrative*, 1976, p. 628.

(2) El Control de la Administración, in *Revista de Direito Público*, nº 32, nov./dez. 1974. p. 8.

(3) *L'Evolution du Controle de L'Administration depuis un Siècle*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, set./out., 1984, p. 1345.

político não somente pelas instituições que o exercem, mas pelas conclusões a que chega" (4). Segundo HELY LOPES MEIRELLES, caracteriza-se como "controle eminentemente político, indiferente aos direitos individuais dos administradores, mas objetivando os superiores interesses do Estado e da comunidade" (5). Embora tenha natureza política, a primeira impressão apresenta-se inadequada para designá-lo, pois outras instituições de controle da Administração podem igualmente exercê-lo sob ponto de vista político.

A expressão "controle legislativo" igualmente há de ser rejeitada, pois pode dar a entender tratar-se de fiscalização exercida pela lei, se for considerada a natureza jurídica do ato de controle, tal como expõe UGO FORTI (6).

Mais adequada apresenta-se a expressão "controle parlamentar" ou ainda "controle do Poder Legislativo", que revela de imediato a referência à fiscalização exercida pelo Parlamento ou Poder Legislativo.

Pondere-se ainda que sob os termos "controle parlamentar" não se abrange, neste trabalho, a vigilância que sobre a Administração exercem instituições ou entidades que extraem do Parlamento sua força ou que significariam prolongamento desse Poder; tais entes, de regra, embora assim considerados do ponto de vista teórico, caracterizam-se pela independência institucional que lhes é assegurada e pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo ou a qualquer outro poder; não se inserem, desse modo, na estrutura interna do Legislativo e, desse modo, não configuram controle parlamentar. É o caso, por exemplo, do Tribunal de Contas e do "Ombudsman". Sob a rubrica "controle parlamentar" serão estudados somente os mecanismos de fiscalização emanados diretamente das casas legislativas; é a chamada "via parlamentar pura", na linguagem de ALVARO GIL ROBLES e GIL DELGADO (7).

## 2. *Controle parlamentar e Regime de governo*

No ensinamento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o poder de fiscalização ou controle do legislativo "é uma conquista histórica, de há muito consagrada; . . . no Estado contemporâneo parece ser o poder por excelência dos parlamentos, o único que estes estão em condições de exercer eficientemente" (8). O consagrado constitucionalista, em outra obra, observa o seguinte: "Esse controle político é talvez hoje a principal con-

(4) *Le Controle de l'Administration et la Protection de Citoyens*, 1973, p. 305.

(5) *Direito Administrativo Brasileiro*, 1986, p. 600.

(6) *Il Controlli dell'Amministrazione Comunale*, in *Pimo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. 2, 2ª parte, 1915, p. 618.

(7) *El Control Parlamentario de la Administración*, 1981, p. 22.

(8) *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, 1977, p. 244.

tribuição dos parlamentos para o processo político. De fato, a prática das delegações, o *leadership* exercido pelo "Executivo", fenômenos que, mais ou menos pronunciados ou disfarçados, se observam em toda parte, vêm deixando as câmaras como mero órgão de fiscalização, onde se debatem, criticam e justificam as opções governamentais para edificação da opinião pública" (9).

JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que as funções do órgão legislativo não se resume na competência para elaborar as leis e arrola as de fiscalização entre suas atribuições (10).

A função de controle sobre o Executivo aparece hoje como inerente ao Parlamento, em qualquer regime de governo do mundo ocidental. Nota-se, no entanto, divergências na doutrina quanto à sua maior ou menor intensidade conforme esse regime. Assim, de acordo com MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO "esse controle é pelas câmaras mais eficazmente desempenhado nos regimes parlamentaristas, onde a sorte do gabinete está em mãos da maioria parlamentar. As constituições que adotam esse regime costumam, seguindo os ditames da racionalização do poder, regular minuciosamente os instrumentos desse controle, prevendo "questões escritas", "questões orais", e, sobretudo, "moções de censura" e "moções de desconfiança", moções essas que, aprovadas, acarretam a demissão do ministro ou do gabinete. No presidencialismo, essa fiscalização é mais grosseira e menos eficiente (11). No mesmo sentido, as afirmações de KARL LOEWENSTEIN: "Os controles interórgãos atuam com máxima eficácia no parlamentarismo: interdependência por integração; são também eficazes em grau menor no presidencialismo americano: interdependência por coordenação; opera debilmente ou não existem no governo de assembléia" (12). Para JEAN WALINE o controle do Poder Legislativo sobre a Administração "é a coisa mais natural que existe" no regime parlamentar (13).

Em linha oposta se posiciona DEBBASCH quando afirma: "Será difícil aos membros da Assembléia (o autor refere-se ao Legislativo em regime parlamentarista) questionar a responsabilidade dos serviços administrativos sem suscitar, ao mesmo tempo, a do governo, o que pode parecer como sanção muito forte. Assim verifica-se que o controle parlamentar da administração funciona melhor nos regimes presidenciais, onde esta responsabilidade do governo perante a Assembléia não existe, que nos regimes parlamentares" (14).

(9) *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 12ª ed., 1983, p. 154.

(10) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 3ª ed., 1985, p. 84.

(11) *Curso de Direito Constitucional*, 1ª ed., 1983, p. 154.

(12) *Teoría de la Constitución*, trad. espanhola, 1970.

(13) L'Evolution du Controle de l'Administration depuis un Siècle, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, set./out., 1984, p. 1.346.

(14) *Science Administrative*, p. 634.

### 3. *Dificuldades do controle*

Independentemente das peculiaridades do regime de governo, que propiciariam maior ou menor intensidade de controle, no momento atual registra-se descrença genérica quanto à eficácia e mesmo operacionalidade da fiscalização exercida pelo Legislativo. Paradoxal, assim, que se afirme, ao mesmo tempo, a relevância da função de controle do Parlamento e a escassez ou inexistência de resultados dessa atuação. Para DROMI o controle parlamentar perdeu sua transcendência como conseqüência da crise geral da instituição parlamentar, em geral inerme ante ao avassalador impulso da Administração contemporânea<sup>(15)</sup>. Segundo RAMON REAL “dado seu caráter político e a influência do regime de partidos, esse controle da Administração está falhando muito e nunca poderia abarcar, de forma sistemática, as necessidades de uma grande administração moderna, cuja complexidade e tecnicismo escapam à competência e possibilidades de trabalho dos parlamentares, absorvidos por sua atividade legislativa e política”<sup>(16)</sup>. Assim dificuldades geradas pelo tecnicismo do controle da Administração merecem observação de DEBBASCH, que menciona também a enorme massa de atos administrativos a fiscalizar, exigindo a atuação de extensa máquina burocrática de controle, o que representaria verdadeira administração paralela; no seu entender, o controle político, válido para âmbitos limitados, dificilmente pode ser generalizado<sup>(17)</sup>.

Além dos aspectos apontados há de se notar que, em geral, quer no parlamentarismo quer no presidencialismo, o Executivo detém hegemonia entre os Três Poderes e domina a máquina governamental; em decorrência, embora o ordenamento discipline atuações de controle do Legislativo sobre o Executivo, inexistente interesse político na realização concreta e eficaz da vigilância, para não desagradar ao detentor da atividade legislativa, a submissão cega ao Executivo, propiciam a inoperância da função de controle, em vez de acentuá-la.

Para JEAN WALINE “a via parlamentar é, ao mesmo tempo, a mais natural e a que deveria ser, e muito, a mais eficaz no tocante ao controle da Administração; é ineficaz por ser desprovida de qualquer sanção”<sup>(18)</sup>. Na mesma linha se expressam BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER: “Nem o Congresso nem suas comissões podem anular ou modificar atos administrativos ou condenar a administração ao pagamento de indenização ou ainda dirigir-lhe injunções; sua ação se traduz pela publicidade que dão

(15) *Prerrogativas y Garantías Administrativas*, 1976, p. 22.

(16) *El Control de la Administración*, Revista de Direito Público, nº 32, nov./dez. 1974, p. 8.

(17) *Science Administrative*, pp. 629 e 630.

(18) *L'Evolution du Controle de l'Administration depuis un Siècle*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, set./out., 1984, pp. 1.347 e 1.349.

às suas críticas e pelas conseqüências legislativas e financeiras decorrentes (19).

A ausência de sanção, no sentido apontado acima, possibilita justificar, em parte, as falhas do controle parlamentar: os mecanismos de controle, no entanto, se concretizados, acarretariam conseqüências indesejáveis às autoridades administrativas, mesmo desprovidos da aptidão para desfazer atos ou medidas. Assim, por exemplo, no caso de necessidade de aprovação ou autorização do Legislativo para certos atos; no caso da atuação das comissões de inquérito, cujo relatório deveria receber ampla divulgação e ser objeto de manifestação do plenário.

Para melhor reflexão sobre o controle parlamentar, seus mecanismos e eventual aprimoramento, serão estudados os aspectos fundamentais dessa fiscalização em alguns ordenamentos estrangeiros e ordenamento pátrio.

#### 4. O controle parlamentar na França

Segundo JACQUES CADART, o regime de governo francês instituído em 1958 configura um regime parlamentar dualista republicano (20), com Legislativo bicameral, integrado pela Assembléia Nacional e pelo Senado. À Assembléia Nacional a Constituição confere poder de votar moção de censura, que acarreta a demissão do governo; o Presidente da República tem o direito de dissolver a Assembléia Nacional. Existe, assim, em princípio, amplo poder de controle político do Parlamento sobre a atuação do governo em razão da possibilidade de ser votada moção de censura. As extremas sutilezas e os delicados mecanismos da moção de censura e do direito de dissolução, característicos do regime parlamentar, seu caráter precipuamente político afastam exame mais aprofundado, num estudo sobre o controle de Administração Pública, que visa sobretudo à atividade administrativa cotidiana. Objetivando de modo mais direto a atuação da Administração Pública, os meios de controle parlamentar na França são arrolados a seguir.

a) Questões — De acordo com DE VERGOTTINI (que as denomina “interrogazioni”) “constituem o instrumento mais simples e mais freqüente mediante o qual os parlamentos buscam esclarecimentos ou notícias sobre a atuação do governo e da administração: podem ser orais ou escritas, segundo se exige do ministro ou do governo resposta oral ou escrita. De regra não implicam manifestação de um voto como conclusão do procedimento. . . Na prática as questões têm o fim, não tanto de conhecer fatos, já notórios, quanto de evidenciar situações que merecem a atenção do governo e da opinião pública” (21).

(19) *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, 1973, p. 305.

(20) *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, tomo II, 2ª ed. 1980, pp. 1.215 e 1.241.

(21) *Diritto Costituzionale Comparato*, 1981, pp. 334-335.



No ordenamento francês os membros do Parlamento propõem questões ao Primeiro-Ministro, remetidas pelo presidente da Câmara a que pertencem, sobre problemas de política geral ou de setores da administração; cada ministro ou secretário de estado responde pessoalmente ao autor das questões. As questões escritas e orais são publicadas no jornal oficial dos debates da Câmara.

Para as questões orais a Constituição de 1958 previu uma sessão por semana (art. 28); subdividem-se em três tipos: questões orais simples, questões orais com debate e questões de atualidade. As questões orais simples, frequentes, permitem que o parlamentar efetue uma exposição de cinco minutos, seguida de resposta do representante do governo e debate entre os dois<sup>(22)</sup>. As questões orais com debate possibilitam discussão parlamentar sobre um problema, o que por vezes acarreta situação constrangedora ao governo, embora não ensejem emissão de voto. As questões de atualidade, criadas em 1969 e modificadas em 1974, têm o seguinte procedimento: a sessão semanal de questões, uma hora é reservada para essas questões, que os parlamentares podem apresentar ao governo alguns dias antes da sessão e até às 14 horas do dia em que se realiza; o Primeiro-Ministro e os ministros interessados preparam suas respostas até à abertura da sessão, às 15 horas<sup>(23)</sup>.

As questões escritas não constituem objeto de exposição em sessão pública, mas são divulgadas no jornal oficial dos debates parlamentares; o governo responde da mesma forma, por meio de publicação nesse jornal; se as questões escritas não obtêm resposta nos prazos fixados, transformam-se em questões orais; se estas, primitivamente escritas, não recebem resposta satisfatória, podem tornar-se questões orais com debate; se estas não são adequadamente explicitadas, existe a possibilidade de se transformarem em moção de censura<sup>(24)</sup>. No entendimento de CADART, essa técnica de controle configura, para os parlamentares e para os cidadãos, fonte de esclarecimentos de grande valor; mesmo desprovidas de voto podem ser arma extremamente eficaz de controle do governo<sup>(25)</sup>.

b) Comunicações de documentos — A legislação francesa impõe ao governo numerosas e permanentes comunicações ao Parlamento, sobretudo

---

(22) CADART, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, tomo II, 2ª ed., 1980, p. 1.185. Esse autor observa que se os parlamentares quisessem, como na Inglaterra, utilizar ao máximo esse procedimento, poderiam controlar mais seriamente o governo, propondo questões difíceis e constrangedoras (p. 1.185).

(23) CADART, op. cit., p. 1.187.

(24) CADART, op. cit., p. 1.189.

(25) Op. cit., pp. 1.189 e 1.190. O Conselho Constitucional Francês, em 1959, proibiu qualquer tipo de deliberação, resolução ou mesmo recomendação nas questões ou debates de qualquer tipo, para não haver confusão com a moção de censura.

de matéria financeira e econômica; tais comunicações são remetidas ao presidente de cada Câmara ou às comissões competentes, especialmente para permitir a verificação das contas das empresas estatais <sup>(26)</sup>.

c) Autorizações e aprovações diversas — Embora consagrados doutrinadores <sup>(27)</sup> não incluam entre as técnicas de controle parlamentar as autorizações e aprovações, entendemos que tais manifestações detêm as características da atividade de controle, pois implicam exame ou verificação de legalidade ou mérito de atos ou medidas a serem ou já adotadas pelo Executivo, acarretam impedimento de eficácia ou revogação, caso o Parlamento negue anuência <sup>(28)</sup>.

No ordenamento francês a declaração de guerra e a vigência de tratados dependem de manifestação favorável do Parlamento.

d) Comissões de inquérito e de controle — No entendimento de CADART <sup>(29)</sup> e DEBBASCH <sup>(30)</sup>, as comissões propiciam ao Parlamento seu principal instrumento de controle, depois do procedimento da responsabilidade do governo. As comissões de inquérito formam-se com a finalidade de investigar fatos determinados e submeter suas conclusões ao plenário; as comissões de controle destinam-se a examinar a gestão dos serviços públicos e das empresas estatais; têm duração limitada a seis meses; seus debates são secretos; não podem constituir-se para investigar matéria *sub judice* e devem ser dissolvidas se advier ação judicial a respeito de fatos que originaram sua formação; podem sancionar com multa o não-comparecimento de pessoas convocadas, o falso testemunho e o suborno de testemunhas; somente a Câmara a que pertencem pode decidir a divulgação de seu relatório, se, no entanto, realizar debates sobre as conclusões <sup>(31)</sup>.

e) Delegações parlamentares — Segundo CADART, desde 1974 outra instituição assegura também a missão de controle do Parlamento: “as delegações parlamentares, criadas por leis especiais e incumbidas de acompanhar certas questões importantes para o Parlamento e de informar com muita exatidão as Câmaras sobre tais matérias”; o mesmo autor exemplifica com a delegação parlamentar para a radiodifusão televisão francesa (órgão misto com relatores gerais e especiais das comissões de finanças das duas Câma-

(26) CADART, op. cit., p. 1.193.

(27) Como por exemplo, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 1983, pp. 154-160; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Diritto Costituzionale Comparato*, 1981, pp. 331-344.

(28) HELY LOPES MEIRELLES inclui as autorizações e aprovações a atos do Executivo entre as funções de controle do Legislativo (cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1986, p. 602).

(29) Op. cit., p. 1.197.

(30) *Science Administrative*, 1976, p. 634.

(31) CADART, op. cit., pp. 1.199-1.200.

ras, relatores das comissões de assuntos culturais, cinco deputados e três senadores) e com as duas delegações distintas das duas Casas para as Comunidades Européias <sup>(32)</sup>.

f) Controle da aplicação das leis — Com o surgimento dos regulamentos autônomos na Constituição de 1958, e sua ampla utilização pelo governo, passou a ocorrer atrasos ou omissões na publicação de decretos de aplicação das leis, com o conseqüente protesto da população e preocupação do Parlamento. A partir de 1972 o Senado organizou um sistema de controle da aplicação das leis com a finalidade não somente de acelerar a publicação dos decretos regulamentadores, mas de obter redação adequada; a Mesa do Senado coordena esse controle; na abertura de cada sessão legislativa é apresentado um balanço da ação governamental no âmbito da aplicação dos textos legislativos; cada presidente de comissão permanente, com o auxílio de assessores, realiza estudo minucioso da aplicação dos textos da matéria de sua competência; a comissão examina as conclusões desse estudo e propõe as medidas consideradas úteis; questão oral com debate, questão escrita, carta ao ministro competente; essas conclusões e propostas são integralmente publicadas no boletim de informações rápidas do Senado <sup>(33)</sup>.

Embora o ordenamento propicie ao Parlamento meios variados de controle da administração, BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER <sup>(34)</sup> e ainda JEAN WALINE <sup>(35)</sup> referem-se à ineficácia ou fragilidade da fiscalização parlamentar na França. Conforme os três primeiros, com exceção das gestões individuais dos parlamentares em favor de seus eleitores, “todos os meios de controle são pouco utilizados e pouco eficazes; as duas Casas que formam o Parlamento não dispõem de tempo nem de facilidades práticas, nem de meios jurídicos de exercer controle aprofundado e permanente sobre os serviços e os funcionários”.

## 5. O controle parlamentar na Inglaterra

No entender de BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, a ação do Parlamento britânico no controle da administração reveste-se de maior força que na França. Vários meios propiciam essa atuação.

a) Questões — No sistema inglês de controle parlamentar aparecem muito utilizadas as questões cujas normas principais são as seguintes: o parlamentar que pretenda apresentar questão deve informar o seu conteúdo à presidência da Casa; os textos das questões são impressos e distribuídos

(32) Op. cit., pp. 1.200-1.201.

(33) CADART, op. cit., pp. 1.204-1.205.

(34) *Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, 1973, p. 303.

(35) *L'évolutions du Contrôle de l'Administration depuis un Siècle, Revue du Droit Public et de la Science Politique*, set./out., 1984, pp. 1.347 e 1.349.

aos parlamentares; ao governo se concede o mínimo de dois dias para responder; respostas escritas são preferidas para questões que dizem respeito a casos individuais ou minúcias administrativas; para as questões orais é reservada uma hora em cada sessão, e em duas sessões por semana uma parte do tempo é destinada às respostas dadas pelo Primeiro-Ministro; é prevista a possibilidade de pedido de esclarecimentos suplementares e quando o autor da questão não se dá por satisfeito, há a remota possibilidade de um futuro debate<sup>(36)</sup>.

Na apreciação de H. W. CLARKE, esse período de uma hora em cada sessão, conhecido como "question time", é um dos mais populares e importantes aspectos do funcionamento do Legislativo<sup>(37)</sup>. Segundo DE VERGOTTINI, no ordenamento inglês as questões com resposta oral são consideradas um dos mais importantes mecanismos de verificação do comportamento do governo de que dispõe a oposição, também pela ressonância atribuída às respostas do governo sobre as questões mais significativas<sup>(38)</sup>.

b) Comissões de inquérito ("Tribunais of inquiry") — Previstas em lei de 1921, formam-se por decisão das duas casas do Parlamento, têm amplos poderes de investigação e cuidam de assuntos de premente interesse público<sup>(39)</sup>. São integradas, em geral, por pessoas não vinculadas ao Parlamento, por este designadas e presididas por magistrado da Corte Suprema; dispõem de fortes poderes de instrução, sobretudo no tocante ao comparecimento de testemunhas e obtenção de documentos; no final dos trabalhos redigem relatório, a que submetem ao Parlamento<sup>(40)</sup>.

c) Comissões especializadas ("Select committees") — Destinam-se a examinar determinada matéria para relatar à Casa; compõem-se em geral, de quinze membros, número menor que o das comissões permanentes (de vinte a cinquenta membros); têm poder de convocar testemunhas e de requerer apresentação de documentos: um novo tipo de comissão especializada criou-se em 1966, ante críticas de ineficácia do poder de Parlamento de controlar a carência de informações devidas pelo Executivo; sua finalidade consiste em verificar atividades de determinado serviço, com poder para convidar o Ministro competente a prestar esclarecimentos, relatando, depois, à Casa; no princípio formaram-se comissões para agricultura, ciência e tecnologia e educação<sup>(41)</sup>.

---

(36) DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, 1981, p. 335.

(37) *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1971, p. 54.

(38) Op. cit., p. 335.

(39) NEIL HAWKE, *An Introduction to Administrative Law*, Oxford, 1984, p. 24.

(40) BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER — *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, 1973, pp. 303-304.

(41) H. W. CLARKE, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1971, p. 38.

Três comissões especializadas tornaram-se conhecidas:

— Comissão de Contas Públicas (“The Public Accounts Committee”) — Criada em 1861, compõe-se de quinze membros designados em cada sessão legislativa pela Câmara dos Comuns, sendo praxe indicar proeminente membro da oposição para presidi-la; é auxiliada pelo “Comptroller and Auditor-General” e por altos funcionários do Tesouro; tem poderes para interrogar funcionários e convocar para exibição de documentos. Compete-lhe não somente examinar a regularidade da despesa, mas investigar falhas ou negligências administrativas causadoras de desperdício de recursos públicos. Em muitos casos o relatório que elabora acarreta atuação do Tesouro, para aplicar recomendações indicadas e debates na Câmara dos Comuns (42).

— Comissão das Estatais (“The Select Committee on Nationalised Industries”) — Compõe-se de doze membros e tem por finalidade verificar relatórios e contas de empresas estatais cuja diretoria foi designada por ministros e cujos recursos não são total ou especialmente votados pelo Parlamento ou liberados pelo Tesouro; pode interrogar empregados ou diretores das estatais, com assistência de pessoas dotadas de conhecimentos especializados: quando os recursos das estatais são votados pelo Parlamento seu orçamento é verificado pela Comissão de Orçamento e suas contas pela Comissão de Contas Públicas (43).

O terceiro tipo de comissão realiza controle de especial relevo.

d) Controle da legislação delegada — Estabelecido por lei de 1946 (“Statutory Instruments Act”), confere ao Parlamento direito de vigilância sobre regulamentos editados pelo Executivo para a execução das leis (44).

De regra os atos de aplicação de leis devem receber aprovação prévia do Parlamento, salvo em alguns casos de regulamentos ou ordens de compras obrigatórias previamente discutidos; esse controle ocorre também por meio de investigações sobre atos editados pelo Executivo em aplicação de leis, para dar ciência ao Parlamento de qualquer assunto de interesse, em especial quanto a atos do Executivo não claramente definidos ou que podem atribuir, indevidamente, amplos poderes a órgãos administrativos; esse controle é realizado principalmente por Comissão Especializada Conjunta de Instrumentos Legais (integrantes da Câmara dos Comuns e da Câmara dos Lordes), Comissão Especializada de Instrumentos Legais da

---

(42) H. W. CLARKE, op. cit., p. 79.

(43) H. W. CLARKE, op. cit., p. 152.

(44) BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, 1973, p. 304.

Câmara dos Comuns, Comissão Especializada de Instrumentos Legais da Câmara dos Lordes; tais comissões examinam projetos de regulamentos quando houver essa exigência (45).

## 6. O controle parlamentar nos Estados Unidos

Na afirmação de BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, o “Congresso americano dispõe de poderes de controle sobre a administração mais importante ainda que o Parlamento britânico” (46). Alguns mecanismos de controle inserem-se na chamada “colaboração dos poderes” e foram sendo consolidados com o tempo, configurando verdadeiros costumes constitucionais, porque não previstos expressamente na Constituição, embora nela tenham base (47). Os meios seguintes aparecem arrolados pela doutrina:

a) Aprovação do Senado de nomeações do Presidente da República para funções públicas federais — A nomeação de titulares de funções públicas federais cabe ao Presidente da República, mas com a aprovação do Senado, por maioria simples; na realidade o Senado delega ao Presidente, secretários e outras autoridades administrativas o poder de nomear funcionários de grau inferior na hierarquia, participando da nomeação discricionária dos funcionários federais de grau superior; há, no entanto, praxes no procedimento de nomeação que distorcem a realização de um verdadeiro controle; embora a possibilidade de rejeição de nomes exista, sua proporção tem se revelado mínima; o Senado, em geral, deixa ao Presidente liberdade quase completa de nomear; em troca, o Presidente consente que os Senadores de cada Estado escolham titulares de funções federais que exercerão atividades nesse Estado (48).

b) Aprovação de tratados internacionais e da nomeação de embaixadores — Os tratados internacionais são negociados e assinados pelo Presidente da República; os mais importantes devem ser aprovados pelo Senado, pela maioria de dois terços; esse poder do Senado fica reforçado pela aprovação da nomeação de embaixadores; assim, o Presidente da República procura associar os Senadores, mesmo da oposição, às negociações internacionais (49).

c) Comissões permanentes (“Standing Committees”) — Tais comissões não se limitam, no congresso dos Estados Unidos, a atividades preparatórias de discussão de projetos de lei pelo plenário, mas estendem-se

(45) NEIL HAWKE, *An Introduction to Administrative Law*, Oxford, 1984, p. 113.

(46) *Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, 1973, p. 304.

(47) CADART, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, vol. I, Paris, 1979, p. 476.

(48) CADART, *op. cit.*, pp. 483, 513 e 515.

(49) CADART, *op. cit.*, pp. 484 e 508.

à manutenção de vínculo estável e contínuo com o Executivo<sup>(60)</sup>; são dotadas de certos poderes de investigação, tendo “o direito” de convocar funcionários para lhes pedir opinião sobre projetos de lei em discussão ou explicações sobre atividades de seu órgão”<sup>(61)</sup>. Segundo BURDEAU esse modo de atuar acarretou o comparecimento de funcionário às comissões antes de eventual convocação ou da emissão de parecer, para explicar projetos relativos a atividades desempenhadas por seus órgãos, desse modo, estreito contato entre funcionários do Executivo e comissões<sup>(62)</sup>.

d) Comissões de Inquérito (“Investigating Committees”) — O poder de investigação assume relevância expressiva na atuação das Comissões de Inquérito das duas Câmaras. “Criadas para diversas finalidades, freqüentemente têm a ocasião de controlar a atividade da administração, nas hipóteses de um escândalo, uma catástrofe, um mal-estar na opinião pública, reclamações dos cidadãos ou ainda o exame da aplicação de uma lei ou um conjunto de leis”<sup>(63)</sup>. No desenvolvimento de suas atividades as comissões de inquérito podem interrogar membros do governo, convocar para depor qualquer pessoa, funcionário ou não, sob pena de sanções semelhantes às judiciárias, que lhes competem aplicar; podem, ainda, ter vista de documentos e processos, que tramitam na Administração, salvo aqueles que o Presidente da República considere secretos. A doutrina que estuda o tema refere-se em geral ao inquérito relativo ao caso “Watergate” que acarretou a demissão do Presidente Nixon em agosto de 1974, pois a Comissão Judiciária da Câmara recomendou o “impeachment”. No procedimento do “impeachment”, as Comissões realizam investigações preliminares<sup>(64)</sup>.

e) Poder “de bolsa” — É a denominação conferida por DEBBASCH à possibilidade de que é dotado o Congresso norte-americano de perturbar ou mesmo paralisar a ação de setores da Administração pública limitando determinados créditos que lhes eram destinados; quando diversos chefes de serviço ou mesmo altas autoridades administrativas comparecem perante as comissões para justificar seus pedidos de créditos, estas ou mesmo o Congresso podem condicionar o parecer positivo ou a aprovação à tomada de medidas pelo Executivo<sup>(65)</sup>. Não se trata de votação da peça orça-

(60) DE VERGOTTINI, *Dritto Costituzionale Comparato*, 1981, p. 339.

(61) BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, 1973, p. 304.

(62) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1977, p. 297.

(63) BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, 1973, p. 305.

(64) Da mesma forma que a moção de censura nos regimes parlamentaristas, o “impeachment” não visa ao controle direto da atividade administrativa cotidiana, não cabendo, portanto, seu estudo nesse trabalho, inclusive pela raridade de sua prática.

(65) *Science Administrative*, 1976, p. 639.

mentária como um todo, mas da aprovação de determinados créditos alocados a finalidades específicas.

## 7. O controle parlamentar no Brasil

No estudo do controle parlamentar da Administração no ordenamento brasileiro, deixarão de ser examinados os institutos do "impeachment" em nível federal e estadual e o da responsabilidade político-administrativa de Prefeitos, em nível municipal. Tais institutos, como já se observou no tocante à moção de censura na França e ao "impeachment" nos Estados Unidos, a par do caráter eminentemente político, afetam os níveis mais altos do Executivo (Chefe do Governo ou Presidente da República, Ministros, Governadores dos Estados e Prefeitos) e caracterizam-se também pela raridade de utilização, considerando-se sobretudo o "impeachment" "peça de museu", como afirma MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>(56)</sup>. Aliás reina divergência na doutrina quanto à inclusão de referidos "institutos dentre os meios de controle parlamentar da Administração; assim, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>(57)</sup>, HELY LOPES MEIRELLES<sup>(58)</sup> e KARL LOEWENSTEIN<sup>(59)</sup> arrolam, os dois primeiros, o "impeachment" e a responsabilidade político administrativa de Prefeitos e o terceiro, o "impeachment" e a moção de censura dos regimes parlamentaristas entre as formas de controle do Legislativo sobre o Executivo; JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>(60)</sup>, BERNARD SCHWARTZ<sup>(61)</sup> e BRAIBANT, QUESTIAUX e WIENER<sup>(62)</sup> não mencionam o "impeachment" como forma de controle parlamentar da Administração<sup>(63)</sup>.

Serão somente os meios que visam mais imediatamente à atividade da administração.

a) Pedidos escritos de informação — No âmbito federal, os Deputados e Senadores poderão solicitar informações escritas aos Ministros de Estado, a serem encaminhadas pela Mesa da Câmara e do Senado, importando

(56) *Curso de Direito Constitucional*, 1983, p. 160.

(57) *Op. cit.*, p. 155.

(58) *Dirito Administrativo Brasileiro*, 1986, p. 603 e *Dirito Municipal Brasileiro*, 1985, p. 447.

(59) *Teoria de la Constitución*, trad. espanhola, 1970, pp. 263-267.

(60) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1985, p. 84.

(61) *Dirito Constitucional Americano*, 1966, pp. 96-107.

(62) *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, pp. 304-305.

(63) O "impeachment" vem previsto na Constituição de 1988, nos arts. 51, I e 52, I. A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, disciplina o procedimento dispondo também sobre o "impeachment" de Governador de Estado. A responsabilidade político-administrativa de Prefeitos é regulada pelo Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, arts. 4º e 5º



crime de responsabilidade a recusa ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas (art. 50, § 2.º, da Constituição Federal de 1988). Dispositivos semelhantes, para autoridades dos respectivos níveis, encontram-se nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios.

Em âmbito municipal o desatendimento a pedido de informação vem arrolado pelo Decreto-Lei n.º 201/67 como infração político-administrativa passível de processo de cassação de mandato do Prefeito pela Câmara Municipal. Evidente, no entanto, que nem em âmbito federal, estadual ou municipal o não-atendimento a pedido de informação de parlamentar, na prática, acarreta qualquer tipo de sanção, ficando na dependência da diretriz seguida pelo Chefe do Executivo ou auxiliares no trato com o Legislativo.

b) Convocação para comparecimento — A Constituição Federal determina o comparecimento obrigatório de Ministros de Estado perante a Câmara dos Deputados, o Senado ou qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre assuntos previamente determinados; a falta de comparecimento, sem justificação, importa crime de responsabilidade.

(Art. 50) — As Constituições dos Estados e Leis Orgânicas Municipais contêm dispositivos de igual teor, configurando também crime de responsabilidade o não-comparecimento de Secretários de Estados perante Assembléias Legislativas (Lei n.º 1.079/50, art. 74) e infração político-administrativa o não-comparecimento de Secretários Municipais (Decreto-Lei n.º 201/67, art. 4.º, inciso III). Na prática, pouco tem sido utilizado esse meio, de regra por não se obter facilmente o *quorum* necessário à convocação, ante pressões do Executivo por meio de suas lideranças.

c) Fiscalização de atos da administração direta e indireta — Para o nível federal a Constituição de 1968 prevê, entre as atribuições do Congresso Nacional, “fiscalizar e controlar, diretamente ou por meio de qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (art. 48, item X). A Constituição de 1969 continha dispositivo semelhante, no art. 45; segundo esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o texto foi acrescentado primitivamente como parágrafo único do art. 65 da Constituição de 1946, pela Emenda Constitucional n.º 17, de 26 de novembro de 1965<sup>(64)</sup>. Dezenove anos depois foi promulgada a Lei n.º 7.295, de 19 de novembro de 1984, regulamentando o preceito. O art. 1.º prevê fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado dos atos do Poder Executivo, inclusive da administração indireta, sem prejuízo da fiscalização exercida, com fundamento em outros artigos da Constituição.

As principais disposições da mencionada lei são as seguintes: a) fiscalização exercida sobre atos de gestão administrativa da administração direta

(64) *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol. 1977, p. 243.

e indireta, incluídas as fundações governamentais no âmbito desta; b) competência do Senado para fiscalização dos atos do Poder Executivo do Distrito Federal; c) fiscalização exercida de modo geral e permanente; d) iniciativa de qualquer membro do Congresso Nacional para acionar a fiscalização; e) duas Comissões Permanentes, uma do Senado e outra da Câmara dos Deputados, denominadas Comissões de Fiscalização e Controle, são órgãos incumbidos da fiscalização; f) cada uma das Mesas das Casas do Congresso fixa o número de integrantes da Comissão, obedecendo, na sua composição, ao critério da proporcionalidade partidária; g) os poderes das duas Comissões de Fiscalização e Controle por meio das respectivas Mesas, que se dirigirão, por sua vez, à Presidência da República, são os seguintes: I — solicitar convocação de Ministros de Estado e dirigentes de entidades da administração indireta; II — solicitar, por escrito, informações à administração direta e à indireta sobre matéria sujeita à fiscalização; III — requisitar documentos públicos necessários à elucidação de fato, objeto da fiscalização; IV — providenciar a realização de perícias e diligências; h) ao concluir fiscalização sobre determinada matéria, a Comissão elaborará relatório, com indicação, se for o caso, dos responsáveis e das providências cabíveis, devendo manifestar-se sobre o mesmo, por maioria de votos, a respectiva Casa do Congresso; i) a matéria objeto de apuração por Comissão fica excluída de apuração simultânea por qualquer instância administrativa.

Ressalte-se quanto a esse texto, em primeiro lugar, a preocupação com o controle dos atos que não envolvam escolhas políticas, ante a expressão “atos de gestão administrativa”, embora a Constituição Federal (1988) não restrinja o âmbito da fiscalização, pois menciona “atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta”. Observe-se, a propósito da expressão contida na lei, que hoje caiu em desuso a antiga classificação dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão, e que não se encontra na doutrina explicação sobre o significado de “atos de gestão administrativa”; deduz-se que o legislador, preocupado com o princípio da independência e harmonia dos Poderes, pretendeu deixar evidente, ao empregar esta expressão, que o Legislativo exerceria controle somente sobre atos da rotina administrativa, não sobre atos que expressassem escolhas ou diretrizes políticas, perdendo-se, deste modo, excelente ocasião de, ao menos, propiciar debates ou estudos sobre o mérito de várias medidas fundamentais a todo o País.

Outro aspecto a salientar diz respeito à fiscalização das entidades da administração indireta, incluídas as fundações governamentais, como nota MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ao afirmar: “O cerne está em prever fiscalização parlamentar da administração descentralizada (como dizia o texto promulgado em 1967), da administração indireta (como reza a Emenda n.º 1); não raro, sonegaram-se os atos dessa administração indireta à fiscalização parlamentar sob a alegação de que, tendo as entidades que a desempenham personalidade jurídica própria, distinta do Estado, está

fora do alcance do controle parlamentar que só abrangeria a atividade direta e centralizada do Estado" (65).

Também deve ser observado que a fiscalização exercida por meio das Comissões referidas realiza-se sem prejuízo do controle exercido com base em outros dispositivos constitucionais; por exemplo, os pedidos de informação podem ser efetuados diretamente pelo parlamentar, via Mesa da Casa ou por meio da Comissão de Fiscalização e Controle da respectiva Casa.

Por fim, ressalte-se que as atividades da Comissão de Fiscalização e Controle para verificar determinada matéria culminam com a elaboração de relatório circunstanciado, com indicação dos responsáveis e das providências cabíveis, seguindo-se manifestação do Plenário da respectiva Casa, por maioria de votos, ou seja, o Plenário aprovará ou não aprovará o relatório da Comissão, por maioria de votos, não prevendo a lei a seqüência do procedimento; o relatório é remetido à Presidência da República? Se medida alguma for adotada, quais as conseqüências? Deduz-se também que o único efeito de eventual aprovação de relatório da Comissão seja possível publicidade que a imprensa lhe dê.

As observações expendidas sobre o texto em si da Lei n.º 7.295/84 acrescentam-se ponderações sobre o efetivo desempenho da função de controle pelas referidas Comissões. Se na sua composição é obedecido o critério de proporcionalidade partidária, o partido majoritário na Câmara e no Senado, com certeza, exercerá ingerências para evitar determinadas atividades ou verificações das Comissões, inconvenientes ao Executivo. A maioria partidária interferirá também na manifestação do Plenário a respeito do relatório da Comissão, se houver relatório e se este conseguir chegar a essa fase. Prevalecem para a atividade das Comissões de Fiscalização e Controle as observações de DE VERGOTTINI sobre as comissões de inquérito, em que salienta a interferência da maioria em todas as fases do procedimento investigatório e na apreciação final em Plenário, o que impede que tais meios de controle possam realizar-se com eficácia (66), salvo acordo das minorias, o que é raro.

d) Comissões Parlamentares de Inquérito — Segundo ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "estas são comissões especiais e temporárias criadas para a apuração de fato ou fatos determinados. Constituem um recurso para tornar mais efetivo e rigoroso o controle, que é deferido aos parlamentares, sobre toda a máquina estatal" (67).

O art. 58, § 3.º, da Constituição Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, prevê a criação de comissões para apuração de fato determinado e por prazo certo; o mesmo dispositivo atribui a essas comissões poderes de investigação pró-

(65) *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol., 2ª ed., 1977, p. 244.

(66) *Diritto Costituzionale Comparato*, 1981, pp. 343-344.

(67) *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol., 2ª ed., 1977, p. 207.

prios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas.

Nas comissões parlamentares de Inquérito, como nas demais, deve-se observar o critério de representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (art. 58, 1.º).

As Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios prevêm, igualmente, a possibilidade de criação de comissões de inquérito. Normas relativas aos poderes e procedimento das Comissões Parlamentares de Inquérito, em âmbito federal, estão contidas na Lei n.º 1.579, de 18 de março de 1952.

Quanto aos poderes, o artigo 1.º da referida lei menciona ampla ação nas pesquisas destinadas à sua formação, especificando o art. 2.º tais faculdades: a) determinar diligências reputadas necessárias; b) requerer a convocação de Ministros de Estado; c) tomar depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais; d) requisitar, de repartições públicas e autárquicas, informações e documentos; e) transportar-se aos lugares onde se fizer mister sua presença.

No tocante ao procedimento, a Lei n.º 1.579/52 prevê a intimação de indiciados e testemunhas de acordo com os preceitos da legislação penal; o não-comparecimento, sem motivo justificado, acarretará intimação por meio de juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre a testemunha (art. 3.º e parágrafo único). Tendo em vista que a Constituição de 1988 atribuiu às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, os preceitos acima talvez não mais vigorem, pela desnecessidade de intermediações do Poder Judiciário para intimação de testemunha.

De acordo com o art. 5.º e 1.º da mesma lei, ao término das atividades as Comissões apresentarão relatório de seus trabalhos à respectiva Casa, com projeto de resolução. A Constituição de 1988 trouxe reforço às Comissões de Inquérito ao determinar o encaminhamento das conclusões, se for o caso, ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

A citada lei, em seu art. 4.º, caracteriza como crime o impedimento ou tentativa de impedimento, mediante violência ou ameaça da regular atuação de Comissão Parlamentar de Inquérito ou do livre exercício das atribuições de qualquer dos membros, assim como o oferecimento de afirmações falsas, a negação ou silêncio da verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete.

Como se verifica, as disposições legais referentes às Comissões de Inquérito propiciam meios para que o Legislativo realize controle sobre determinadas atuações da Administração Pública, sobretudo escândalos

administrativos ou financeiros fartamente noticiados pela imprensa. Mas permanece tradição de inoperância, inocuidade, inutilidade dessas Comissões, encaradas com ceticismo quando formadas, diferentemente da reputação desfrutada pelas comissões de inquérito norte-americanas, de modo geral.

e) Aprovações e autorizações do Executivo — Algumas decisões do Executivo dependem de manifestação favorável do Congresso para produzir efeitos ou tornarem-se válidas. A Constituição de 1988 ampliou o número de atos vinculados à manifestação do Legislativo Federal, o que também reforça a fiscalização sobre o Executivo. Assim, cabe ao Congresso Nacional: a) aprovação de tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I); b) autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nela permaneçam temporariamente (art. 49, II); c) aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio ou suspender qualquer uma dessas medidas (art. 49, IV); d) aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares (art. 49, XIV); e) apreciar atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (art. 49, XII); f) aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (art. 49, XVII).

De muito relevo, se for colocada em prática pelos parlamentares, a competência atribuída ao Congresso de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V).

Fiscalização do Senado pode ser exercida sobre várias medidas que a União e mesmo Estados e Municípios pretendam adotar; assim, o art. 52 da Constituição Federal atribui ao Senado Federal, entre outras, competência para: a) aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: magistrados, nos casos previstos; Ministros do Tribunal de Contas indicados pelo Presidente da República; Governador de Territórios; presidente e diretores do Banco Central; Procurador-Geral da República (art. 52, III); b) aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (IV); autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (V); dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal — são as empresas públicas e sociedades de economia mista — (VII); e) fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (VI); dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito

externo e interno (VIII); g) estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (IX); h) aprovar, por maioria absoluta ou por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (XI).

Em nível estadual e municipal aprovações e autorizações também são exigidas, ressaltando-se o grande número de medidas do Executivo que dependem de autorização das Câmaras municipais, no âmbito local, o que propicia melhor desempenho da função de controle.

Na prática, entretanto, até o presente verifica-se que o Legislativo dificilmente recusa aprovação ou autorização e no tocante a nomeações para cargos de relevo não se preocupa com a real aptidão da pessoa indicada, diversamente do que ocorre em outros ordenamentos, como Estados Unidos, por exemplo, em que se realiza verdadeira "sabatina" com o candidato. A Constituição de 1988 determinou expressamente arguição pública prévia à aprovação de nomes para determinados cargos e arguição secreta para outros. Espera-se que à atribuição de poderes de controle mais fortes ao Legislativo corresponda, na prática, atuação autêntica dos Parlamentares para que a fiscalização se realize.

f) Fiscalização financeira e orçamentária — De acordo com o art. 70 da Constituição Federal, ao Congresso Nacional compete a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da União mediante controle externo, o mesmo ocorrendo com os respectivos Legislativos em âmbito estadual e municipal. Essa função, tradicionalmente vinculada ao Poder Legislativo no mundo ocidental, é exercida com o auxílio do Tribunal de Contas.

## 8 — Aprimoramento do controle parlamentar

Como já se mencionou, impera descrédito geral quanto ao controle parlamentar sobre a administração. Se a crítica vem formulada em autores de países desenvolvidos para sua própria realidade, a questão torna-se mais acentuada nos países menos desenvolvidos. Parece registrar-se um círculo vicioso nas considerações sobre tal controle. Assim, o argentino AGUSTIN GORDILLO pondera que enquanto não existir parlamento forte não haverá controle parlamentar possível<sup>(68)</sup>. No Brasil, a deputada federal Elizabete Mendes de Oliveira (Bete Mendes), ao referir-se à questão da autonomia do Poder Legislativo, afirmou o seguinte: "Enquanto o Legislativo não tiver, como o Executivo e o Judiciário, a função de fiscalizar, . . . não será verdadeiramente autônomo"<sup>(69)</sup>.

Como aprimorar ou tornar efetivo o controle parlamentar?

(68) *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, 1981, p. 101.

(69) *Revista Desfile*, nº 210, março de 1987, p. 40.

DEBBASCH propõe a especialização de certos parlamentares nas funções de controle <sup>(70)</sup>.

JEAN WALINE afirma, visando ao regime de governo francês, que uma reforma destinada a assegurar controle parlamentar eficaz deveria prever a responsabilidade individual dos ministros por iniciativa da Assembléia Nacional ou do Parlamento <sup>(71)</sup>.

No Brasil, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, na obra *Democracia Possível*, publicada em 1972, depois de salientar a importância de um controle eficaz sobre o exercício do poder, propõe, paralelamente a cada nível de Governo, um órgão específico de controle, fornecido por pequeno número de representantes do eleitorado do grau correspondente: “esses representantes comporiam uma assembléia ou Câmara que periodicamente se reuniria, a fim de pedir contas ao Governo... Esse trabalho de controle importa igualmente uma tarefa de aprovação ou ratificação. Inúmeros atos, especialmente em matéria legislativa e de liberdade públicas, devem ter sua eficácia condicionada à manifestação do órgão de controle. (71 — pp. 106-107). Neste trabalho, o consagrado constitucionalista pátrio, na linha do pensamento de KARL LOEWENSTEIN, apresenta uma nova forma de separar os poderes, reservando um deles para a função de controle, nos termos acima descritos. Posteriormente, em 1979, o mesmo constitucionalista pátrio publicou obra denominada *A Reconstrução da Democracia*, em que seu pensamento apresenta novos contornos, atribuindo ao Parlamento o: “policy control”, que significa, “de modo geral, acompanhar, em nome e em lugar do povo, de modo imediato e rigoroso, o desempenho do Governo, de sua tarefa. Nele se impõe a crítica em profundidade, o oferecimento de alternativas, a discussão esclarecida dos grandes problemas nacionais” (p. 179). Para a realização de um controle eficiente, além de assessoria e outros meios, FERREIRA FILHO afirma a necessidade de estrutura adequada, propondo a composição do Parlamento em três câmaras, nos Estados federais, como o Brasil; à câmara política, integrada por representantes eleitos pelo povo “cumprirá a fiscalização da política do Governo, caber-lhe-á discutir o programa deste, em geral relativamente à sua adequação aos objetivos nacionais. Em particular, cada ato ou omissão praticado pelo Governo em sua atuação diuturna” (pp. 184-185).

A especialização da função de controle em câmara ou em comissões parece levar ao aprimoramento da função de controle. Resta, no entanto, mencionar que estruturas adequadas, assessorias competentes e outros meios, pouco fazem se os parlamentares não se concientizarem da necessidade de tornar efetivas e concretas as possibilidades de fiscalização que o ordenamento lhes confere, no interesse da coletividade que representam e que lhes deu votos.

(70) *Science Administrative*, 1976, pp. 632-633.

(71) *L'Evolution du Controle de l'Administration depuis un Siècle*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, set./out., 1984, p. 1.349.

# Observações sobre os Tribunais Regionais Federais

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Juiz do TRF da 1ª Região

## SUMÁRIO

*I — Reforma do Judiciário — Meios alternativos de solução de conflitos de interesses — Experiência norte-americana. II — Modelo americano — Justiça dual — “Tribunais constitucionais” e “Tribunais legislativos” — Os Juizes Federais e os U.S. District Courts — Os Tribunais Regionais Federais e os U.S. Courts of Appeals. III — Os órgãos da Justiça Federal — Competência originária e competência recursal dos Tribunais Regionais Federais. IV — A criação dos cinco Regionais — Composição — Regiões — A Resolução nº 1/88, do Tribunal Federal de Recursos — A Lei nº 7.727/89 — Regimento Interno do TRF da 1ª Região.*

### *I — Reforma do Judiciário — Meios alternativos de solução de conflitos de interesses — Experiência norte-americana*

Um país, como o Brasil, que está com sua população sempre em crescimento, demanda um número cada vez maior de órgãos judicantes. Os conflitos de interesses, à evidência, não só se avolumam com o aumento da população. Também aumentam com a maior complexidade da vida social. Mas o avanço demográfico é, sem dúvida alguma, o grande responsável pela exigência de maior contingente de magistrados<sup>(1)</sup>.

(1) Merece ser lido o “Comentário” de Antonio Brancaccio, Primeiro Presidente da Corte de Cassação da Itália, às conclusões das diversas comissões do “Simpósio Internacional sobre a Modernização da Justiça Federal Brasileira”, realizado em Belo Horizonte, MG, em março de 1988, sob os auspícios da ONU (PNUD).

Um dos expositores no referido Simpósio foi o Professor Luiz Olavo Baptista. Seu tema, “Formas alternativas de solução de disputas”. O professor da FADUSP nos coloca a par de que em 1983, nos Estados Unidos, num relatório do “National Institute for Dispute Resolution”, chegou-se à conclusão de que “a sociedade não pode apoiar-se exclusivamente nos tribunais para a solução de disputas. Outros mecanismos podem revelar-se superiores em várias controvérsias. Esses podem ser menos caros, mais rápidos, menos intimidantes, mais sensíveis às preocupações dos litigantes, e responder melhor a problemas subjacentes. Eles podem dispensar melhor a justiça, resultar em menos alienação, produzir a sensação de que a divergência foi efetivamente resolvida, e preencher uma necessidade das partes de manter o controle não entregando o caso aos advogados, aos juizes, e às complicações do sistema judicial”.

O expositor também levou ao conhecimento dos participantes do Simpósio que, à semelhança do que se deu na Universidade de Michigan (Ann Arbor),

(*Continua*)



Sensível à racionalização do serviço, a Constituição de 1988 alterou a estrutura do Poder Judiciário. A mudança, infelizmente, ficou mais centrada na área de segundo grau<sup>(2)</sup>. Uma reforma<sup>(3)</sup>, para tornar mais

(Continuação da nota 1)

criou-se na FADUSP um "Centro de Estudos da Negociação e Solução de Disputas".

A evidência, as soluções encontradas para o maior desafogo dos tribunais americanos não podem ser simplesmente copiadas por nós, brasileiros. Nossa cultura, nossa tradição, nossa raça, nosso clima e até mesmo nosso "sentimento jurídico" (*Rechtsgefühl*) são diferentes. Mas, nem por isso podemos deixar de aproveitar a experiência alienígena e procurar desenvolver instituições paralelas como solução alternativa para minorar a "crise do Judiciário".

De grande significação tem sido o emprego da "Informática" nos serviços dos órgãos do Judiciário. O Conselho da Justiça Federal aprovou, em 1989, um "Plano de Informatização da Justiça Federal", que val contribuir muito para a melhoria do atendimento das partes e mesmo para a aceleração da prestação jurisdicional. (Ver a entrevista do Ministro Washington Bollivar de Brito, presidente do STJ, no jornal *Diário de Pernambuco* de 3-3-90, por ocasião do encontro dos presidentes dos TRFs em Recife).

(2) Outro não é o entendimento do Ministro Moreira Alves, para quem a Constituição adotou poucas providências para melhorar o primeiro grau de jurisdição: "Basicamente duas: a criação de julgados especiais e a determinação de que os julgados de pequenas causas julgarão em grau único de jurisdição" (Poder Judiciário em "A Constituição Brasileira — 1988" — Forense Universitária — p. 204).

(3) Em 1975, o Ministro Djaci Falcão, na época presidente do STF, enviou ao Presidente da República o famoso "Diagnóstico do Supremo Tribunal Federal sobre a Reforma do Poder Judiciário". Tratava-se de estudo exaustivo, em 94 volumes, feita pela Comissão Especial composta pelos Ministros Thompson Flores, Rodrigues Alckmin e Xavier de Albuquerque. Esse estudo, o mais sério e capilar jamais feito no país, pois foram ouvidos, previamente, todos os segmentos sociais interessados, acabou por ter repercussões na legislação processual extravagante e, bem mais tarde, na própria Constituição de 1988.

No relativo à Justiça Federal, nenhuma das três "idéias" aventadas no Diagnóstico foi acolhida *in integrum*.

A primeira idéia consistia na criação de mais tribunais regionais federais de recursos. Essa hipótese foi prontamente rechaçada, uma vez que as "dissenções de interpretação" dos diversos tribunais acabariam por exigir a criação de uma corte superior para "unificar a jurisprudência".

A segunda idéia consistia no alargamento do então Tribunal Federal de Recursos, que teria um órgão (Conselho) para, em matéria de plenário (inconstitucionalidade de lei, disponibilidade e aposentadoria compulsória de juiz etc.), evitar a reunião de todos os juizes na mesma sessão.

A terceira variação era a de criar-se uma justiça federal em três graus, à semelhança da justiça eleitoral e da justiça trabalhista. A Constituição, como se sabe, não foi fiel a qualquer das três idéias.

Quanto às primeiras idéias relativas à regionalização da Justiça Federal, ver artigo doutrinário "Os Tribunais Federais e a Justiça Federal" do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, publicado na coletânea "A Constituição Brasileira — 1988" (Forense Universitária — p. 235).

rápida e eficaz a prestação jurisdicional, deve atingir também os juízes de primeiro grau, a própria legislação processual e ensejar a criação de órgãos parajudiciais (4).

---

(4) Diferentemente dos grandes sistemas jurídicos ligados à família romana, que procuram primar pelo cientificismo, o grupo anglo-americano tem cunho mais empírico. Vai sendo alargado segundo a lei da necessidade e da ocasião. Daí a dificuldade que nós, brasileiros, temos em compreender a organização judiciária norte-americana.

Embora o direito americano seja em muitos pontos bem diferenciado do direito inglês, cientificamente integra o grupo "anglo-americano".

Como esclarece René David em "Os grandes sistemas de direito comparado" (Meridiano, Ltda. — Lisboa — 2ª ed., p. 420) "os Estados Unidos continuaram a ser um país de *common law* no sentido de que aí se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família *common law* o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular".

Ainda na lição de René David ("Tratado de derecho civil comparado" — Ed. Rev. de Derecho Privado — Madrid — p. 286), "a diferença entre nossos Direitos e o Inglês está em que nós temos tido uma preocupação sistematizadora, de lógica, de ordenação e de racionalismo que não tem inspirado em igual grau nossos vizinhos ingleses".

Historicamente, como se sabe, a Federação americana resultou imediatamente de uma confederação débil. O Brasil, diferentemente, de Estado unitário se transformou, do dia para a noite, em federação. Em decorrência, a administração da justiça no Brasil é, no fundo, a mesma para toda e qualquer unidade federada. O mesmo não se deu com os diversos Estados-Membros da federação americana, onde cada um tem sua organização, com nomenclatura própria. Lá, o mais importante é oferecer serviço rápido, sem maior preocupação com seu encaixe sistemático, científico.

Desde 1958, por exemplo, a Filadélfia vem experimentando, com sucesso, o que lá se chama de "sistema não-judicial" (*non-court system*) de composição de conflitos de interesses. É uma espécie de nosso "juízo arbitral" (CFC, arts. 1.072/1.102). Um órgão — o *Arbitration Commissioners* — relaciona em ordem alfabética uma série de nomes de advogados que queiram fazer parte de um painel, composto de três membros. Tal junta decide casos diversos. Com isso, acaba-se por evitar o congestionamento maior das pautas dos tribunais convencionais. A decisão deste painel, é certo, não faz coisa julgada. Verificou-se, porém, estatisticamente, que apenas perto de 10% dos sucumbentes pedem um *de novo* nos tribunais oficiais.

A prática do americano não fica só nisso. Observa Henry J. Abraham em seu "*The judicial process*" (Oxford University Press — 5.ª edição, p. 147) que desde 1984 está em implantação nos Estados Unidos um "Sistema Nacional de Cortes Privadas". Um juiz togado, já aposentado, mediante contrato com as partes, usando vestes talares e rodeado dos advogados do autor e do réu, realiza a audiência privada, comprometendo e ouvindo formalmente testemunhas etc. Como se vê, é outro meio prático de fazer-se justiça mais rápida e barata.

Não se pode negar, é verdade, que foram dados passos importantes pelo constituinte de 1988. A Constituição, inspirada nos *small claim courts* <sup>(5)</sup> do direito norte-americano, atribuiu à União Federal e às entidades federadas a “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas” (art. 24, X), bem como abriu, pela primeira vez, a possibilidade de criação dos “juizados especiais” para o “julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, I).

A Constituição enumera os seguintes órgãos como integrantes do Poder Judiciário nacional:

- I — o Supremo Tribunal Federal;
- II — o Superior Tribunal de Justiça;
- III — os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV — os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V — os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI — os Tribunais e Juízes Militares;
- VII — os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Em relação à Carta de 1969, constituem inovações o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais Regionais Federais (TRFs). Outros órgãos, como o STF, tiveram suas competências alteradas.

O antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR), criado pela Constituição de 1946, se desdobrou, com modificações da competência, nos Tribunais Regionais Federais.

A Constituição, prevendo a maior ou menor carga de serviço, fixou o número mínimo de juízes dos Tribunais Regionais Federais: sete (art. 107).

Como todo tribunal de justiça comum, vale dizer, de “justiça não-especializada”, seja ele da União, dos Estados-Membros ou do Distrito

---

(5) Os *Courts of small claims*, como está a indicar o próprio nome, se ocupam de “pequenas pretensões”. Normalmente, são pendengas cíveis cujo valor pecuniário varia entre 150 dólares (Texas) a 3.000 dólares (Louisiana). O procedimento é bem simplificado, com ligeiros registros.

Ainda há uma velha e respeitada instituição, de origem anglo-saxónica (século XIV), que floresce em todas as unidades da federação americana: a Justiça de Paz.

Diferentemente de nosso “juiz de paz” (CF., art. 98, II), que se ocupa praticamente só da habilitação de casamentos e de pequenas conciliações “sem caráter jurisdicional”, o *Justice of the Peace* também pode, em nível mais baixo, resolver questões cíveis de pequeno valor (menos de 300 dólares) e mesmo certos tipos de contravenções penais (*misdemeanors*).

Federal e Territórios, os TRFs são formados de juizes de carreira (Juizes Federais), de membros do Ministério Público e de representantes da classe dos advogados (arts. 94, 104, I e II, 107, I e II, e 125, *caput*).

II — *Modelo americano — Justiça dual — “Tribunais constitucionais” e “Tribunais legislativos” — Os Juizes Federais e os U.S. District Courts — Os Tribunais Regionais Federais e os U.S. Courts of Appeals*

Como é sabido, a República brasileira, sobretudo por influência de Rui, procurou espelhar-se, ainda que de longe, na grande República dos Estados Unidos da América, que, à época (1889), já contava mais de cem anos de experiência político-administrativa.

Nosso Judiciário, com os percalços próprios de Estado unitário (Império), procurou tomar, ainda que simplificada, a organização federal americana como paradigma. O Governo Provisório baixou o Decreto n.º 848/1890 inspirado na Lei Orgânica do Judiciário norte-americano (*Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789). Além de criar o Supremo Tribunal Federal, instituiu a Justiça Federal, que passou a vicejar ao lado da justiça comum dos Estados-Membros. Mais tarde, a Justiça Federal foi extinta com o advento da Carta de 1937. Somente reapareceu, com novas feições, com a instalação do regime político-jurídico de 1964 (AI 2/65, art. 6.º, Lei n.º 5.010/66. CF/67, arts. 107, II, 116/119).

Como se disse, a República brasileira procurou seguir, ainda que de longe, a organização judiciária americana<sup>(6)</sup>. A par da justiça dos Estados-Membros criou-se a justiça da União.

Nos Estados Unidos, a justiça da União é altamente complexa, difícil de ser entendida até pelos próprios americanos<sup>(7)</sup>. Os doutrinadores estadunidenses costumam dizer que, de acordo com a “criação” ou de acordo com as “funções”, pode-se fazer uma dicotomia nos tribunais federais: os que foram criados pelo Congresso com fulcro no art. III, seção I, são os que eles denominam “tribunais constitucionais” (*constitutional courts*); e os que também foram criados pelo Congresso, mas com base no art. I, seção 8, cláusula 9 (*to constitute Tribunals inferior to the Supreme Court*),

---

(6) Quanto à influência do constitucionalismo norte-americano sobre o sistema constitucional brasileiro, ver as lições de C. A. Lúcio Bittencourt (“O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis” — Forense — 3ª ed., pp. 28 e seg.) e Jorge Miranda (“Manual de Direito Constitucional” — Coimbra Editora Ltda. — 3ª ed., vol. I, cap. VII).

(7) Henry J. Abraham, na obra citada, p. 148, observa que, em relação à variedade e à multiplicidade das cortes estaduais, as cortes federais “são prontamente mais compreensíveis e bem definidas”. “Todavia, existe mais coisa em relação à estrutura e à organização do sistema de tribunais federais do que aquilo que aparentemente se nos apresenta”.

são os “tribunais legislativos” (*legislative courts*)<sup>(8)</sup>. Esses últimos tribunais — “legislativos” — não têm atividade só jurisdicional. Têm, ainda, verdadeiras funções administrativas e, de certo modo, até mesmo legislativas. Suas decisões fazem coisa julgada<sup>(9)</sup>. Como exemplo de “tribunais legislativos”, podemos nomear o *U.S. Court of Military Appeals* e o *U.S. Tax Court*. Esse último tribunal, que se ocupa de causas tributárias, foi criado em 1924 como órgão do Poder Executivo (*U.S. Board of Tax Appeals*). Seus juízes são nomeados pelo Presidente da República e têm mandato de 15 anos. De regra, as audiências são presididas por um só magistrado<sup>(10)</sup>.

Os “tribunais constitucionais federais”, que nos interessam mais de perto, pois nos serviram de modelos, são: a Suprema Corte dos Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*), os Tribunais Regionais de Recursos (*U.S. Courts of Appeals*) e os Tribunais Distritais (*U.S. District Courts*). Todos eles tiveram por base o artigo III da Constituição, que cura especificamente do Poder Judiciário. Em decorrência, seus juízes são vitalícios<sup>(11)</sup> e não podem ter seus vencimentos reduzidos<sup>(12)</sup>.

O *Judiciary Act* de 1789, em sua seção 1, fixou em seis o número de juízes da Suprema Corte: um presidente (*chief justice*) e cinco juízes-membros (*associate justices*). Também estabeleceu, desde logo, o quórum (quatro juízes) para funcionamento da Corte, a ordem de antigüidade dos magistrados e até mesmo as datas dos inícios das duas temporadas anuais de atividades forenses. Criou os *inferior courts*: *District Courts* (treze) e *Circuit Courts* (três)<sup>(13)</sup>.

---

(8) A respeito da distinção entre os “tribunais constitucionais” e os “tribunais legislativos”, ver a lição de Laurence H. Tribe, professor da Harvard Law School, em “Constitutional choices” (Harvard University Press — pp. 84 e seg.). Embora suscintamente, ver Edward S. Corwin em “A Constituição norte-americana e seu significado atual” — Jorge Zahar — 1968 — p. 167.

(9) Henry J. Abraham, *ob. cit.*, p. 149.

(10) “The United States Courts, their jurisdictions and work”, por Joseph F. Spaniel, Jr. (Washington, D.C., 1982).

(11) O juiz de “tribunal constitucional”, é certo, também pode perder seu cargo através de “impeachment”. Os casos são raros. No tocante à Suprema Corte, já houve tentativas, como nos *affairs* Earl Warren e William Orville Douglas. Um dos poucos processos de “impeachment” que certamente chegaria a bom termo, mas foi abortado por pedido de exoneração, foi o de Abe Fortas. Descobriu-se que o *Justice* havia firmado um contrato de consultoria com a Wolfson Foundation (Ver Lawrence Baum, “The Supreme Court” — Cong. Quarterly Inc., 2nd ed., p. 66).

(12) Na seção I do artigo III da Constituição americana vêm expressas as garantias dos juízes: “*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, wich shall not be diminished during their Continuance in Office*”.

(13) “Documents of American history”, editado por Henry S. Commager — Appleton-Century-Crofts, Inc. — N. York — 6th ed., p. 153.

Com o correr do tempo, a Lei Orgânica de 1789 foi sendo alterada. Há muito a Suprema Corte é composta de um *chief* e de oito *associate justices*.

Logo após a promulgação da Constituição americana, discutiu-se se o Congresso poderia criar outros tribunais inferiores ou, então, se poderia “delegar” tal atribuição aos Estados-Membros. Hamilton propendia para essa última hipótese: a importância maior da Suprema Corte estava na uniformização da jurisprudência da justiça dos entes federados. Outro, porém, foi o ponto de vista de Madison: somente o Congresso poderia criar tribunais (federais) inferiores. Mais tarde, a própria Suprema Corte (Houston v. Moore, 5 Wheaton 1), como observa William Bennett Munro<sup>(14)</sup>, decidiu que o Congresso só podia estabelecer as competências para os tribunais que ele mesmo criasse. Os tribunais estaduais, já existentes ou a serem criados, ficavam com a competência genérica.

Nossos juízes federais têm conotação com os juízes dos *U.S. District Courts*. Existem cerca de 94 *District Courts*, com perto de 600 juízes. As causas decididas por esses tribunais, quando recorríveis, vão para os *U.S. Courts of Appeals*, que, *mutatis mutandis*, se assemelham a nossos atuais Tribunais Regionais Federais. Há 13 Regiões (*Circuits*) que abarcam todo o território americano, inclusive o de além mar. Tais tribunais de recursos recebem apelações não só dos *District Courts*, mas de outros “tribunais legislativos”. Em 1985, contavam tais cortes 168 juízes. A competência desses tribunais é só de segundo grau (*appellate jurisdiction*)<sup>(15)</sup>.

---

(14) “The government of the United States” — The MacMillan Company — N. York — 5th ed., p. 549.

(15) A Suprema Corte, diferentemente dos outros tribunais federais, tem também competência originária (*original jurisdiction*). Mas, a assunção jurisdicional direta, em primeira mão, é simplesmente inexpressiva. Para se ter uma idéia, em quase 200 anos de atividade judicante (1789/1985), apenas 156 casos ali foram apreciados originariamente.

Teoricamente, as disputas entre Estado-Membro e a União, ou entre os próprios Estados-Membros entre si, ou, ainda, entre um Estado-Membro e um organismo de direito público externo, são da competência originária da Suprema Corte. Mas, não há regra rígida. Muitas vezes, como se deu na disputa entre os Estados do Mississippi e de Arkansas — 415 U.S. 302 (1974) — a Suprema Corte tem autonomia legal para designar um juiz aposentado, de alta respeitabilidade, para colher as provas e fazer todo o relatório da causa. Comumente, embora nem sempre, a conclusão do nomeado é endossada pela Corte.

### III — Os órgãos da Justiça Federal — Competência originária e competência recursal dos Tribunais Regionais Federais

Na Seção IV do Capítulo II (“Do Poder Judiciário”), a Constituição brasileira se ocupa dos “Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais”, ou seja, da Justiça comum da União.

Diz o art. 106:

“São órgãos da Justiça Federal:

I — os Tribunais Regionais Federais;

II — os Juízes Federais.”

No art. 108, a Constituição, como faz com os tribunais de um modo geral, fixa a competência originária e a competência recursal dos TRFs.

Na organização judiciária brasileira os tribunais, como órgãos de segundo grau, não só têm competência revisora. Também têm competência de primeira mão, vale dizer “originária” (16).

Originariamente, os TRFs processam e julgam em crimes comuns ou de responsabilidade (funcional) os juízes da União que não tenham como juiz natural outro tribunal superior. Assim, os juízes federais, os juízes militares e os juízes do trabalho são julgados pelos TRFs. Igualmente, os membros do Ministério Público da União, com exceção do eleitoral, são julgados pelos Regionais.

Como todo tribunal, têm os TRFs competência para rever seus próprios acórdãos transitados em julgado (ações rescisórias e revisões criminais). Ainda originariamente, processam e julgam mandados de segurança, *habeas-data* e *habeas-corpus* contra atos de juízes federais e conflitos de competência instaurados entre juízes federais entre si ou entre juízes federais e juízes de Direito com competência federal ou, ainda, entre esses últimos entre si, desde que investidos constitucionalmente de atividade judicante federal.

A maior atividade judicante dos TRFs fica por conta da revisão das decisões dos juízes comuns da União, seja de juiz federal, seja de juiz de Direito com função federal. Com exceção das demandas envolvendo Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil, de outro, que têm no STJ sua instância *ad quem* (CF, art. 105, II, c), e dos “crimes políticos”, que têm o STF como revisor direto (CF, art. 102, II, b), os TRFs funcionam como tribunais de recursos das decisões de juízes federais e de juízes de Direito com atribuições federais comuns (CF, art. 108, II).

---

(16) Neste particular, os TRFs se afastam do modelo americano. Lá, os *U.S. Courts of Appeals* somente têm competência recursal. Consultar Bernard Schwartz em “Direito Constitucional Americano” (Forense — p. 164).

O mandado de injunção, criação da Constituição de 1988 (art. 5.º, LXXI), não é julgado pelos TRFs. Nos Projetos A (art. 132, I, c) e B (art. 144, I, c) da Constituição, os TRFs tinham competência para processar e julgar mandado de injunção. Essa competência era originária (ato próprio do tribunal) ou recursal (ato de juiz federal). Deliberadamente, porém, o Constituinte suprimiu tal competência, muito embora, no art. 105, I, alínea h, a Constituição, ao estabelecer a competência do STJ, ainda fale em “Justiça Federal” (17).

Os *habeas-corpus* denegatórios, julgados pelos TRFs, quer originária ou recursalmente, não findam nessas Cortes. A Constituição, em seu art. 105, II, a, dá competência ao STJ para, em recurso ordinário, fazer a respectiva revisão. Aliás, pela mesma razão política, a instância revisora não morre no STJ. O STF, por força do estatuído no art. 102, II, a, da Magna Carta, tem a palavra final no caso de o STJ ter denegado o *writ* (18).

A Constituição de 1988, com o propósito de desafogar os foros federais e, ao que parece, de também facilitar mais o acesso dos segurados ou de seus beneficiários à Justiça, diz no § 3.º do art. 109:

“Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. . .”

Uma interpretação ampliativa, sempre em prol do segurado ou de seu beneficiário (maior proximidade do órgão julgador), nos levaria a entender que “qualquer” ação proposta por essas pessoas em desfavor da Previdência, ainda que não tenha por objeto mediato um “benefício de natureza pecuniária”, poderia ser feita na vara estadual. Mas, tal interpretação acabaria por nos levar à contrariedade do próprio art. 109, inciso I.

(17) Ver nosso artigo doutrinário “Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão”, publicado na RDP 89/43 e na RP 49/21.

O Professor José Afonso da Silva em seu “Mandado de Injunção e Habeas Data” (RT-1989) tem outro entendimento. Defende a tese de que os juizes de primeiro grau têm competência “para o processo e julgamento do mandado de injunção, e o faz em caráter principal com relação à competência originária do STJ” (p. 38).

Efetivamente, se verdadeira essa premissa — de que os Juizes Federais têm competência para julgar mandado de injunção — os TRFs, por força do inciso II do art. 108 da Constituição, terão competência para julgar, em grau de recurso, os mandados de injunção decididos na primeira instância.

(18) No caso de *habeas-corpus* concessivo, o STJ será a última instância. Em decorrência, a matéria penal pode ficar com duas fontes jurisprudenciais diferentes: a do STF e a do STJ. Daí a observação judiciosa do Ministro Moreira Alves: “... ter-se-á que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça serão soberanos na interpretação da mesma legislação penal ou processual penal conforme se trate, respectivamente, de impugnação de decisão contrária ou favorável ao réu, o que, evidentemente, poderá dar margem a que um e outro interpretem diferentemente o mesmo dispositivo legal, sem possibilidade de uniformização, dada a soberania de suas interpretações” (ob. cit., p. 198).



Como exceção (subtração de competência), o § 3.º só pode ter interpretação restritiva. Por outro lado, o Constituinte, ao invés de usar termo mais amplo (“autor”, “requerente” etc.), lança mão de termo restritivo “segurado” ou “beneficiário”. Assim, a excepcionalidade da competência do foro estadual é a mesma da Carta velha (1969): somente as causas que tenham por objeto mediato benefícios de natureza pecuniária é que poderão ser aforadas perante o Juiz de Direito.

No antigo TFR surgiu, a princípio, divergência quanto à competência concorrente do juízo federal em relação ao juízo estadual. Em outras palavras: o segurado ou seu beneficiário, se sua comarca não fosse sede de vara federal, poderia ajuizar ação de natureza pecuniária em desfavor da previdência na capital de seu Estado, onde havia vara federal? Após incidente de uniformização de jurisprudência (Ag. 44.114-RN, relator designado o Ministro Assis Toledo) veio a lume a Súmula 252:

“O parágrafo 3.º do art. 125 da Constituição Federal institui hipótese de competência relativa, pelo que não elide a competência concorrente da Justiça Federal.”

Digno de registro, por seus argumentos, é o voto (vencido) do Ministro Carlos Thibau, proponente do incidente de uniformização: a competência *in casu* é funcional. Tem, pois, natureza absoluta. Se a regra constitucional (CF-69, art. 125, § 3.º) excepcionava, o juízo federal não poderia concorrer com o juízo estadual. Se não houvesse sede de vara federal na comarca do segurado não lhe era dado demandar a autarquia federal na vara federal. Só perante o Juiz de Direito.

Essa, sem dúvida alguma, é a melhor exegese. A razão primeira que levou os constituintes de 1969 e 1988 a atribuir competência à justiça estadual para processar e julgar pessoa federal foi o acúmulo de serviço nos juízos federais. No caso coincidia, ainda, a favor do segurado, o fato de ele ser domiciliado na comarca.

A Constituição, no § 3.º do art. 109, ainda com o escopo de aliviar a carga processual da Justiça Federal, autoriza a lei ordinária a atribuir competência à justiça dos Estados-Membros para julgar “outras causas”. Evidentemente, essa “delegação” não é um cheque em branco. A lei federal não pode, em obediência ao princípio maior do federalismo, tirar, sem mais nem menos, competência da Justiça Federal e passá-la para a justiça estadual. Isso seria inconstitucional.

A Lei n.º 5.010/66, que foi convalidada pela Constituição pelo fenômeno da recepção, já permitia, em seu art. 15, inciso I, fossem as execuções fiscais da União e de suas autarquias intentadas perante o Juiz de Direito “nas comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal”.

O TRF da 1.<sup>a</sup> Região tem, reiteradamente, entendido que, no caso de execução fiscal, a competência da justiça estadual é absoluta<sup>(19)</sup>. A Fazenda Pública (Fazenda Nacional e autarquias) não é dado optar pelo foro federal ou pelo foro estadual. O devedor fiscal, em ação de execução, só pode ser demandado em juízo federal se tiver seu domicílio na sede da vara federal. Caso contrário, a execução só pode ser proposta na comarca, vale dizer, perante o Juiz de Direito. Esse entendimento já havia sido cristalizado em Súmula do antigo TFR:

“A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal” (Verbete n.º 40).

A princípio, havia corrente no TFR no sentido de que cabia à Fazenda Pública Federal “escolher” qualquer dos foros, federal ou estadual, para ajuizar sua execução fiscal. A melhor exegese, porém, esteve com aqueles que entendiam que a competência, no caso de o devedor fiscal ser domiciliado em comarca onde não havia vara federal, era *absoluta*, podendo ser levantada de ofício. Nesse sentido decidiu o STF no RE 90.866-RJ, que teve como relator o Ministro Xavier de Albuquerque:

“Competência. Execução Fiscal da União contra devedor domiciliado em comarca do interior. Sendo competente para processá-lo e julgá-lo em primeira instância o juiz estadual, não pode a União optar por ajuizá-lo na capital do Estado perante a Justiça Federal. Interpretação do art. 126 da Constituição (1969). Recurso extraordinário não conhecido (RTJ n.º 91/351).”

#### IV — A criação dos cinco Regionais — Composição — Regiões — A Resolução n.º 1/88, do Tribunal Federal de Recursos — A Lei n.º 7.727/89 — Regimento Interno do TRF da 1.<sup>a</sup> Região

No § 6.º do art. 27 do ADCT, o constituinte de 1988 determinou a instalação, no prazo de seis meses da promulgação da Constituição, de cinco Tribunais Regionais Federais. Deu, diretamente, a atribuição ao então Tribunal Federal de Recursos para fixar-lhes a “jurisdição e sede”, “tendo em conta o número de processos e a sua localização geográfica”.

O TFR, então sob a presidência do Ministro Gueiros Leite, baixou a histórica Resolução n.º 1, de 6-10-88. Mais tarde, em 30-3-89, os cinco Regionais foram solenemente instalados, com a posse de seus 74 membros.

---

(19) Dezenas e dezenas de conflitos de competência têm sido julgados pelo Pleno (RITFR, art. 11, IV). Assim, os conflitos de números 89.01.119480-AM (rel. Juiz Leite Soares, DJU de 27-11-89, p. 15.105), 89.01.155460-AM (rel. Juiz Murat Valadares DJU de 18-12-89, p. 16.655), 89.01.105667-PA (rel. Juiz Vicente Leal, DJU de 5-2-90, p. 1.060), 89.01.139758-GO (rel. Juiz Fernando Gonçalves, DJU de 12-2-90, p. 1.646). Ainda o agravo de instrumento nº 89.01.99012-MT (rel. Juíza Eliana Calmon, DJU de 4-12-89, p. 15.698).

O TRF da 1.<sup>a</sup> Região, com sede em Brasília, compreende o Distrito Federal, os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Conta dezoito juízes: quatorze são oriundos da primeira instância federal, dois do Ministério Público Federal e dois da classe de advogados.

O TRF da 2.<sup>a</sup> Região, com sede na cidade do Rio de Janeiro, tem jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. É formado por quatorze magistrados, sendo onze de carreira, um do Ministério Público Federal e dois da classe dos advogados.

O TRF da 3.<sup>a</sup> Região, com sede na cidade de São Paulo, é composto de dezoito juízes. Sua jurisdição abarca os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Dos dezoito juízes, quatorze foram recrutados na primeira instância federal, dois na advocacia e dois no Ministério Público Federal. É um tribunal que, numericamente, já nasceu pequeno <sup>(20)</sup>.

A 4.<sup>a</sup> Região, sediada na cidade de Porto Alegre, abriga o TRF dos Estados sulinos: Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. É formado por quatorze juízes: onze de carreira, dois representantes da classe dos advogados e um representante do Ministério Público Federal.

O TRF da 5.<sup>a</sup> Região, com sede em Recife, engloba os Estados nordestinos: Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. É o menor, numericamente, dos Regionais: dez juízes. Oito são juízes de carreira, um da classe dos advogados e um do Ministério Público Federal.

Mais tarde, a Lei n.º 7.727, de 9-1-89, em seu art. 1.º, após fazer referência ao § 6.º do art. 27 do ADCT e à Resolução n.º 1, de 6-10-88, do Tribunal Federal de Recursos, dispôs sobre a composição inicial dos TRFs.

No seu art. 1.º, a lei fixou quantitativamente a composição de cada um dos Regionais. Atribuiu ao presidente do então TFR as respectivas instalações. Determinou, desde logo, que a presidência do Regional caberia ao juiz de carreira mais antigo, o qual permaneceria no cargo até que, de acordo com cada Regimento Interno (a ser elaborado em trinta dias) fosse empossado o presidente eleito pelo próprio colegiado (CF, art. 96, I, a).

No art. 4.º, § 1.º, a Lei 7.727/89 dispôs que o vice-presidente do regional exercerá, cumulativamente, as funções de corregedor da Justiça Federal (de primeira instância).

No art. 5.º, o mesmo diploma legal fala — o que é ocioso — que os “Tribunais Regionais Federais compor-se-ão de Turmas, que poderão ser

---

(20) O extinto TFR enviou para o TRF da 3.<sup>a</sup> Região cerca de 36.000 autos. Nesse último tribunal, até 12-3-90, já tinham sido distribuídos 52.743 processos.

agrupadas em Seções especializadas, conforme dispuser o Regimento Interno”.

Alguns Tribunais Regionais Federais, como o da 2.<sup>a</sup> Região, não especializaram suas Seções. O TRF da 1.<sup>a</sup> Região, ao contrário, optou pela especialização. Dispõe seu art. 2.º:

“O Tribunal funciona:

I — em Plenário;

II — em Seções especializadas;

III — em Turmas especializadas.”

O presidente e o vice-presidente do TRF da 1.<sup>a</sup> Região não integram Turma ou Seção (art. 3.º). Quatro são as Turmas, cada uma é composta de quatro juízes. Nas Turmas, só votam o relator e mais dois juízes, por ordem de antigüidade.

Duas são as Seções, cada uma formada por oito magistrados (duas Turmas). São, como as Turmas, presididas pelo juiz mais antigo.

Ainda de acordo com o Regimento Interno do TRF da 1.<sup>a</sup> Região (art. 10), há duas “áreas de especialização” em razão da matéria:

*Primeira Seção:*

I — servidores civis e militares;

II — licitação e concursos públicos;

III — nulidade ou anulabilidade de atos administrativos, salvo quando a matéria estiver expressamente prevista na competência da Segunda Seção;

IV — ensino;

V — inscrição e exercício profissionais;

VI — nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e a naturalização;

VII — benefícios previdenciários;

VIII — locação de imóveis;

IX — competência em matéria de família, sucessões e de registros públicos;

X — contratos e matéria de Direito Civil em geral;

XI — levantamento relativo a FGTS.

*Segunda Seção:*

I — tributos e preços públicos;

II — contribuições de qualquer natureza;

III — multas de qualquer natureza;

IV — direitos reais sobre coisa alheia;

V — desapropriações, diretas e indiretas;

VI — domínio e posse;

VII — propriedade industrial;

VIII — constituição, dissolução e liquidação de sociedades;

IX — responsabilidade civil.

À Segunda Seção incumbe, ainda, julgar a matéria penal em geral, ressalvados os casos de competência originária do Plenário.

Os TRFs, como já se falou, são compostos por juízes de carreira, por membros do Ministério Público Federal e por representantes da classe dos advogados.

O acesso de juízes federais ao TRF se faz por “promoção”. Essa promoção é alternada: uma vaga é preenchida pelo juiz mais antigo da Região (quando possível) e a vaga seguinte, por merecimento. Quem nomeia é o presidente da República.

Numa melhor exegese da dicção constitucional, entendemos que a primeira vaga deixada por um juiz federal do Tribunal deve ser preenchida por antigüidade: a Constituição fala, em primeiro lugar (art. 93, II; art. 106, II), em “antigüidade”, depois, então, em “merecimento”. É um critério, embora puramente tópico.

O juiz mais antigo pode ser recusado pelo voto de dois terços de todo o TRF (CF, art. 93, II, *d*).

O juiz, em princípio, para poder candidatar-se à promoção, deve ter pelo menos cinco anos de judicatura na primeira instância federal.

Hoje, a Constituição dá diretriz para se aferir o merecimento: “presteza e segurança no exercício da jurisdição” e “frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, II, c).

Quanto ao “quinto”, a Constituição exige tenha o candidato a figurar na lista sêxtupla, a ser elaborada pelo órgão da classe, pelo menos dez anos de atividade. Uma melhor interpretação dessa exigência nos leva ao entendimento de que o membro do Ministério Público ou o advogado deve estar no efetivo exercício de sua atividade específica. É de observar-se que a Constituição quer um corpo julgante já experiente nas atividades forenses. Do candidato à lista sêxtupla exige-se “notório saber jurídico e reputação ilibada”.

A Constituição, em seu art. 107, parágrafo único, prevê a “remoção ou permuta de juizes dos Tribunais Federais”. Esse dispositivo se harmoniza com o *caput* do artigo, que já demonstra que um Regional pode, na falta de juizes aproveitáveis em seu território, ser formado por componentes vindos de outra circunscrição.

O art. 11 da Lei n.º 7.727/89, por seu turno, já dispõe que o Conselho da Justiça Federal (CF, art. 105, parágrafo único), “no prazo de 90 (noventa) dias, elaborará anteprojeto de lei, dispondo sobre a organização da Justiça Federal de primeiro e segundo graus”. Como se vê, o Constituinte quis fazer uma unidade “administrativa e orçamentária” da Justiça Federal. À evidência, para que esse dispositivo não contrarie o princípio da autonomia de organização jurisdicional e administrativa dos Tribunais (CF, art. 96, II, a), deve o CJF, ouvir, antes, os órgãos diretamente interessados (21).

Por último, uma rápida observação sobre a aposentadoria do juiz de um Regional.

O juiz brasileiro, como de resto todo o funcionário público de um modo geral, goza de mais vantagens em relação a seus colegas estrangeiros (22).

O juiz aposenta-se com vencimentos integrais aos trinta anos de serviço e “após cinco anos de efetivo serviço na judicatura” (CF, art. 93, VI).

---

(21) Sobre o Conselho da Justiça Federal, ver artigo doutrinário do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro “O Superior Tribunal de Justiça e a Justiça Especial” em “A Constituição Brasileira — 1988” (Forense Universitária — p. 229).

(22) Nos Estados Unidos, o Congresso fez uma lei, em 1937, regulamentando a aposentadoria dos magistrados da União (*retirement statute*). Um juiz passa para o *inactive status* quando completa setenta anos de idade, depois de servir pelo menos por dez anos em tribunal federal. Também pode requerer aposentação após a idade de sessenta e cinco anos, desde que já tenha servido *on the federal bench* por quinze anos.

(Continua)

Por outro lado, a Constituição, no art. 107, após estabelecer a idade mínima para se ser nomeado juiz de TRF — 30 anos —, fixa o limite etário máximo: sessenta e cinco anos. Essa limitação, perfeitamente justificável para aqueles que não são de carreira (CF, arts. 101, 104, II, 107, II, 111, I, *in fine*), é funesta para o Juiz Federal, que ainda está em plena idade de produção e já acumula ponderável experiência. É um desestímulo para o magistrado de carreira. Tal cláusula pode arrastar muitos juizes produtivos para a aposentadoria, com resultado negativo para o próprio erário e para o direito em geral <sup>(23)</sup>.

Quanto aos “cinco anos de efetivo serviço na judicatura”, só podem ser exigidos daqueles que entraram no Regional pelo quinto: membros do Ministério Público e advogado. O juiz de carreira, em princípio, só pode alçar o TRF após cinco anos de primeira instância (CF, 107, II). Assim, não necessita ter mais cinco anos de judicatura de segundo grau.

Os Tribunais Regionais Federais têm uma grande missão a cumprir, como tiveram e têm seus similares norte-americanos: a de tornar a Justiça mais rápida, segura e confiável. Pobre de um povo que não tem um juiz para ouvi-lo e protegê-lo ante a ameaça constante e disseminada do poder público. Afinal, como pontificou Hamilton,

“o Judiciário, pela própria natureza de suas funções será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o (Poder) de menor capacidade para ofendê-lo ou violá-los” <sup>(24)</sup>.

---

(Continuação da nota 22)

De regra, sobretudo por causa do grande prestígio e respeito público que o cargo dá, o magistrado americano dificilmente se aposenta cedo. Oliver Wendell Holmes, como se sabe, só requereu sua aposentadoria depois dos noventa anos. O grande John Marshall ficou na presidência da Suprema Corte por mais de trinta e quatro anos.

Uma estatística, apanhando o período de 1789 e 1984 na Suprema Corte, mostra que das noventa e seis vagas, quarenta e oito “justices” saíram por *death in office*.

Hoje, alguns juizes da Suprema Corte, como William J. Brennan Jr., sem dúvida alguma a grande cabeça do Tribunal, Thurgood Marshall e Harry A. Blackmun já passaram dos oitenta e muito continuam contribuindo para o desenvolvimento do direito americano.

(23) O Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, no artigo doutrinário citado (p. 244), comunga do mesmo ponto de vista: “A Constituição praticou uma grande injustiça com os juizes de carreira. Porque são muitos os juizes federais que chegam aos sessenta e cinco anos depois de um longo e proffeuo trabalho, e que não poderão ascender ao seu Tribunal”.

(24) “O federalista” — UnB — 1984 — p. 576.

# O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e  
Professor de Direito Processual Civil

## SUMÁRIO

*1. O sistema recursal. 2. O recurso especial. Conceito e finalidade. 3. Pressupostos. Cabimento. 4. O Superior Tribunal de Justiça e sua competência quanto ao recurso especial. 5. Os óbices regimentais e jurisprudenciais. 6. Procedimento. 7. A interposição adesiva. 8. Do efeito devolutivo. 9. Das despesas. 10. O recurso especial e o direito intertemporal. 11. A arguição de relevância. 12. O Superior Tribunal de Justiça e sua jurisprudência inicial. Conclusão.*

### 1. O sistema recursal

Instrumento da jurisdição, complexo de atos destinados à solução do litígio e à efetivação de garantias constitucionais, o processo tem como fim a realização do direito e a composição da lide com justiça.

Partindo da premissa de que a tutela jurisdicional tem como um dos seus pressupostos a falibilidade dos juízos humanos, a ciência tem procurado, há muito, mecanismos de correção de erros eventualmente cometidos pelo Judiciário, ensejando vias de impugnação das decisões judiciais, mas sempre com a preocupação de evitar que essas não concorram, por outro lado, para encarecer ainda mais a prestação jurisdicional, retardá-la e até mesmo servir de chicanas e expedientes contrários aos objetivos do processo.

Cuida-se, como se vê, de matéria pertinente à política legislativa, plasmada na experiência forense e na orientação da doutrina.

Duas vias são postas à disposição dos interessados, a saber, os recursos e as chamadas ações autônomas de impugnação. Estas, em casos restritos,



quando já ocorrida a coisa julgada. Aqueles, antes da *res judicata*, seja para modificar a decisão proferida, seja para invalidá-la.

Assim, conceitua-se o recurso como inconformismo total ou parcial, de quem sucumbiu, impugnando decisão não trânsita em julgado com o objetivo de reformá-la ou invalidá-la, sendo de aduzir com as hipóteses de integração e correção proporcionadas pelos embargos declaratórios, modalidade *sui generis* de via recursal.

Alicerçando-se a ciência jurídica em regras normativas e, sobretudo, em princípios, os recursos também a estes se subordinam e por eles se orientam. Vários se vinculam diretamente aos recursos, dentre os quais o do devido processo legal, o do acesso à tutela jurisdicional, o da instrumentalidade dos atos processuais, o da fungibilidade, o da iniciativa do interessado legitimado, o do duplo grau de jurisdição, indubitavelmente o mais característico de todos, a cujo respeito se discute se com assento ou não na Constituição.

A admissão dos recursos, entretanto, sujeita-se a determinados requisitos, apreciáveis no denominado juízo de admissibilidade, exercitável obrigatoriamente nos juízos *a quo* e *ad quem*, independentemente de provocação, sendo certo que eventual admissão no juízo de origem não vincula o juízo *ad quem*.

São eles subjetivos (legitimidade do recorrente e competência do juízo) e objetivos (tempestividade, adequação, regularidade formal, preparo etc.), gerais ou especiais.

Gerais são os pressupostos subjetivos e objetivos já assinalados. Como, no entanto, existem, além desses, os recursos extraordinários, também denominados constitucionais porque contemplados na lei fundamental (“recurso extraordinário” e “recurso especial”), admissíveis em casos excepcionais, fala-se também em pressupostos especiais, que são exatamente os previstos na Carta Magna.

O número dos recursos varia no tempo e no espaço. No Brasil, ao lado dos extraordinários já mencionados (RE. e REsp., o primeiro de competência do STF, o segundo do STJ), existe um elenco de recursos ordinários, relacionados, a maioria, no art. 496 do Código de Processo Civil, que poderiam ser classificados como nominados. Não se pode esquecer, porém, que outros existem, a saber:

- a — os inominados (arts. 532 e 557, parágrafo único, CPC);
- b — os embargos de divergência;
- c — os agravos regimentais;
- d — os embargos de alçada das Leis n.ºs 6.825/80 (art. 4.º) e 6.830, de 1980 (art. 34).

## 2. O recurso especial. Conceito e finalidade

Trata-se de modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes.

Do lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência.

Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, e nem representa terceira instância.

Alguns vêem suas origens no *writ of error* do direito norte-americano e outros a sua inserção na categoria dos recursos de cassação do direito europeu.

## 3. Pressupostos. Cabimento

Além dos pressupostos gerais (legitimação, competência, sucumbência, tempestividade, regularidade formal etc.), o recurso especial possui, como assinalado, pressupostos específicos, de natureza constitucional, explicitados no art. 105 da vigente Lei Maior, ou sejam:

X — causa decidida em única ou última instância por Tribunais Regionais Federais, de Justiça ou de Alçada;

Y — existência de “questão federal”, isto é, questão jurídica sobre direito federal, nas hipóteses elencadas na Constituição.

Nos termos desta, é necessário que a decisão tenha:

a — contrariado tratado ou lei federal, ou lhe negado vigência;

b — julgado válido lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c — dado à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Na primeira alínea (a), o Constituinte de 1988 preferiu usar expressão mais ampla, dirimindo de antemão discussões sobre o alcance das expressões “contrariar” e “negar vigência”, em face da desuniformidade existente até então nos textos anteriores. O sentido, porém, é um só: evitar a inobservância do direito federal, o seu descumprimento. Contrariar a lei é, em última análise, o mesmo que tê-la por inexistente, negar-lhe vigência, deixar de aplicá-la ou violá-la.

Debate-se, por outro lado, quanto à sobrevivência ou não do verbete n.º 400 da súmula do Supremo Tribunal Federal (“decisão que deu razoá-

vel interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III, da Constituição Federal”) após a adoção do recurso especial. Predomina o entendimento, que se afigura melhor, de que é inaplicável, uma vez que uma mesma norma não deve admitir duas interpretações, incumbindo ao Superior Tribunal de Justiça, em sua missão unificadora e de guardião do direito federal infraconstitucional, afirmar qual a mais acertada, afastando incertezas e dubiedades.

Diverge-se também sobre a abrangência do conceito de lei federal, entendendo a corrente restritiva, predominante, que nela estariam compreendidos o decreto e o regulamento federais, assim como a lei estrangeira aqui aplicável.

Na alínea *c* situa-se a mais importante função do recurso especial: uniformizar a interpretação do direito federal no País, quando haja manifesta divergência envolvendo tribunais diferentes, um dos quais poderá ser o próprio Superior Tribunal de Justiça, podendo o dissenso ocorrer também entre tribunais de um mesmo Estado (*verbi gratia*, de Justiça e de Alçada) e mesmo com julgados de tribunais não mais competentes na matéria (exemplifique-se com a jurisprudência do STF no sistema constitucional anterior, em matéria infraconstitucional).

Não se admite a divergência, entretanto, se o entendimento trazido à colação como paradigma já se encontra superado no tribunal que o proferiu.

Na alínea *b*, atribuiu-se ao Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, parcela do contencioso constitucional, uma vez pressupor ter a decisão do Tribunal estadual reconhecido que válida seria a lei local em face da federal, em apreciação atinente às esferas de competência. Desse entendimento, porém, não comungou a Suprema Corte em “questão de ordem” suscitada no RE. n.º 117.809-PR.

Ainda a propósito do controle da constitucionalidade, é oportuno aqui recordar que nada impede que, em incidente suscitado perante o órgão competente do Superior Tribunal de Justiça, seja apreciada a inconstitucionalidade pela via indireta, a exemplo do que se dá com os demais pretórios do País (a respeito, arts. 199 e 200 do Regimento Interno).

Muito se discute, outrossim, em sede de cabimento do recurso, sobre a valoração das provas, dado que, como cediço, o recurso especial, por pressupor “questão federal”, não se presta à apreciação da matéria de fato.

Entretanto, como agudamente expôs o saudoso e culto Ministro Rodrigues Alckmin (*RTJ* 86/558, RE 84669), “o chamado erro na valorização ou valoração das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio jurídico por outro meio de

prova ofende o direito federal. Se a lei federal exclui basto (sic) certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende à lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do *ius constitutionis*. Mas, quando, sem que a lei federal disponha sobre valor probante, em abstrato, de certos meios de prova, o julgador local, apreciando o poder de convicção dela, conclua (bem ou mal) sobre estar provado, ou não, um fato, aí não se tem ofensa ao direito federal; pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, sob color de valorar a prova, reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ter como provado o que a instância local disse não estar. Seria, indubitavelmente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação, para reapreciação de provas (que se consideram mal apreciadas) quanto aos fatos da causa”.

A compreensão jurídica do fato, no entanto, é matéria de direito e não de fato, como tem enfatizado a doutrina e reconhecido até mesmo a jurisprudência (cfr. RT 609/9).

#### 4. *O Superior Tribunal de Justiça e sua competência quanto ao recurso especial*

Corte nacional, órgão de cúpula da Justiça comum, com jurisdição sobre a estadual e a federal não especializada, erigiu-se o Superior Tribunal de Justiça na Corte maior do contencioso infraconstitucional, com competência para o recurso especial, sem limitar a interposição deste além das hipóteses legais.

#### 5. *Os óbices regimentais e jurisprudenciais*

Não tendo a nova Constituição reproduzido a autorização dada pela anterior ao Supremo Tribunal Federal para dispor regimentalmente sobre matéria processual em causas de sua competência, não mais lhe é facultado criar os chamados óbices regimentais, que cada vez mais restringiam o conhecimento do recurso extraordinário. De igual forma, tal faculdade não tem o Superior Tribunal de Justiça.

Diversamente, entretanto, lícito é a ambos os tribunais valer-se dos denominados óbices jurisprudenciais, haja vista que, ao contrário daqueles, decorrem eles da própria natureza dos recursos constitucionais.

Como exemplos, podem ser mencionados alguns abrigados na súmula do Supremo Tribunal Federal e que têm sido prestigiados pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais os contidos nos enunciados 283 (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”), 284 (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”), 286 (“Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência

jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”).

Quanto ao prequestionamento da questão federal, considerando o espírito que ensejou o surgimento do recurso especial e as fundadas críticas que se faziam aos óbices regimentais do Supremo e as dificuldades que deles defluíam, tem-se entendido que, sem embargo da sua necessidade, pelas características do recurso, pode o mesmo ser implícito, não havendo necessidade de prequestionamento explícito e muito menos de oferecimento de embargos declaratórios. Outrossim, deve-se conhecer do recurso especial, sob a alínea *c* do art. 105-III da Constituição, mesmo quando a parte não faz a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, se notório o dissídio na matéria.

## 6. Procedimento

À míngua de normas reguladoras do seu processamento, uma vez que passou a ser manejado sem que antes o Código de Processo Civil tivesse sido alterado ou mesmo tivesse sido editada uma lei específica, o recurso especial teve como modelo de procedimento o previsto para o recurso extraordinário.

E se mostrou justificável esse proceder em face da semelhança do novo recurso com o extraordinário do sistema constitucional precedente, no que diz respeito à interpretação do direito infraconstitucional.

Assim, adotou-se na prática forense o prazo de 15 (quinze) dias para a sua interposição, com as duas etapas de processamento na instância *a quo*, a saber, uma destinada à demonstração do seu cabimento ou não, outra se ultrapassada a primeira, para o oferecimento de razões e contra-razões.

Uma vez interposto, cabe ao presidente do tribunal de origem, ou quem autorizado a tanto, proceder obrigatoriamente ao exame de admissibilidade, examinando não apenas os chamados pressupostos gerais, objetivos e subjetivos, tais como tempestividade, regularidade formal, legitimidade etc., mas também, e especialmente, os pressupostos constitucionais, contemplados na alíneas *a*, *b* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição.

Admitido e arrazoado na origem, distribuído na instância superior, o recurso especial recebe parecer do Ministério Público Federal nos casos previstos no CPC (art. 82) ou no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 64), inclusive quando, pela relevância da matéria, o relator entender conveniente sua intervenção (inciso XII).

Lançada exposição (relatório) nos autos, determina-se a inclusão do feito em pauta, inexistindo revisão, devendo o mesmo ser apreciado por todos os ministros da turma presentes ao julgamento, salvo as ressalvas legais (impedimento, suspeição etc.).

Em tramitação no Congresso Nacional o Projeto n.º 2.255/89, originariamente dispondo apenas sobre “normas procedimentais para processos perante o Superior Tribunal de Justiça”, inspirou-se em texto elaborado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos.

Substitutivo do relator o ampliou para alterar também normas do Código de Processo Civil, inclusive quanto ao recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal.

Quer pelo texto original, quer pelo do substitutivo, suprime-se uma das etapas previstas no Código quanto ao processamento do recurso extraordinário, ou seja, quando da interposição o recorrente não apenas fundamentará o recurso quanto ao seu cabimento, mas também desde já exporá suas razões do pedido de reforma da decisão impugnada. De igual forma o recorrido manifestar-se-á em bloco, de uma só vez, com o que se ganhará em celeridade em termos de tramitação.

Inovação também de porte, inserida no projeto, mantida no substitutivo e já incluída no RISTJ (art. 254, § 2.º), prevê que, na hipótese de provimento do agravo interposto contra decisão que inadmitira na origem o recurso especial, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator poderá determinar que o agravo seja autuado como recurso especial e incluído em pauta, salvo se houver recurso adesivo.

Por outro lado, em face da bifurcação do sistema adotado na Constituição de 1988, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar o controle da constitucionalidade no âmbito do recurso extraordinário e ao Superior Tribunal de Justiça a competência para assegurar a autoridade e unidade do direito federal através do recurso especial, surgiram dúvidas sobre a precedência ou simultaneidade das interposições desses dois recursos e quanto ao *modus procedendi*.

O projeto previa, para a hipótese de controvérsia constitucional e de direito comum, que na interposição do recurso especial o recorrente protestasse, para evitar a preclusão quanto à matéria constitucional, pela apresentação do extraordinário após o julgamento do recurso especial, em sendo caso.

O substitutivo formulou proposta diversa, segundo a qual os dois recursos “serão interpostos no prazo comum de 15 (quinze) dias, perante o presidente do tribunal recorrido, em petições distintas”.

A propósito, é de assinalar-se que, no parágrafo único do art. 281 do anteprojeto da “Comissão Afonso Arinos” (também rotulada “Comissão dos Notáveis” ou “Comissão de Estudos Constitucionais”), previa-se:

“Quando, contra o mesmo acórdão, forem interpostos recurso especial e recurso extraordinário, o julgamento deste aguardará a decisão definitiva

do Superior Tribunal de Justiça, sempre que esta puder prejudicar o recurso extraordinário”.

Se a interposição prevista se dá simultaneamente, essa simultaneidade, contudo, não deve ocorrer com o processamento dos dois recursos.

Destarte, concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do extraordinário, se este não estiver prejudicado.

Pode ocorrer, entretanto, que o relator do recurso especial se convença da prejudicialidade do recurso extraordinário, quando, em decisão irrecorrível, sobrestará o julgamento daquele e encaminhará os autos ao Supremo, cabendo a este decidir da procedência ou não da prejudicialidade, devolvendo os autos em caso negativo, também em decisão irrecorrível do relator na Excelsa Corte.

Ainda nos termos do substitutivo, mais amplo que a redação original do Projeto n.º 2.255 e mais precisa que a do RISTJ (art. 34, parágrafos), o relator decidirá pedido ou recurso que haja perdido seu objeto, assim como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do Superior Tribunal de Justiça, cabendo dessa decisão monocrática agravo regimental no prazo de 5 (cinco) dias para o órgão colegiado respectivo.

#### 7. *A interposição adesiva*

O Projeto n.º 2.255 não cuidou, em sua redação original, do “recurso adesivo”, contemplado no regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e no substitutivo do relator.

Seria de se admiti-lo, no entanto, mesmo na ausência de lei, em face da similitude procedimental do recurso especial com o antigo recurso extraordinário, ao qual se aplicava por força do art. 500, II, CPC.

#### 8. *Do efeito devolutivo*

A exemplo do recurso extraordinário, o recurso especial é recebido apenas no efeito devolutivo.

Pelo texto original do Projeto n.º 2.255, o relator, a requerimento da parte, poderia conceder-lhe efeito suspensivo ante a probabilidade de dano irreparável.

Essa disposição foi suprimida no substitutivo, assim como na redação final do regimento interno do STJ. Neste, ao argumento de que se tratava de norma processual, cabendo ao legislador federal a competência em optar ou não pela sua adoção.

Com suporte nos incisos V e VI do art. 34 do referido Regimento Interno, tem-se tentado a via cautelar inominada (RTJ 110/458) para se obter o efeito suspensivo em hipóteses de forte evidências da probabilidade de lesão de incerta ou difícil reparação. Tudo indica, porém, que somente será agasalhada em casos excepcionais, com demonstração inequívoca e de plano, não se apresentando hábil o mandado de segurança em face das limitações constitucionais da competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, b).

## 9. *Das despesas*

Por previsão expressa do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 113), neste não serão devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal, não se compreendendo como custas as despesas resultantes de certidões ou reproduções.

Constitui a medida, inegavelmente, importante inovação, que atende aos princípios da economia e da celeridade, além de contribuir para evitar que inúmeras postulações recursais não sejam apreciadas pelo simples recolhimento extemporâneo das custas, causado, muitas vezes, por circunstâncias compreensíveis, a exemplo do que se dá com a normalmente mal compreendida contagem dos prazos processuais.

## 10. *O recurso especial e o direito intertemporal*

A aplicação da lei processual no tempo apresenta-se sob três sistemas, a saber: o da unidade, o das fases processuais e o dos atos isolados.

A ciência processual brasileira orienta-se pelo último, na esteira da melhor doutrina internacional. Segundo esse princípio, a lei processual não retroage, mas tem incidência imediata, atingindo o processo em curso no ponto em que este se encontra.

Há, entretanto, exceções, desde que a lei expressamente ressalve, a exemplo do estabelecido quando da edição da Lei n.º 6.649/79, que versa sobre a locação predial urbana, que em seu artigo 55 estabeleceu que as suas disposições não se aplicariam aos processos em curso, o que importava dizer que somente incidiriam nos processos que viessem a ser instaurados após sua edição.

A regra, porém, é que as normas processuais têm aplicação imediata, resguardada a eficácia dos atos processuais até então praticados. Nesse sistema não teriam relevância os feitos extintos, mas os pendentes.

Em se tratando de recursos, a regra de direito transitório, segundo a clássica lição de ROUBIER (*Les conflits de lois dans le temps*, ed. Recueil Sirey, 1933, Tomo II, n.º 144, p. 726) é que o recurso se rege pela lei



do dia da decisão. Ou seja, da data em que publicada a sentença, ou em que proclamado o resultado do julgamento quando se trata de julgamento colegiado.

Com suporte nessa orientação, diversas decisões foram proferidas após a instalação do Superior Tribunal de Justiça, ocorrida em 7 de abril de 1989. Examinava-se, então, a data da decisão nos processos em que interpostos recursos extraordinários que não chegaram a ser apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, convertidos *ipso iure* em especial após aquela data, para se saber se incidentes ou não os óbices regimentais da Excelsa Corte (art. 325, RISTF).

Posteriormente, a partir do julgamento do REsp. n.º 506, a Quarta Turma firmou o entendimento de que aquela regra não se aplicaria em se tratando de modificação de ordem constitucional, uma vez que a mesma se fundava no argumento do direito adquirido do recorrido em ver a pretensão recursal ser apreciada segundo as normas vigentes à época em que proferida a decisão, direito adquirido esse que não poderia ser invocado em face de novo texto constitucional, sabido que não há direito adquirido em face de norma constitucional dispondo em sentido contrário sem ressalva.

Ademais, o art. 27, § 1.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecia que até a instalação do Superior Tribunal de Justiça o Supremo Tribunal Federal exerceria as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente, o que autorizava o Pretório Excelso não apenas a continuar apreciando os recursos extraordinários interpostos após a promulgação da Constituição em 5-10-88, no tocante ao contencioso infraconstitucional, como também a apreciar as arguições de relevância que lhe eram submetidas, muito embora essa figura tivesse sido indiretamente afastada do nosso ordenamento jurídico pela nova ordem constitucional, que não mais autoriza a Suprema Corte a legislar sobre matéria processual em seu regimento interno.

No referido REsp n.º 506-RJ, ementou-se:

“— Não se há de invocar direito adquirido contra o que posto indubitavelmente na nova ordem constitucional, em modificação não apenas do texto mas do próprio sistema, até porque as garantias do direito adquirido se dirigem à lei ordinária e não à Constituição.

— Em face do disposto na nova Constituição e no respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 27, § 1.º), o Superior Tribunal de Justiça passou a ser competente para apreciar os recursos interpostos após a sua instalação, não

se cogitando de argüição de relevância da questão federal a partir de então, aplicando-se o sistema pretérito até àquela data.” (DJ de 23-10-89.)

Em outras palavras, segundo princípio de direito intertemporal, o recurso se rege pela lei vigente à data em que publicada a decisão, salvo quando se trata de alteração de ordem constitucional, que tem incidência imediata. Pode essa, no entanto, em norma de caráter transitório, determinar a aplicação da ordem anterior até a ocorrência de fato futuro, a exemplo do disposto no art. 27, § 1.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pelo qual o novo sistema recursal implantado pela Constituição de 1988 somente passou a vigorar após a instalação do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, que vinha apreciando as argüições de relevância até 7-4-89, em decisão proferida pelo Ministro ALDIR PASSARINHO, não conheceu de recurso ordinário interposto antes de instalado o Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, II, b, da nova Constituição, ao entendimento de que o recurso próprio seria o extraordinário, fazendo também expressa referência ao art. 27, § 1.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o que bem demonstra que o sistema recursal anterior estava em pleno vigor até a instalação do Superior Tribunal de Justiça, sem embargo da promulgação da Constituição, sendo de aduzir-se que somente após essa instalação a Excelsa Corte houve por bem em converter os extraordinários ainda não julgados em recursos especiais.

A ilação que resulta do exposto, em resumo, é que os recursos interpostos após 7-4-89 devem ser apreciados nos termos da nova Constituição, enquanto os recursos interpostos anteriormente àquela data, e não julgados, embora convertidos em recursos especiais, devem ser apreciados sob a ótica da ordem constitucional precedente, sujeitando-se, portanto, às restrições do art. 325, RISTF, então aplicáveis.

#### 11. *A argüição de relevância*

A nova Constituição, promulgada em 5-10-88, não mais permite ao Supremo Tribunal Federal estabelecer em seu regimento normas restritivas de conhecimento de recursos. É muito menos dá essa competência ao Superior Tribunal de Justiça. Via de consequência, não mais enseja a argüição de relevância da questão federal.

Como decorrência da norma transitória do art. 27, § 1.º, ADCT, já mencionada, o Supremo continuou, entretanto, até 7-4-89, apreciando as relevâncias argüidas, dando-lhes ou não acolhida.

Com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, porém, deu por prejudicadas todas aquelas até então não apreciadas, uma vez exaurida a referida norma transitória. Mas, com acerto, teve por não preclusas as matérias deduzidas nas relevâncias ainda não apreciadas, convertendo os

respectivos recursos extraordinários, versando sobre matéria legal, em recursos especiais e sujeitando estes ao crivo do exame de admissibilidade pelo tribunal de origem, nos limites postos nas relevâncias, sendo de acrescentar que essas arguições se sujeitaram às regras regimentais vigentes à época, com todas as suas conhecidas limitações (art. 328, RISTF).

No REsp. n.º 705-PA, decidiu a Quarta Turma (DJ de 4-12-89):

“— Instalado em 7 de abril de 1989 o Superior Tribunal de Justiça, somente se interposto a partir dessa data o recurso não estará sujeito aos óbices jurisprudenciais que regiam o então recurso extraordinário, em face do art. 27, § 1.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

— A regular arguição de relevância da questão federal até àquela data evita a ocorrência da preclusão quanto à matéria nela suscitada.”

## 12. *O Superior Tribunal de Justiça e sua jurisprudência inicial*

### *Conclusão*

Reivindicado por expressiva corrente de juristas, sugerido pela “Comissão dos Notáveis” e criado pela Constituição de 1988, apresenta-se o Superior Tribunal de Justiça dividido em três Seções (de Direito Público, de Direito Privado e de Direito Penal), subdividida cada uma em duas Turmas de cinco membros.

Corte nacional, o Superior Tribunal de Justiça surgiu no bojo da chamada “crise do recurso extraordinário”, caracterizada pelo excessivo e crescente número de recursos submetidos ao julgamento do Excelso Pretório e pelas limitações cada vez mais acentuadas, especialmente de ordem regimental, impostas ao conhecimento do então recurso extraordinário.

Destinado o Supremo Tribunal Federal precipuamente ao contencioso constitucional, erigiu-se o Superior Tribunal de Justiça na Corte maior do contencioso infraconstitucional.

O seu funcionamento no ano de 1989 veio demonstrar que o novo Tribunal, na sua missão de guardião da lei federal e de órgão de cúpula da Justiça Comum, tem buscado caminhos próprios na exegese do Direito federal e na solução dos conflitos infraconstitucionais.

Dentre muitos exemplos, colhemos alguns extraídos da Seção de Direito Privado.

No campo do direito de família, afirmou-se a distinção entre a mera concubina e a companheira com convivência *more uxorio*, quer para permitir-lhe a inventariança no espólio do companheiro (REsp. n.º 520-CE),

quer para reconhecer-lhe o direito a receber legado em disposição da última vontade do companheiro (REsp. n.º 196-RJ), quer para reconhecer o seu direito a participar do patrimônio deixado pelo companheiro, mesmo que não tenha exercido atividade econômica fora do lar (REsp. n.º 1.404-RJ), tendo ainda a mesma Quarta Turma entendido aplicável o princípio do *pater est . . . a filios de companheira, esposa eclesiástica com união estável de muitos anos* (REsp. n.º 23).

No tocante aos compromissos de compra e venda, a Terceira e a Quarta Turmas, após breve divergência inicial, assentaram por unanimidade o afastamento do enunciado n.º 621 da súmula do Supremo Tribunal Federal, ao entenderem como via hábil os embargos de terceiros para debater-se pretensão de excluir da penhora bem adquirido através de compromisso de compra e venda não registrado (dentre outros, REsp. n.ºs 266-SP, 633-SP, 805-PR; 1.310-SP), tendo a Terceira Turma reconhecido, também por unanimidade, que, sendo o direito à adjudicação compulsória de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condiciona a *obligatio faciendi* à inscrição no registro de imóveis (REsp. n.º 30-DF).

Em hermenêutica construtiva, a Quarta Turma decidiu que a norma do art. 1.105, CPC, deve merecer interpretação lógico-sistemática, pelo que a presença do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária somente se dá, obrigatoriamente, nas hipóteses explicitadas no respectivo título e, especialmente, no art. 82, CPC (REsp. n.º 364-SP).

Proclamou ainda a Quarta Turma, em matéria de execução, a não incidência do art. 191 aos embargos do devedor (REsp. n.º 454-RJ), que a desistência da execução independe da anuência do embargante se os embargos não forem regularmente opostos (REsp. 767-GO), que, recaindo a penhora sobre imóvel do casal, o prazo para embargar tem início após a intimação do cônjuge do devedor (idem) ser válida como título extrajudicial, nota promissória emitida em ORTN (REsp. n.º 607-SP). (\*)

Dentre muitas outras decisões merecedoras de registro, oportunas pelas controvérsias que o tema tem ensejado na prática, destaca-se, finalmente, a

(\*) Em matéria de competência, decidiu-se que é aplicável o art. 100, II, CPC havendo cumulação de investigatória de paternidade com alimentos (CC n.º 683-SP), e na revisoral de alimentos ajuizada no novo domicílio do alimentando (CC n.º 164-SC), que competente o foro da situação do imóvel (art. 95, CPC) em ocorrendo cumulação de rescisão de compromisso de compra e venda com reintegratória (CC n.º 752-MG), que a regra do art. 94, § 4º prevalece sobre a do art. 100, IV alínea a, CPC (CC n.º 769-CE) e a do art. 87 sobre a do art. 800, CPC em ocorrendo modificação superveniente da competência *ratione materiae* (CC n.º 280-RS), assim como a superveniente modificação da competência *ratione materiae* afasta o princípio da inalterabilidade da competência absoluta firmada com a propositura da demanda, salvo se a lei excepcionar (CC n.º 257-PE).

que afirma destinar-se a verba honorária a compensar o vencedor pelo já pago ao seu patrono, entendendo-se que o "direito autônomo" do advogado (art. 99, § 1.º, Lei n.º 4.215, de 1963) pressupõe não ter ainda o constituinte remunerado seu procurador (REsp. n.º 1.144-RJ).

Algumas divergências também já se fizeram notar. Uma delas diz respeito ao pagamento ou não de direitos autorais em consequência da reprodução de música ambiente em estabelecimentos comerciais (REsp. n.ºs 518-SP e 1.297-RJ). A outra refere-se ao momento inicial de incidência da correção monetária em honorários advocatícios arbitrados em percentual sobre o valor da causa, configurando-se três correntes: uma, a partir da data da decisão; outra, a partir do ajuizamento da causa; a terceira, a partir da data da decisão, exceto se, na fixação, o juízo foi explícito em afirmar diversamente (REsp. n.º 514-SP).

Gerado por notória e crescente insatisfação com o sistema anterior, o Superior Tribunal de Justiça tem sido visto com expectativa e indisfarçável simpatia.

Sem a preocupação de confrontar sua nova jurisprudência com a firmada pela Excelsa Corte, o novo Tribunal da Federação não apenas tem prestigiado aquela como também inovado em alguns pontos, atitude já esperada, quer pelo rico acervo que representa a jurisprudência mais que centenária da Suprema Corte do País, quer pelos novos rumos do direito positivo brasileiro, decorrentes da nova ordem constitucional e da própria mutação da sociedade.

Se o primeiro semestre de efetivo funcionamento do Tribunal mostrou saldo significativamente promissor, pelo número de feitos apreciados e pela solução dada em temas controvertidos e relevantes, só o tempo poderá dizer do acerto ou não do modelo adotado e dos reparos e correções de rota a fazer, especialmente quando se conhece o volume extraordinário de causas que tramitam no foro de um País de aproximadamente cento e cinquenta milhões de habitantes e se atenta para a circunstância de que o constituinte de 1988, certamente sob o impulso do inconformismo com as restrições do sistema precedente, houve por bem não ensejar a seletividade contemplada nos ordenamentos estrangeiros.

Só o tempo, essa "imagem móvel do eterno" no dizer de Platão, com a experiência que proporciona, poderá mostrar se o novo sistema reclamará aprimoramento e o caminho a trilhar em sua busca.

# Tribunal de Contas e Poder Judiciário

JARBAS MARANHÃO (\*)

Defende o constitucionalista PINTO FERREIRA que, mesmo no regime da Constituição de 1891, o Tribunal de Contas podia atuar legitimamente como órgão julgante.

Lembra que a regulamentação de 1896 e a Lei Orçamentária de 1918 outorgaram competência ao órgão para funcionar como “tribunal de justiça para o fim de julgar as contas dos responsáveis, estabelecendo a situação jurídica entre os mesmos e a Fazenda Pública”.

---

(\*) Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado Constituinte em 1946, Senador, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional. É membro da Academia Pernambucana de Letras.

E acrescenta o professor da Faculdade de Direito do Recife: “contudo não tinha jurisdição sobre os crimes”.

Por sua vez, JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS pondera:

“Parta de onde partir o insulto à ordem jurídica e aí está o Poder Judiciário para reparar a lesão sofrida pelo titular do direito, o que não exclui a competência [do Tribunal de Contas] *ratione materiae* para decidir assunto de sua exclusiva competência. A controvérsia cessou desde 1934. Não há palavras ociosas na Constituição.”

ALCINO PINTO FALCÃO argumenta que o Poder Judiciário terá que dar ao julgado do Tribunal de Contas o valor de presunção, por ser ato baixado dentro de competência constitucional, mas lembra que nossa Lei Maior permite “plena defesa” em todos os meios e recursos essenciais a ela, e isto perante o juiz criminal; além de que, não se poderá deixar de levar em consideração a garantia que impede excluir-se da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

PONTES DE MIRANDA pretende que o juiz comum não pode modificar o julgado do Tribunal de Contas e que a lei ordinária pode determinar ao Tribunal de Contas a execução de suas próprias decisões, acrescentando que, embora não resulte do texto constitucional caber-lhe necessariamente a execução das próprias sentenças, esta norma não seria mais que conformar-se com o princípio geral, raras vezes derogado, de que *ao juiz sentenciante cabe executar*.

Diz ainda que as Constituições, a partir de 1934, deram-lhe função judiciária: não obstante a sua inclusão no capítulo do Poder Legislativo, “a função de julgar ficou-lhe. No plano material, é corpo judiciário; no

formal, corpo auxiliar do Congresso (...). O Tribunal de Contas tem duas funções — uma, que é a antiga, ligada à execução orçamentária; e outra, de julgamento das contas. Tanto numa como noutra é possível que ocorra a necessidade de se responder à pergunta: é ou não inconstitucional? Como tribunal tem de julgá-lo”.

Para ele, desde 1934, o Tribunal é *corpo de julgamento*, embora, quanto aos crimes, continue a não ter jurisdição; mas julga contas, que é da máxima importância. Desde 1934, “a função de julgar as contas está claríssima, no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o tribunal julga ou não julga (...). Tal jurisdição exclui a intromissão de qualquer juiz na situação em que se acham, *ex hypothesi*, os responsáveis para com a Fazenda Pública”. Não pode, assim, o legislador ordinário negar o valor de sentença às decisões dos Tribunais de Contas, em relação aos responsáveis por dinheiros públicos.

“A separação entre o julgamento das contas e o julgamento dos crimes é de ordem constitucional. À lei ordinária não é dado permitir aos juízes comuns julgar as contas, nem ao Tribunal de Contas julgar os crimes (...). A prisão pelo Tribunal de Contas é em virtude do julgamento das contas, com carácter disciplinar, preventivo, ou, simplesmente, de salvaguarda do interesse da Fazenda; não é em virtude de sentença criminal. A sentença criminal só é proferida pelo juiz comum, ressalvada a competência da Justiça Militar”.

Raciocina, ainda, PONTES DE MIRANDA: “As questões decididas pelos Tribunais de Contas, no julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros ou bens públicos, não são simples *questões prévias*; são *questões prejudiciais*, constituem o *prius* lógico jurídico de um crime ou, pelo menos, de circunstância material desse”.



E, por último: “só um caminho se tem a tomar, que é o de evitar-se qualquer incursão da justiça comum nas atribuições do Tribunal de Contas ou do Tribunal de Contas nas atribuições da justiça comum”.

Esta é uma conclusão que se encontra, também, no pensamento de CASTRO NUNES, em sua obra clássica intitulada *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, como se pode verificar quando ele diz:

“O Tribunal de Contas apenas estatui sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, esta base de acusação. Não julga a este, não o condena, nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe, apenas, a responsabilidade material, apurado o alcance. Outros aspectos da imputação pertencem, por inteiro, à justiça comum, que pode absolver o responsável alcançado, contanto que não reveja o julgado de contas, não negue a existência material da infração financeira.”

É preciso não esquecer que a função jurisdicional do Estado não constitui monopólio do Poder Judiciário, ou, como diz FRITZ FLEINER, as vias judiciárias não esgotam toda a função jurisdicional do Estado.

Nos crimes de responsabilidade do Presidente da República, a Câmara dos Deputados funciona como órgão de acusação e o Senado como órgão de julgamento, se bem que sob a presidência do Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O professor PINTO FERREIRA, catedrático de Direito Constitucional, também opina não restar menor dúvida de que os Tribunais de Contas exercem atividades jurisdicionais, ou que, no exercício de algumas de suas atribuições, é um autêntico órgão judicante.

Este parece ser o ponto de vista predominante.

# Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção

NELSON SALDANHA

Um dos tópicos essenciais em todo compêndio de direito processual é o referente à distinção entre jurisdição e competência, que tradicionalmente se estudam em conjunto, uma analisada depois da outra. Por estarem ambos os conceitos vinculados à atividade do juiz (*lato sensu*), as duas são mencionadas em conjunto: então se diz que a competência limita a jurisdição, e que esta se exerce por intermédio daquela. Apontam-se os três poderes e a especificidade da função jurisdicional; alude-se aos tipos de jurisdição e em seguida às espécies de competência.

A conexão entre o conceito de jurisdição e a estrutura da separação dos poderes — transformada por muitos autores em separação de *funções* — confere ao tema um nível específico, que alcança a própria teoria do Estado, sobretudo do Estado moderno; e por mais que o tema se incorpore à linguagem do Direito processual, os fundamentos da *jurisdictio* permanecem ligados a uma compreensão das relações entre o “jurídico” e o “político” no desenvolvimento das funções governamentais. O Estado oferece a prestação jurisdicional na medida em que assume o papel de regulador das relações sociais e de aplicador dos preceitos jurídicos. O Estado realmente diz o Direito, já anunciando-o ao editar normas, já aplicando-o aos casos concretos; isto é mais ou menos pacífico<sup>(1)</sup>.

Todo o “direito judicial” e todo o processo radicam sobre tais pressupostos, isto é, a presença do Estado diante das relações e a vigência do Direito como algo a ser aplicado. O Estado obviamente não aplica *todo* o Direito: uma parte deste corre e vige sem necessidade de atuação dos dispositivos jurisdicionais. Daí dizer PONTES DE MIRANDA, ao escrever sobre jurisdição, que “o processo nada mais é do que o corretivo da imperfeita realização automática do Direito objetivo”<sup>(2)</sup>.

(1) Em nosso estudo “Estado, Jurisdição e Garantias” (ora em *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*, ed. Sugestões Literárias, São Paulo, 1980), abordamos o tema da relação entre o surgimento do Estado — sobretudo o romano e o moderno — e a formação da função jurisdicional. Para um largo repasse histórico, J. ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Jurisdição e poder*, ed. Saraiva, São Paulo, 1987. Cf. também CHARLES H. MAC ILWAIN, *Constitucionalismo antigo y moderno*, ed. Nova, Buenos Aires 1958. E ainda o estudo de ALOISIO SURGIK sobre o conceito de *Imperium*, em *Rev. Jurídica, Curitiba*, ano V, n. 4, 1975.

(2) Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I (Ed. Forense, Rio de Janeiro 1974), pág. 100. Sobre o problema da “atuação espontânea do ordenamento” v. Salvatore Satta, “Giurisdizione (nozioni generali)”, em *Enciclopedia del Diritto* (ed. Giuffrè), vol. XIX, pág. 221. Para outra referência à doutrina nacional, Armindo Guedes da Silva, “A Jurisdição e a instrumentalidade do Poder Judiciário” em *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano XXXII, n. 133, jan./mar. de 1975, pp. 18 e segs.

É provável que em todas as épocas os governantes tenham tido necessidade de “distribuir” por partes o exercício do poder, tendo sido assim esboçada, em diversos contextos, a divisão de poderes teorizada no Ocidente moderno. Governar terá sido sempre tarefa ligada à distribuição de afazeres (se isto afetou ou não, em tal ou qual caso, a força centralizadora dos governantes, é outro problema). De qualquer sorte foi no Estado moderno, em sua fase constitucionalista, que o tema dos poderes foi realmente sistematizado, dele saindo os conceitos de poder e de função, com o sentido contemporâneo<sup>(3)</sup>. Mesmo lançando mão do direito romano e das noções correlatas nele existentes, a teoria da jurisdição na doutrina moderna é específica<sup>(4)</sup>.

\* \* \*

A rigor, o termo competência poderia ser utilizado para designar cada uma das divisões habitualmente relacionadas à “separação de poderes”. A cada poder corresponde uma competência; a cada função compete cumprir tais e tais atos. Entretanto a linguagem do direito processual estabeleceu dentro de seu âmbito uma acepção própria para o termo, vinculada à incidência de normas peculiares.

Dentro do ordenamento jurídico positivo, formalmente fundado sobre a Constituição, as normas se distribuem por “níveis” e por “ramos”. Na constituição — cujos dispositivos correspondem em maioria às chamadas normas-de-organização —, cada órgão recebe um conjunto de competências, que perfazem sua área de atuação. Assim, os órgãos do Executivo, os do Legislativo e os do Judiciário se apresentam constitucionalmente providos de competências, que a doutrina classifica em privativa ou exclusiva e concorrente.

Entretanto, a *jurisdição*, correlata de uma das funções centrais do Estado, assumiu no Estado moderno um alcance especial. Daí que as *competências*, dentro da organização judiciária, ficaram dependendo do conceito *processual* de jurisdição, e que os dois termos entrem juntos na didática do ensino jurídico<sup>(5)</sup>.

A ordem jurídica inclui entre suas estruturas a função jurisdicional. E contudo esta é uma parte do *Estado*, que se presta a pronunciar-se sobre o Direito. Se tomarmos o Direito em sentido amplo (o “Direito moderno”,

(3) GAETANO SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, 2 volumes, Milão, Giuffrè, 1979.

(4) Para a referência ao Direito Romano, J. DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du Droit* (Renaissance du Livre, Paris 1924), cap. II, item I: “La justice organisée par l'Etat. La procédure, bienfait de la cité”.

(5) Cf. GIULIO GIONFRIDA, “Competenza in materia civile”, em *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, vol. VIII, pp. 39 ss. Na doutrina brasileira José de Moura Rocha, “Competência”, em AAVV, *Digesto de Processo*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, vol. 2, pp. 144 e segs.

o “Direito brasileiro”), ele inclui normas que perfazem a função jurisdicional; mas esta, incluída entre os “poderes” estatais, se acha diante do Direito para *conhecê-lo e aplicá-lo* (6). Correspondendo a um dos poderes do Estado, a jurisdição tem sido conceituada (inclusive por autores italianos) como função destinada à *atuação da lei* (7), o que implica determinada imagem das estruturas do Estado. Ao mesmo tempo se pensa na jurisdição em termos administrativos, inclusive porque a *justiça* (cujo sentido transita do axiológico ao institucional) se entende como algo que se *administra*.

\* \* \*

Em livro hoje clássico, surgido em 1885, Adolph Wach situou dentro da doutrina certos conceitos basilares do processo. Para Wach, os sujeitos do processo seriam o Estado e as partes. Neste sentido definia a jurisdição civil como “o poder estatal no sentido da manutenção do ordenamento jurídico civil”. Em consonância, mencionava a seguir a presença da soberania estatal, e de seus órgãos, dentro da dinâmica processual (8).

Como se vê, os grandes conceitos que entram na construção de uma teoria geral do processo expressam conotações históricas. A *Gerichtsbarkeit* (jurisdição) corresponde à experiência de um Estado cuja conformação interna se desdobrou em poderes, e em que um destes poderes se incumbiu da interpretação e aplicação do Direito positivo: justo em um determinado momento da evolução das relações entre o Estado e o Direito. A “capacidade processual”, as competências, a relação — o processo como relação, para o mesmo Wach —, tudo isso se entende dentro de um amplo quadro histórico onde entram matizes específicos. Em 1912, em sua *Sociologia do Direito*, Ehrlich demonstrou que o Estado moderno, por suas especiais relações com a sociedade, precisou reformular suas formas (inclusive judiciais) de atuação. Cabe lembrar aqui que, ainda na Idade Média, a consolidação das “cortes centrais” inglesas, com sua jurisdição própria, foi um dos passos que antecederam a configuração do Estado “moderno” (9).

(6) Veja-se FRANCISCO MADRAZO, *Orden Jurídico y Derecho Judicial* (ed. Depalma, Buenos Aires, 1985), cap. VII; para a distinção entre ordem jurídica e direito judicial, pp. 69 e 70. No cap. IX o autor retoma o tema: em sua concepção a ordem jurídica se compõe de normas primárias, ou seja, as que formalmente expressam ditames, enquanto que o Direito Judicial é integrado pelas normas secundárias, isto é, por princípios, que, independentemente da explicitação legal, constituem o verdadeiro fundamento das decisões. A nosso ver o problema nos remete, por este caminho, ao tema das relações entre ordem e hermenêutica: esta se encontra justamente no modo pelo qual o judiciário vê as relações entre princípios e normas — no sentido de Esser.

(7) Cf. SALVATORE SATTA, *loc. cit.*

(8) *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, Leipzig, ed. Duncker & Humblot, 1885, Livro II, cap. I, § 24.

(9) JOSEPH STRAYER, *On the medieval origins of the Modern State* (Princeton University Press, 1970), *passim*, princ. pp. 44 e segs.

A atuação de um dos poderes governamentais, dedicado à realização da justiça através da aplicação da lei — ou do Direito positivo, como se preferir —, necessitou porém consolidar-se dentro das Constituições. Por outro lado, o funcionamento prático dos tribunais e das instâncias judicantes requereu que se distinguissem incidências específicas, ou por outra, pontos de referência para o alcance de tais ou tais instâncias. Daí a idéia das competências: na frase de Rocco, é o fracionamento concreto da função jurisdicional que faz surgir a competência “como distribuição e atribuição da jurisdição entre os vários juízos”; de onde, agrega o mestre italiano, que a distinção entre jurisdição e competência seja mais quantitativa do que qualitativa <sup>(10)</sup>.

\* \* \*

A nosso ver a vigência, na doutrina processual, de uma distinção conceitual entre jurisdição e competência corresponde à diferença entre o Estado e o Direito, ou antes: entre o lado político e o lado jurídico deste conjunto de estruturas que se chama Direito e que não se entende sem ligação com o que se chama Estado. Por causa da necessidade de guardar a ordem jurídica, a distribuição das funções estatais (poderes) incluiu um ramo jurisdicional, correlato das relações do Estado com aquela ordem, que existe para ser aplicada. O velho dualismo romano-medieval entre *gubernaculum* e *jurisdictio*, estudado por MAC ILWAIN <sup>(11)</sup>, subsiste no constitucionalismo moderno, mas com acento diverso. A jurisdição, que não é mais a mesma dos quadros medievais, se insere em um Estado de Direito como projeção do poder-de-império estatal sobre os “casos concretos” que compete julgar. A este poder de império se contrapõe o fato de que a prestação jurisdicional é já uma das garantias políticas. A jurisdição portanto mantém uma raiz *política*, vinculada à soberania estatal, fiadora do ordenamento e tuteladora da aplicação do Direito. Mas ao projetar-se sobre o nível desta aplicação ela encontra conveniências que são *jurídicas* e que envolvem a repartição do poder geral de julgar, que vem do Estado, em poderes, que são competências e que serão deferidos a tais e tais órgãos concretos. As competências correspondem a determinações técnicas, estabelecidas normativamente, e derivam de um poder que, em raiz última, se funda formalmente sobre a soberania estatal.

---

(10) “La differenza sta in questo che, mentre la giurisdizione è il potere spettante a tutti i magistrati, considerati nel loro complesso, la competenza è la giurisdizione spettante in concreto al singolo magistrato” — Ugo Rocco, “Competenza Civile”, em *Novissimo Digesto Italiano*, dir. da A. Azara e E. Eula, Utet, Turim, vol. III, p. 749. — Vale destacar de qualquer sorte o sentido “quantitativo” da noção de competência, como parte ou porção da jurisdição.

(11) MAC ILWAIN, op. cit. — Cf. também WALTER ULLMANN, *Law and Politics in the middle Ages* (Ed. The Sources of History, Londres 1975), cap. I: para o trânsito do conceito romano de *ius dicere* aos quadros medievais, e para o dualismo *jurisdictio-gubernatio*. pp. 33 e ss. “Gubernatio was essentially the exercise of *jurisdictio*” (p. 34), o que nos remete às frases de Wach sobre a presença da soberania no exercício da jurisdição.

# A atuação dos Procuradores da República no atual contexto de competência jurisdicional federal em tema de combate a entorpecentes

VITOR FERNANDES GONÇALVES

Promotor de Justiça do Ministério Público  
da União

## SUMÁRIO

*I — Introdução. II — Competência jurisdicional federal em tema de entorpecentes. III — Atuação dos Procuradores da República. IV — Conclusão. V — Bibliografia.*

### I — Introdução

O presente trabalho visa tecer comentários acerca das tarefas impostas ao Ministério Público Federal pelo ordenamento jurídico vigente, relativas ao combate ao uso de entorpecentes ou substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica.

De efeito, não se pode olvidar a existência de uma atividade multifária dos membros do *Parquet* na prevenção e repressão aos tóxicos. Contudo, este estudo se limitará à análise da competência do Ministério Público Federal em face da atual Constituição e da legislação ordinária vigente.

Inicialmente, será delimitada a competência dos órgãos jurisdicionais federais em relação ao tema, ocasião em que será feito um célere exame da legislação, doutrina e jurisprudência a ele aplicáveis.

Em seguida, a competência dos procuradores da República será inserida e comentada tendo em vista a delimitação jurisdicional já feita.

O que se espera é questionar a eficácia do sistema estatal posto à disposição dos brasileiros para reprimir o problema do uso de entorpecentes, ou pelo menos uma face deste sistema, e assim ajudar o trabalho e o estudo daqueles conscientes da necessidade de discussão em torno deste gravíssimo problema social. O intuito é criar um maior debate, do qual surgirão boas sugestões para a melhoria dos resultados obtidos no combate a este horrendo flagelo.

## II — *Competência jurisdicional federal em tema de entorpecentes*

Muito já se discutiu na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de magistrados estaduais poderem julgar crimes relativos ao uso de entorpecentes.

Afirmava-se que a competência jurisdicional para o processo e julgamento de crimes de tal natureza teria de ser, sempre, da Justiça Federal, pois tais crimes tinham sido objeto de regulamentação em tratado internacional, qual seja a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, ratificada pelo Brasil.

Atualmente, contudo, tal discussão está completamente superada. A vigente Carta Magna estatui claramente no inciso V de seu art. 109 que só são da competência da Justiça Federal de primeira instância “crimes previstos em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

Tal norma, por se referir especificamente a “crimes”, prevalece sobre o mandamento contido no inciso III do mesmo artigo.

Aliás, mesmo antes da vigência da atual Constituição, o entendimento que pretendia conferir exclusividade à Justiça Federal para processar e julgar crimes relativos a entorpecentes não só era equivocado juridicamente, como era inaplicável na prática e, por isto mesmo, despropositado.

Nesse sentido, consulte-se a lição do renomado professor e Procurador da Justiça paulista, VICENTE GREVO FILHO, que reflete a melhor doutrina acerca da matéria, senão vejamos:

“A Convenção Única sobre Entorpecentes visa coibir o tráfico no âmbito internacional e aquilo que a produção, extração e distribuição locais possam influir internacionalmente. Aliás, o

inciso VI do art. 36 da Convenção ressalva: "Nenhuma das disposições do presente artigo afetará o princípio de que os delitos a que se referem devem ser definidos, julgados e punidos de conformidade com a legislação nacional de cada parte", in *Tóxicos — Prevenção — Repressão*, E. Saraiva, 5.<sup>a</sup> ed., 1987, pp. 161 e 162".

Como se vê, não há dúvidas. A competência se desloca para a jurisdição federal somente quando a questão tiver implicações internacionais ou, mais especificamente, como estatui a Constituição, em duas hipóteses: a) quando os atos executivos são iniciados no Brasil mas os agentes planejaram consumir o crime no exterior, isto é, quando o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no exterior; b) quando os atos executivos foram iniciados no exterior mas o resultado do crime tenha ou devesse ter ocorrido no Brasil.

Releva notar, contudo, que dentre todos os núcleos de tipo objetivo dos crimes previstos na Lei n.º 6.368, de 21-10-1976, a qual reúne praticamente todo o direito positivo ordinário federal acerca do assunto entorpecentes em nosso País, vários são instantâneos, nos quais, como se sabe, o início da execução coincide com a consumação. Assim, por exemplo, no art. 12, as condutas de "expor à venda", "prescrever", "ministrar", "fornecer, ainda que gratuitamente" etc.

De outra parte, existem também tipos permanentes, em que a consumação se protraí no tempo como, por exemplo, as condutas "transportar", "trazer consigo", "guardar", "ter em depósito" etc.

Esta multiplicidade de tipos desacredita a interpretação literal do texto constitucional. Melhor será o intérprete analisar o dispositivo sistematicamente e teleologicamente. Estes dois últimos tipos de interpretação são os utilizados pelos nobres juristas, ministros da Excelsa Corte pátria, na decisão dos casos concretos que se lhes apresentam no cotidiano.

Realmente, é pacífico no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os únicos crimes previstos na Lei de Tóxicos, cuja competência para o processo e julgamento é da jurisdição federal, são os previstos nos arts. 12, 13 ou 14, sendo indispensável que a denúncia faça alusão à causa especial de aumento estatuída no inciso I do art. 18. Os núcleos alternativos de tipo prováveis são, basicamente, "importar", "exportar", "transportar" e "remeter".

Tal posicionamento, muito embora peque pela falta de técnica, já que a simples omissão de uma majorante na capitulação ofertada na denúncia não pode, evidentemente, alterar critérios constitucionais de competência jurisdicional, pois nem mesmo torna a peça vestibular inepta, por isto que o magistrado não está adstrito à capitulação da denúncia e, de outra parte,



o acusado se defende dos fatos descritos e não da capitulação dada a estes fatos, está, contudo, plenamente reconhecido no Supremo Tribunal, conforme se observa pelo exame dos seguintes arestos, todos unânimes e do Tribunal Pleno da Excelsa Corte:

**“CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI n.º 6.368/76, ART. 12).**

Verificando-se da denúncia, a qual não sofreu aditamento, que o delito atribuído ao réu foi o art. 12, I, sem qualquer referência ao “art. 18, I, ambos da Lei n.º 6.368/76, e, assim, resultou apreciada pelo Juiz de Direito, evidencia-se que sentenciou ele no exercício de sua competência originária, jamais com a delegação a que se refere o art. 27 do citado diploma. Cabe, pois, ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal Federal de Recursos, julgar a apelação interposta daquele veredito.

Conflito de Competência conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado.”

Conflito de Jurisdição n.º 6.210-MS, Relator o Min. CORDEIRO GUERRA, *RTJ* 93/58.

“Conflito de Competência. Entorpecentes. Denúncia que não alude ao crime previsto no art. 18, I, da Lei de Tóxicos (tráfico internacional) e condenação que não impôs pena à base do mesmo art. 18, I, mas tão-só pelos arts. 12 e 14 da mesma lei.

Não tendo os acusados sido denunciados pelo crime previsto no art. 18, I, da Lei de Tóxicos (Lei n.º 6.368/76), que se refere ao tráfico internacional de entorpecentes, e nem tendo a sentença imposto condenação por tal crime, considerando-se que todo o processo girou em torno de consumo e distribuição de drogas no território nacional, e, ainda mais, levando-se em conta que o recurso do Ministério Público visa à majoração das penas impostas, sem, contudo, procurar a desclassificação dos crimes para tráfico internacional, não há que se falar nestes.

O tráfico internacional, se houve, ficou ultrapassado, já que não foi ele objeto de acusação nem de apuração.

Fixa-se, deste modo, no Tribunal de Justiça do Estado, e não no Tribunal Federal de Recursos, a competência para o julgamento dos recursos, em que é acatada a sentença de 1.º grau.”

Conflito de Jurisdição n.º 6.803-4-RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, publicado no *DJU* do dia 14-10-1988.

Examinemos agora outros casos concretos, só que das turmas da Suprema Corte, no mesmo sentido dos já expostos, evidentemente, mas procurando deixar transparente a interpretação telcológica da Constituição, *ex vi* da abaixo ementa:

“**HABEAS CORPUS**” ENTORPECENTES. Lei n.º 6.368/76, arts. 12 e 13. Hipótese em que não se cuida de tráfico internacional de drogas, mas de comércio interno. Competência da Justiça local. Falta de realização de exame de dependência toxicológica. Réu que se declarou viciado. Alegação de nulidade do processo, que não é de acolher-se. *Habeas Corpus indeferido.*”

RHC 65.786-9-BA. Rel. o Min. NÉRI DA SILVEIRA, publicado no DJU de 16-12-1988.

Aliás, este entendimento já era o adotado no Supremo Tribunal, mesmo no regime constitucional anterior, consoante se observa pelo infratranscrito caso:

“**TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL** (art. 125, V, da Constituição).

— Se a infração foi cometida no âmbito alfandegário, por pessoas aqui residentes, mas com implicações internacionais, porque produziriam efeitos em outro país, constitui questão de direito penal internacional, cuja competência é da Justiça Federal.

— Agravo regimental improvido.”

Agravo de Instrumento n.º 118.218 — (AGRG) — RJ, Rel. o Min. CARLOS MADEIRA, publicado no DJU do dia 29-5-1987. Decisão unânime. Segunda Turma.

A par de tudo que já se disse, contudo, não se pode esquecer que a mais importante competência jurisdicional federal é a exercida pelo Supremo Tribunal, em matéria de extradição.

Tal competência é de caráter originário, como estatui limpidamente a letra g do inciso I do art. 102 da vigente Constituição.

E não se pode olvidar que ocorre na extradição, e isto é sempre necessário repetir, o fenômeno da extraterritorialidade da lei penal.

De efeito, por força de convenções internacionais ou, ainda, promessas formais de reciprocidade, quem exerce a jurisdição federal pátria acaba por reconhecer, na prática, eficácia jurídica e validade à lei estrangeira, relativa a tipos criminais alienígenas, bastando que exista um tipo similar previsto em nosso País.

É isso mesmo. A lei estrangeira tem vigência reconhecida no território nacional. Para retratar a hipótese, verifique-se a solução jurídica dada a um recente pedido de extradição, *verbis*:

**“EMENTA: EXTRADIÇÃO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES, COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FRANCESA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO.**

Extradição deferida.

Não compete à Justiça brasileira examinar os elementos de prova, ou meramente informativos, colhidos pela Justiça francesa e justificadores do mandado de captura.

Nem examina ele regras de competência interna do juiz que o expede. Menos ainda quando o extraditando sequer alega sua incompetência.

Não é necessária absoluta coincidência entre a denominação dos delitos, pelo direito do país requerente, e a adotada pelo Brasil, bastando que, na essência, as condutas imputadas sejam tratadas como crimes, por um e outro, como ocorre no caso. Por outro lado, o governo requerente tem interesse em alcançar o nacional francês, que, embora fora de seu território, estaria atuando, no Brasil, como elemento integrante da quadrilha que lá se formou e opera, tudo conforme precedente referido pelo Ministério Público Federal. E este entendimento mais se justifica, diante das convenções de combate ao tráfico internacional de tóxicos.”

Extradição 480-8. Rel. o Min. SYDNEY SANCHES, publicado no *DJU* do dia 17-11-1989. Decisão unânime.

Por tal decisão, a Suprema Corte não só examinou a necessidade de regularidade do decreto de prisão do extraditando, tendo em vista o que dispõe as leis francesas, como até mesmo a própria lei adjetiva penal francesa, conforme se extrai do notável ensinamento do Ministro SYDNEY SANCHES, no seguinte trecho de seu voto:

“Excelência, é inadmissível a arbitrariedade, o abuso de poder por qualquer autoridade. Portanto, para que não se cometa mal maior, faz-se necessário, como se dizia alhures: o despacho fundamentado que decretou a prisão do requerido, pois o Mandado de Captura de fls. não supre aquele, porque este é uma consequência natural. O decreto judicial é pressuposto para expedição do mandado. Devendo-se comprovar, igualmente, a Lei Adjetiva que dá competência ao Juiz Instrutor junto ao Tribunal de Grande Instância de Marselha para decretar a prisão do francês.”

Veja-se jurisprudência:

“EXTRADIÇÃO N.º 443 — REPÚBLICA FRANCESA  
(TRIBUNAL PLENO).

RELATOR: O SR. MINISTRO RAFAEL MAYER.

REQUERENTE: GOVERNO DA REPÚBLICA LIBANESA.

EXTRADITANDO: WADJI ANTOINE MOUAMAD.

EXTRADIÇÃO DILIGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO.

DENEGAÇÃO.

Excedido o prazo legal sem que o Estado requerente tenha trazido os documentos reclamados em diligência determinada pela Corte, tidos por indispensáveis ao exame da legalidade e procedência da extradição, fica indeferido o pedido.” (RTJ 120/07).

EXTRADIÇÃO DENEGADA.”

É certo, portanto, que não só as leis francesas como as de qualquer país que mantenha relações nesse sentido com o Brasil, vigem no Brasil, desde que seja possível o processo de extradição, isto é, desde que os requisitos estatuídos no Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80) sejam preenchidos.

Outrossim, sujeito passivo da extradição poderá ser, além do estrangeiro, também o brasileiro naturalizado.

A atual Carta Magna autoriza a extradição do brasileiro naturalizado envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes e prevê para tanto os mesmos requisitos exigidos à extradição de um estrangeiro.

Esta salutar inovação da Constituição, prevista no inciso LI de seu art. 5.º, sobre ter rompido com uma tradição de mais de cinquenta anos de proibição à extradição de nacionais, revelou coragem e determinação no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, dando a tais crimes tratamento diferenciado dos demais crimes comuns e assim permitindo uma melhoria na cooperação internacional na repressão a tão grave problema.

Com efeito, estatui referido inciso constitucional que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da lei”.

Ao intérprete resta claro, portanto, que se no caso dos crimes comuns o brasileiro tem resguardado o direito de submissão à jurisdição nacional ao responder por crimes praticados após a data do recebimento do certifi-

cado de naturalização, nos crimes de tráfico de drogas isso não acontece: pouco importa se o crime foi praticado antes ou depois da naturalização.

E no que tange às palavras “na forma da lei” da parte final do inciso LI da Constituição, tão-somente conferem competência à legislação federal ordinária para a regulamentação da apuração e efetiva comprovação do envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes. Tal regulamentação, aliás, é a prevista pela Lei n.º 6.368, de 21-10-1976.

Outro entendimento, de que as palavras “na forma da lei” do dispositivo constitucional em debate significam que a extradição de brasileiros naturalizados traficantes depende de regulamentação, viola princípios de interpretação gramatical, lógica, sistemática e teleológica sendo, portanto, insustentável.

Por tudo o que já se expôs, pode-se delinear o seguinte quadro da competência jurisdicional federal em matéria de entorpecentes:

<i>Crimes</i>	<i>Sujeito ativo</i>	<i>Competência para processo e julgamento</i>
Arts. 12, 13 e 14 c/c 18, inciso I, da Lei de Tóxicos	Qualquer pessoa	Justiça Federal
Previstos em leis estrangeiras	Apenas estrangeiros e brasileiros naturalizados	Supremo Tribunal Federal

### III — *Atuação dos Procuradores da República*

É no contexto deste quadro retrodelineado de competência jurisdicional federal que se pretende comentar a atuação dos Procuradores da República, especialmente no que tange a algumas peculiaridades processuais e no que respeita às imposições constitucionais e legais a que se submetem tais agentes políticos.

Iniciando pela atividade preventiva contra o uso de entorpecentes, verifique-se que os Procuradores da República têm a faculdade de, atuando em conjunto com a Polícia Federal, proceder inspeções, independentemente de qualquer procedimento judicial, em empresas industriais ou comerciais, estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, ensino e congêneres, assim como

nos serviços médicos que produzirem, venderem, comprarem, consumirem ou fornecerem substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, ou especialidade farmacêutica que as contenham (art. 41, *caput*, da Lei n.º 6.368/76 c/c art. 1.º do Decreto-Lei n.º 753, de 11-8-1969).

Contudo, é na esfera da repressão ao uso de entorpecentes que se concentram as funções dos membros do *Parquet* federal.

Nesse sentido, a competência do Ministério Público Federal inicia na própria esfera policial federal. O Procurador da República deve fiscalizar a atividade do policial federal, coibindo abusos e arbitrariedades. Em suma, deve exercer o controle externo da atividade policial, conforme dispõe o inciso VII do art. 129 da atual Carta Magna.

Continuando, já na esfera da estrita persecução penal, mas ainda na fase inquisitorial, deve o Procurador da República requisitar diligências investigatórias que entender necessárias à elucidação da verdade e a instauração de inquérito policial nos processos de sua competência (inciso VIII, art. 129 da Constituição).

E quais são esses processos? Exatamente os processados e julgados pela jurisdição federal.

Ou sejam, os processos em que se apuram os crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14, sempre c/c art. 18, inciso I, todos dispositivos da Lei n.º 6.368/76, bem como aqueles em que se apuram crimes estrangeiros relacionados com entorpecentes.

Contudo, se na apuração dos crimes nacionais a atividade *Parquet* federal é dupla, isto é, concentra a competência para proposição da ação penal e a fiscalização da aplicação da lei, em tema de extradição, o Ministério Público Federal atua tão-somente como *custos legis*.

É necessário salientar, neste ponto, que no processo de apuração de crimes estrangeiros para fins de extradição, o *Parquet* federal é representado somente pelo Procurador-Geral da República, ou por algum Subprocurador-Geral da República que o substitua eventualmente, enquanto nos crimes nacionais qualquer Procurador da República poderá pugnar por tornar concreta a pretensão punitiva estatal genericamente prevista na Lei n.º 6.368/76, sendo-lhe atribuídas todas as competências processuais possíveis *in casu* como, por exemplo, a de requerer ao Juiz, por conveniência à ordem pública, a internação, em manicômio judiciário, do traficante internacional considerado por laudo pericial dependente, conforme estatui o § 1.º do art. 29 do Decreto-Lei n.º 891, de 25-11-1938, ainda em vigor.

E não se esgotam aí as funções do *Parquet* federal na repressão aos entorpecentes.

Cabe ao Procurador da República requerer a instauração de processo administrativo sumário de expulsão, perante o Ministério da Justiça, em até 30 dias do trânsito em julgado de qualquer sentença que condene um estrangeiro por tráfico de entorpecentes. É o que dispõe o art. 67 da Lei n.º 6.815/80, a qual também disciplina o procedimento então aplicável, qual seja o de instauração de inquérito sumário com prazo de 15 dias, findos os quais, se insubsistente a defesa, será preparado um decreto de expulsão, cuja assinatura dependerá da prudente discricionariedade do Presidente da República, sendo certo que, se assinado, aguardar-se-á o término no cumprimento da pena imposta ao estrangeiro para, somente em seguida, expulsá-lo do País.

#### IV — Conclusão

Como se pôde observar, o leque de competências do Ministério Público Federal no combate aos entorpecentes é vasto, variado e de grande importância.

São muitas as funções, e algumas delas simplesmente não estão sendo convenientemente exercidas.

O Ministério Público Federal não pode continuar exercendo as funções agora atinentes à Advocacia Geral da União. Estas últimas funções, sobre serem completamente incompatíveis com as demais funções ministeriais, ocasionam tamanho volume de trabalho que inobstante o heróico esforço dos Procuradores da República, algumas áreas de atuação são simplesmente relegadas a um segundo plano, quando não foi isto que o legislador constitucional pretendeu, nem é isto o que a sociedade brasileira merece.

A independência do Ministério Público da União fica condicionada à vontade política do Congresso Nacional. Isto é inadmissível! A Constituição tem de ser implementada, a sociedade não tolera mais a impunidade.

Sem a regulamentação por lei complementar das atividades da Advocacia-Geral da União e sem sua implantação prática, os membros do *Parquet* não podem assumir como desejam suas funções constitucionais e, como consequência, persiste a nefasta impunidade.

No plano do combate aos entorpecentes a situação pátria já é grave e merece a consideração de todos os segmentos da sociedade, pois o que está em jogo é o futuro da juventude nacional, ou seja, o próprio futuro do País, sobretudo neste momento em que o Cartel de Medellín ameaça transferir parte de seus negócios para a Amazônia brasileira.

Analisemos, aliás, o panorama atual do narcotráfico no Brasil, em ligeiras e despretensiosas reflexões. O problema principia com o estímulo

dado pelos traficantes aos menores inimputáveis, a fim de que se iniciem na senda do crime. Seja para satisfazer seu vício, seja para atender à sua ânsia de ganhar dinheiro fácil, um enorme contingente de menores serve aos propósitos dos traficantes. Geralmente esses menores são desocupados, sem orientação familiar, já iniciados em algum tipo de tóxico e que, por sua condição de penalmente inimputáveis, gozam da preferência dos traficantes para a distribuição do entorpecente. Se, porventura, são apanhados, acabam recebendo simples advertência do Juizado de Menores, que, mesmo extensiva a seus responsáveis, nenhum resultado prático produz. Assim, esses jovens ingressam no mundo do crime, passando a traficar diariamente e a cometer outros crimes como o furto de veículos. Só mais tarde, ao atingirem a idade em que podem ser presos e processados, sofrem na própria pele as conseqüências da nefasta influência que tiveram dos traficantes, mas aí as suas vidas já estão estragadas para sempre.

Muitos afirmam que o problema está na lei. Acusam a lei antitóxicos de ser pouco rigorosa e clamam por diploma legislativo mais eficiente. Mas não é bem assim. Com muito maior razão poder-se-ia dizer que divorciada da realidade nacional é a Lei de Execuções Penais, por conter tantos benefícios à disposição dos condenados. Com efeito, prevê essa lei, em vários casos, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pagamento de simples multa, em prestação de serviços à comunidade ou recolhimento noturno à prisão-albergue que, não existindo, possibilita a chamada prisão domiciliar, na prática um nada, por falta de estrutura fiscalizadora. A esses benefícios são acrescidos o livramento condicional, o indulto, a suspensão condicional da pena, a mudança de regime penitenciário, pela qual o condenado passa do regime fechado para o semi-aberto depois de cumprir apenas um sexto da pena etc.

Não se pode olvidar, ainda, que freqüentemente a morosidade do mecanismo repressor (Polícia, Ministério Público e Justiça) possibilita aos criminosos verdadeiro prêmio através de prescrições da pretensão punitiva e executória.

Também na aplicação da pena os juizes tendem a aproximá-la mais do piso do que do teto, mesmo se o condenado possui maus antecedentes. Aliás, a bem da verdade, em fase recursal, as penas são sistematicamente reduzidas pelos tribunais.

Todo este quadro contribui para a impunidade ou para o estímulo da criminalidade nessas pessoas que, em busca do lucro fácil, atingem a Nação no que ela possui de mais importante, ou seja, a sua juventude.

Como se vê, o Ministério Público, guardião da lei e dos interesses da sociedade, deve concentrar seus esforços para evitar a expansão desse quadro de impunidade.



Outrossim, a par da urgente necessidade de se liberar o *Parquet* federal de funções que lhe são incompatíveis, existem outras formas de se procurar melhorar o sistema de combate ao tráfico de drogas.

Uma delas é o fomento de intercâmbio internacional de informações no tema.

Neste assunto, o Ministério Público Federal, como instituição e como órgão que abriga inúmeros estudiosos do Direito, muito poderia contribuir, seja por meio de produção científico-doutrinária a respeito, seja por meio de sugestões e troca de idéias ou até mesmo acordos com instituições estrangeiras similares, órgãos internacionais e, ainda, departamentos estatais estrangeiros ligados ao combate aos entorpecentes.

O problema dos entorpecentes deve ser tratado no Brasil como mundialmente se apresenta: um verdadeiro flagelo para a humanidade.

E não há órgão mais adequado, por sua missão de guardião da Constituição e promotor de justiça, que o Ministério Público, para organizar um *forum* de debates acerca da eficácia do sistema pátrio de prevenção e repressão a entorpecentes.

A evolução das funções do Ministério Público e o interesse público justificam esse posicionamento.

#### V — *Bibliografia*

BASTOS, Celso Ribeiro/GANDRA, Yves, *Comentários à Constituição Federal*, 2º Volume, Ed. Saraiva, 1ª edição, 1990.

FILHO, Vicente Grego, *Tóxicos — Prevenção, Repressão*, Editora Saraiva, 6ª edição, 1989.

Constituição de 1988.

Lei nº 6.368/76.

Lei nº 6.815/80.

Decreto-Lei nº 891, de 25-11-1938.

Decreto-Lei nº 753, de 11-8-1969.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CJ 6.210-MS, RTJ 93/58; CJ 6.803-RS, DJU 14-10-88; RHC 65.786-9-BA, DJU 16-12-88; AI 118.218 (AGRG) RJ, DJU 29-5-87; EXT 480, DJU 17-11-89; EXT 443, RTJ 120/07.

# Conceito de “underselling” (“dumping”) dentro do Anteprojeto da nova Lei Antitruste

MÁRIO ROBERTO VILLANOVA NOGUEIRA

Advogado militante em São Paulo. Pós-Graduado com especialização em Economia pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

## SUMÁRIO

- I. “Dumping” e “underselling”.
- II. Tipificação legal.
  - 1) Concorrência perfeita. 2) Oligopólio. 3) Monopólio. 4) Venda abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro. 5) Venda por preço injustificado. 6) Dominação do mercado relevante prejudicando a livre concorrência ou aumentando arbitrariamente os lucros e/ou abuso da posição dominante que resulte ou possa resultar em prejuízo para o interesse coletivo ou para determinar a empresa. 7) Impedir o fomento da eficiência e do desenvolvimento e não beneficiar o consumidor ou usuário final. 8) Elemento subjetivo.
- III. “Underselling” na doutrina estrangeira.
- IV. Conclusão.

### I. “Dumping” e “underselling”

Antes de iniciarmos o presente estudo, convém que se estabeleçam convenientemente os conceitos de *dumping* e de *underselling*. Por força do uso, vem-se utilizando indistintamente o termo *dumping* para exprimir qualquer venda abaixo do preço de custo, seja no âmbito restrito do mercado nacional, seja referente ao comércio internacional. No entanto, estes conceitos são bastante distintos, tomando vulto tal diferenciação quando se sabe que são eles regulados por diplomas legais diversos, como distintos são os órgãos encarregados de sua apuração e repressão.

Consoante o art. 2.º, 1, do “Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio” (promulgado pelo Decreto n.º 93.941, de 16 de janeiro de 1987), “um produto é objeto de *dumping*, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço

inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador". Como se vê, a prática de *dumping* relaciona-se com o comércio exterior, sendo, pois, por definição, impossível a prática de tal ato dentro exclusivamente do mercado nacional. Em assim sendo, a apreciação e a repressão a tal comportamento, enquanto adstrito exclusivamente à esfera da política de proteção à indústria nacional, não se encontra dentro da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, mas sim, cabendo à Comissão de Política Aduaneira. Somente nos importa a prática do *dumping* quando realizada em importações e, a partir do momento em que repercutir como prática anticoncorrencial, onde começará a competência concorrente do CADE.

Desta forma, a venda, no mercado nacional, de mercadoria abaixo do preço de custo ou sem razoável margem de lucro, desde que injustificadamente, consiste, na verdade, de prática de *underselling*, este sim, indiscutivelmente, dentro dos limites da competência do CADE.

Uma vez feita tal distinção, o que pretendemos no presente trabalho é trazer alguns módicos subsídios que auxiliam a todos aqueles que lidam com o Direito Antitruste, visando à apuração da prática do *underselling*, procurando, dentro do espírito do anteprojeto da nova Lei Antitruste, estabelecer os limites entre a prática predatória do *underselling* e a liberdade da empresa na cobrança do preço e seu uso como legítimo instrumento concorrencial.

## II. Tipificação legal

Contrariamente à atual Lei Antitruste (Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962), que não arrola entre os tipos puníveis elencados no art. 2.º a prática do *underselling*, o projeto o prevê no item p do art. 23, *in verbis*:

"Art. 23 — As seguintes condutas, práticas, atos e contratos, entre outros, configuram formas de abuso do poder econômico de que tratam os arts. 21 e 22, ainda que não tenham sido alcançados os fins visados:

.....  
p) vender, injustificadamente, mercadoria abaixo do preço de custo ou sem razoável margem de lucro inerente à atividade comercial;"

Não é nosso intuito nos aprofundarmos na discussão de se a prática de *underselling* estaria ou não tipificada na lei atualmente em vigor, no entanto, permite-se fazer algumas considerações neste ponto, ainda que à *vol d'oiseau*.

Como se sabe, o Projeto n.º 122, de 1948, de autoria do Deputado AGAMENON MAGALHÃES, previa, expressamente entre as formas de abuso do poder econômico, a prática de *dumping* (sic). O fato é, porém,

que na fase de discussão do mencionado projeto, o Congresso Nacional, sensível às ponderações apresentadas pelo Prof. ALEXANDRE KAFKA, em pronunciamento perante a Câmara Especial da Câmara dos Deputados, em 22 de fevereiro de 1956, houve por bem retirar do texto que veio a ser aprovado, o tipo *dumping* (aqui usado em substituição a *underselling*).

Filiamo-nos à corrente dos que entendem o Direito Antitruste como sendo um ramo do Direito Penal Econômico, sujeitando-se aquele, pois, aos mesmos princípios informadores deste, entre os quais o da tipicidade da conduta. Em vista disto, em face da presente lei, não haveria que se falar em *underselling* como prática anticoncorrencial, haja vista o fato da não-tipificação da conduta no diploma legal cabível.

Conduta típica ou não, o fato é que a comissão elaboradora do anteprojeto entendeu que a prática do *underselling* pode, eventualmente, ser anticoncorrencial, pelo que a tipificou como acima mencionamos.

Não se pode, porém, dizer que qualquer venda abaixo do preço de custo constituiu-se, por si só, *underselling* e que tal fato deva ser punido na forma da lei.

Pelo contrário, a prática tem demonstrado que a ocorrência de *underselling* como conduta anticoncorrencial acontece em termos bastante diminutos, muito inferiores ao número de denúncias ou queixas de tal atitude que são trazidas à luz. Tal fato se explica, basicamente, pela lógica econômica do mercado.

Uma determinada empresa somente pratica o *underselling* com vistas à eliminação de seus concorrentes se tiver, pelo menos, grandes chances de que com esta atitude levá-los-á todos, ou boa parte deles, a fecharem seus negócios num prazo relativamente curto (um período alongado em demasia de redução de lucros, poderia levar à insolvência a própria empresa), sendo que após tal período ela poderá valer-se de sua condição de monopolista e os lucros então auferidos compensarão plenamente as perdas passadas. Ou seja, enquanto os prejuízos são presentes e ocorrem a cada venda, os lucros são futuros e hipotéticos. Não é por outra razão que a jurisprudência e a doutrina estrangeiras, que analisaremos mais adiante, têm sido tão reticentes em processar e punir as alegadas práticas de *underselling*.

Como primeira medida para se avaliar se a ocorrência de *underselling* configura-se em atitude anticoncorrencial, seria verificar-se o tipo de mercado em que operam os produtores.

Tradicionalmente os mercados são divididos em três espécies:

- a. concorrência perfeita;
- b. oligopólio; e
- c. monopólio.

Passemos, então, a analisar a lógica do *underselling* dentro de cada um destes mercados.

a. *Concorrência perfeita*

Conforme define ERNEST GELLHORN (*Antitrust Law and Economics*, pp. 51/52, West Publishing Company, 1981), um mercado será de concorrência perfeita se:

- i. houver um grande número de compradores e vendedores;
- ii. a quantidade de produtos comprada por qualquer comprador ou vendida por qualquer vendedor for tão pequena em face das vendas totais que alterações nestas quantidades não alterem o preço de mercado;
- iii. o produto é homogêneo; não há razão para que um comprador prefira um vendedor em especial ou vice-versa;
- iv. todos os compradores e vendedores têm perfeitas informações sobre os preços do mercado e a natureza dos bens vendidos; e
- v. há liberdade de entrada no mercado.

Antes de seguirmos adiante, façamos apenas um reparo na conceituação apresentada por GELLHORN: baseados em EDUARDO AUGUSTO GUIMARÃES (*Acumulação e Crescimento da Firma — Um Estudo de Organização Industrial*, Editora Guanabara, 1987), diremos que pode não haver a venda de um produto homogêneo, mas também de diferenciados. Veremos abaixo as implicações desta segunda hipótese.

Este mercado, seja de produtos homogêneos, seja de diferenciados, é, em nossa opinião, impermeável ao *underselling* como prática anticoncorrencial. Se não, vejamos: por definição todas as empresas terão um porte semelhante, nenhuma delas dispondo de capacidade financeira que a permita por um período maior de tempo (pelo menos não maior que suas concorrentes) absorver prejuízos causados por uma venda abaixo do custo. Deste modo, a redução dos preços por parte de qualquer empresa levará as outras a fazerem o mesmo, não alterando a participação proporcional de qualquer delas no mercado. No momento em que os prejuízos se tornassem insuportáveis, o que deverá ocorrer simultaneamente com todas as empresas, os preços simplesmente voltariam aos níveis anteriores. O aumento da margem de lucro com vistas à recuperação financeira, por sua repercussão nos preços, levará os consumidores a optar por outros vendedores com preços menores, impedindo uma compensação dos prejuízos. A tentativa foi *ab ovo* ineficaz. Por certo a empresa tem consciência da inutilidade da prática de *underselling* e não o praticará com fins predatórios.

Caso os produtos sejam diferenciados, a peculiaridade estará na elasticidade-preço da demanda, ou seja, quão menor deverá ser o preço de um produto para que o consumidor abandone o seu substituto e passe a adquiri-lo. O mesmo se aplica em sentido inverso, ou seja, tendo em vista a facilidade de entrada no mercado, quando a empresa que praticou o

*underselling* pretender valer-se de sua condição monopolista, aumentando seus lucros, sua margem de lucratividade superior à do mercado atrairá de imediato novos concorrentes que poderão se valer da mesma elasticidade-preço da demanda.

Pelo que se vê, a prática do *underselling* com fins predatórios somente será economicamente possível no caso de oligopólios ou quase monopólios onde, embora havendo um razoável número de fornecedores, um deles possua uma participação bastante superior à dos demais.

#### b. *Oligopólio*

Por seu turno, este tipo de mercado caracteriza-se por:

- i. um pequeno número de vendedores, geralmente de grande porte;
- ii. a quantidade de produtos comprada por qualquer comprador ou vendida por qualquer vendedor é substancial em face das vendas totais, e alterações nestes volumes podem alterar os preços de mercado;
- iii. o produto pode ser homogêneo ou diferenciado;
- iv. todos os compradores e vendedores têm razoável informação sobre os preços do mercado e a natureza dos bens vendidos; e
- v. há barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado.

As empresas oligopolistas são, via de regra, empresas de porte, dispendo de grande capacidade financeira e podendo, por via de consequência, suportar prejuízos em suas operações por um razoável período de tempo. Embora cada uma delas, individualmente, seja capaz de praticar o *underselling* com vistas à eliminação da concorrência, pois pode conviver com os prejuízos, devemos lembrar que também as concorrentes, igualmente grandes empresas, poderão reduzir ou zerar sua margem de lucro com vistas a contrabalançar o comportamento agressivo de qualquer delas. Mais uma vez verifica-se que a prática do *underselling* para a dominação do mercado não será tão simples como alguns a crêem.

Poderemos imaginar que uma das oligopolistas tenha uma capacidade financeira muito superior à de suas concorrentes e pretenda eliminá-las. Ainda assim, esta vitória poderá ser de Pirro, visto o elevadíssimo montante dos prejuízos que será obrigada a arcar, que podem chegar a tal ponto que comprometam a própria saúde da empresa. Para compensar tais prejuízos, a elevação da margem de lucros no futuro deverá ser substancial, o que fatalmente atrairá novos concorrentes, mesmo em face de eventuais barreiras à entrada. Muitas vezes será mais barato investir-se em pesquisa e desenvolvimento e ganhar o mercado pela diferenciação do produto.

Tipicamente as barreiras à entrada em mercados oligopolistas são os elevados investimentos e o conhecimento tecnológico apurado. No caso de oligopólios homogêneos a tecnologia é, via de regra, de conhecimento público, pelo que a barreira será o capital. Em face da elevada taxa de lucrativ-

vidade obtida pelo novo "monopolista", outras grandes organizações sentir-se-ão atraídas pelo mercado, dispondo elas do capital suficiente para fazer frente aos investimentos necessários. Neste passo, a nova monopolista, abalada, em maior ou menor grau, financeiramente, terá como concorrentes novas e grandes empresas.

Se, por outro lado, a barreira à entrada for a tecnologia, muito provavelmente o oligopólio será diferenciado, e somente será frutífera uma política de redução de preços em face de uma maior elasticidade-preço da demanda.

Outro ponto que a empresa que pretenda praticar *underselling* com fins anticoncorrenciais deve ter em mente é que os seus concorrentes podem não atuar somente em um mercado, pelo que sua capacidade de absorção de prejuízos será ainda muito superior, pois auferirá lucros com outros produtos.

Efetivamente a condição mais propícia à prática do *underselling* é a existência de um oligopólio onde uma das empresas seja bastante maior que suas concorrentes, seja individualmente, seja porque compõe um conglomerado. Seria, de fato, um quase monopólio. Nesta situação uma baixa de preços pode realmente conduzir, com relativa facilidade, a uma concentração e à eliminação da concorrência. Mesmo assim deve-se estar atento, porque tal redução nos preços pode ser plenamente justificada economicamente, não sendo, pois, o tipo descrito no anteprojeto.

### c. Monopólio

Neste tipo de mercado, por definição, não existe concorrência, logo, será impossível a prática de *underselling* com fim a eliminá-la. Aliás, o propósito da própria Lei Antitruste é evitar tal configuração.

Mas a estrutura monopolista merece alguns comentários. Prevê o art. 1.º do anteprojeto que "esta lei objetiva prevenir e reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados (...) sempre com o propósito de, direta ou indiretamente, fomentar a eficiência e o desenvolvimento e beneficiar o consumidor ou usuário final". Neste passo, é nosso entendimento que somente se justifica a proteção à concorrência se esta for mais benéfica à eficiência e ao consumidor que o monopólio.

Podemos dizer que há, basicamente, três tipos de monopólios: o legal, que é estabelecido em lei ou garantido por ela; o natural, que se impõe por razões naturais, e o que chamaremos de "desejável", que se justifica por condições econômicas.

Quanto ao monopólio legal, não há o que se discutir, visto que se justifica nos interesses maiores do País, sendo consagrado em sua legislação, e garantindo o uso exclusivo de patentes e direitos autorais, como estímulo à criação. O monopólio natural é originário de um capricho da natureza, quando se é, por exemplo, o explorador de uma mina única no País; por mais desejável que seja a concorrência, ela será impossível, já

que ninguém mais produz a mesma mercadoria. Já o monopólio desejável é fruto exclusivamente da economia.

Há certos casos em que a concorrência será extremamente prejudicial, indo contra a eficiência e o desenvolvimento e prejudicando o usuário final. Este é o caso de vários serviços públicos, como os de telefone, água, eletricidade etc. Apenas à guisa de exemplo, imagine-se quanto custaria um litro de água se diante de nossas residências houvesse dez diversas tubulações para que pudéssemos escolher de qual distribuidora gostaríamos de comprá-la, e quanto custaria ao consumidor a obra necessária a cada vez que pretendesse mudar de fornecedor.

No entanto, não apenas nos serviços públicos ocorre o monopólio "desejável". Certas mercadorias, por questões industriais, somente são rentáveis a partir de um certo volume de fabricação, seja porque seu desenvolvimento tecnológico absorveu grandes somas, seja porque o maquinário somente é econômico se houver produção e massa, seja porque o tipo de produto não permite um ganho de margem unitário, mas de volume. Por outro lado, o mercado destas mercadorias pode ser pequeno, ou seja, se houver concorrência, todas as empresas serão necessariamente deficitárias. A fim de evitar tais perdas, as margens de lucro terão que ser aumentadas, obrigando o consumidor a pagar muito mais pelo produto do que se houvesse um monopólio, sendo igualmente prejudicada a eficiência na alocação dos recursos.

É bem verdade que a verificação da ocorrência de um monopólio "desejável" é difícil. Não deverá, todavia, o CADE deixar de atentar também para esta hipótese, sob pena de dar seu beneplácito à ineficiência e causar um mal ao consumidor.

Se o tipo de mercado não for suficiente para a verificação da ocorrência ou não de prática anticoncorrencial por meio de *underselling*, será, sem dúvida, um eficiente termômetro.

Muito embora no mais das vezes a prática do *underselling* seja absolutamente ilógica do ponto de vista empresarial, ela pode ocorrer. Passemos, então, à análise do tipo como proposto pelo anteprojeto.

Para que seja punível deverão, assim, ocorrer cumulativamente as seguintes circunstâncias:

- a. venda abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro;
- b. tal venda seja injustificada;
- c. que se pretenda a dominação do mercado relevante, impedindo, limitando, falseando, restringindo ou de qualquer forma prejudicando a livre concorrência ou aumentando arbitrariamente os lucros (art. 21 do anteprojeto); e/ou

que haja práticas individuais ou coletivas que representem abuso da posição dominante, desde que resultem ou possam resultar prejuízo para o interesse coletivo ou para determinada empresa (art. 22 do anteprojeto);



- d. que impeça o fomento da eficiência e o desenvolvimento e não benefício ao consumidor ou usuário final (art. 1.º do anteprojeto); e
- e. elemento subjetivo.

Vejamos, agora, individualmente, cada um de tais elementos:

a. *Venda abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro*

O preço de uma dada mercadoria nada mais é do que a soma dos seus custos de produção e da margem de lucro que o capitalista pretende obter em sua comercialização. Daí tem-se que a margem de lucro é um percentual que será livremente estabelecido pela empresa, sendo razoável quando dentro de certos parâmetros.

Os custos, por seu turno, dividem-se entre fixos e variáveis, sendo fixos aqueles em que se incorre independentemente do volume produzido e variáveis os que somente surgem a cada unidade produzida. Tanto os custos fixos quanto os variáveis modificarão de empresa para empresa conforme seja a eficiência de cada uma na alocação dos recursos. Quanto mais eficiente for uma empresa, menores serão os seus custos. Tal eficiência não está necessariamente apenas na produtividade do trabalhador, mas também na racionalização do espaço utilizado, no melhor aproveitamento da matéria-prima etc., muito embora as empresas eficientes o sejam, normalmente, em todos estes campos.

Dado o custo, como já se disse, a margem de lucro é arbitrariamente decidida pela empresa. Caso uma determinada empresa tenha custo inferior ao de suas concorrentes, ela poderá optar em manter seus preços no mesmo nível daquelas, operando com uma maior margem de lucro, ou reduzir o preço final, trabalhando com uma mesma margem que suas concorrentes. Para o consumidor a hipótese última é, sem dúvida, mais interessante, como também para toda a economia. Neste caso, a empresa eficiente manterá os seus lucros globais pelo aumento de suas vendas e não pelo lucro obtido unitariamente. Há um ponto de equilíbrio entre a redução da lucratividade por unidade e o ganho pelo aumento de venda: é este ponto de equilíbrio que deve ser buscado pelo mercado, quando se terá maior produção pelo menor preço. A lucratividade unitária neste ponto poderá ser muito inferior à lucratividade média do mercado ou mesmo da economia, não se diga, entretanto, que esta não seja razoável. Será razoável a lucratividade que permitir à empresa novos investimentos e remunerar convenientemente o capitalista, neste passo, comparada à remuneração paga pelo mercado ao mesmo capital.

Aqui merece o nosso elogio o anteprojeto, que prescreve que a venda deverá ser abaixo do custo e não do preço de mercado, como entendem alguns. Como dissemos acima, uma empresa poderá vender muito abaixo do preço de mercado, ainda assim auferindo bons lucros com seu negócio, simplesmente por ser muito mais eficiente que suas concorrentes. O preço artificial é aquele abaixo do custo ou com uma lucratividade que impeça

a reprodução dos fatores produtivos e não o do mercado, que pode ser excessivamente alto.

Neste ponto, ressalte-se o fato de existirem certos preços que são controlados pelo governo. Desde que a crise de 1929 deixou patente a falácia do princípio *laissez-faire, laissez-passer*, que o Estado passou a intervir cada vez mais fortemente no campo econômico. Se este é um fenômeno mundial, no Brasil ele tem sido levado às últimas conseqüências. Criou-se, então, o Conselho Interministerial de Preços — CIP, cuja função é estabelecer preços máximos de certos produtos, geralmente daqueles produzidos por oligopólios. Para se chegar a tais preços, periodicamente são apresentadas ao CIP planilhas de custo das empresas e a margem de lucro pretendida. O CIP, dentro dos interesses da política econômica do governo, fundado em tais planilhas, que são apresentadas pelas entidades setoriais ou pelas próprias empresas, fixa preços máximos que poderão ser cobrados pelos ditos produtos. De qualquer modo, seja uma planilha preparada pelas associações de empresas, seja preparada pela empresa, esta, via de regra, apresentará os custos máximos, de vez que, uma vez autorizados preços calculados sobre tais valores, todas as vendas estarão em nível igual ou inferior ao mencionado preço máximo. Há casos, porém, em que as planilhas são elaboradas segundo critérios discricionários ou arbitrários, entretanto sempre artificiais, estabelecidos pelo próprio CIP, os quais não consideram eventuais aumentos ou reduções nos custos. O resultado é que os preços assim estabelecidos ou não garantem uma margem razoável de lucros ou estipulam uma margem excessiva. Em assim sendo, nestes casos o CADE não poderá valer-se de tais planilhas para a constatação do elemento objetivo (“vender abaixo do custo”), podendo somente ser reconhecido o *underselling* quando os preços praticados forem efetivamente inferiores ao custo real, desconsiderando-se os dados constantes de ditas planilhas.

Em assim sendo, é comum que os preços do CIP sejam superiores aos de algumas empresas ou, mesmo no caso de planilhas apresentadas pela própria empresa, sejam superiores à grande maioria das operações que realiza. Ora, como dissemos acima, o preço-CIP é máximo, não mínimo ou obrigatório, muito pelo contrário; tanto melhor que os preços efetivamente praticados sejam inferiores ao do CIP. Não pratica o *underselling* quem vende abaixo do preço-CIP, resguardada sua margem de lucro, sendo, aí sim, condenável um aumento desmesurado da margem pela obrigatoriedade de cobrança de um preço máximo. Neste sentido a manifestação de EMIL PAULIS ao analisar a política de fixação de preços na Bélgica (“Vertical Price Fixing in Belgium”, in *International Anti Trust Law*, vol I, p. 32, Julian Maitland-Walker):

“It is possible that in respect of a particular manufacturer and a particular product the maximum price fixed by ministerial decree exceeds the normal price. In that case, the parties may apply only the normal price, not the maximum price. If the normal price is below the maximum price, the normal price has priority over the maximum.”

Aliás, nem poderia ser de outro modo. O controle oficial de preços somente é justificável no desejo de manter-se um certo controle no nível dos preços, evitando-se aumentos abusivos; ilógico e repreensível seria obrigar a quem quer vender mais barato a vender mais caro.

Acrescente-se que tampouco configura o *underselling* uma única venda isolada, de início porque este fato único não terá qualquer possibilidade de eliminar a concorrência. O *underselling* há que ser uma prática reiterada, no tempo e no espaço, com o *animus* anticoncorrencial.

b. *Venda por preço injustificado*

O preço abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro deverá ser artificial, ou seja, não justificável economicamente.

As justificativas podem ser de vários matizes. Uma nova empresa no mercado pode cobrar preços notoriamente baixos, de modo a lograr obter uma fatia de mercado, fixar a clientela, atrair a atenção dos consumidores em geral. Tal política, todavia, deverá ser temporária, apenas tempo suficiente para alcançar seus objetivos plenamente aceitáveis. A justificativa poderá ser também mercadológica, visando a manter ou a criar uma boa imagem perante o público, ou social, que terá reflexos na hipótese anterior. Ou ainda, um grande consumidor pode exigir um preço mais favorável, sendo de bom senso gerencial atendê-lo de modo a manter o comprador entre o rol de seus clientes pelo volume, tipo, qualidade ou posição estratégica que representa.

Esta última hipótese é o caso do chamado *meting price competition*, qual seja, para fazer face ao comportamento agressivo de uma das concorrentes, que reduz seus preços, seja para conquistar mercado, seja por ser mais eficiente, a empresa também faça uma redução nos seus, a fim de conseguir manter sua clientela, ou ainda para forçar o concorrente a voltar ao nível anterior. Neste sentido decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, em voto prolatado pelo Ministro BURTON (Standard Oil Co. v. Federal Trade Commission, 340 U.S. 231, 71 S. Ct. 240, 95 L. Ed. 239, *apud* "Price and Service Discrimination under the Robinson — Patman Act" — OPPENHEIM and WESTON, p. 103, West Publishing Co., 1974):

"For example, if a large customer requests his seller to meet a temptingly lower price offered to him by one of his seller's competitors, the seller may find it essential, as a matter of business survival, to meet that price rather than to lose the customer. It might be that this customer is the seller's only available market for the major portion of the seller's product, and that the loss of this customer would result in forcing a much higher unit cost and higher sales price upon the seller's other customers. There is nothing to show a congressional purpose, in such a situation, to compel the seller to choose only between ruinously cutting its price to all its customers to match the price offered to one, or refusing to meet the competition and then

ruinously raising its prices to its remaining customers to cover the increased unit costs.”

E prossegue o julgador:

“There is, on the other hand, plain language and established practice which permits a seller, through paragraph 2 (b), to retain a customer by realistically meeting in good faith the price offered to that customer, without necessarily changing the seller’s price to its other customers.”

Como se depreende, ao invés de nociva, a redução de preços a um determinado cliente permitiu que todos os demais continuassem pagando preços razoáveis, o que não ocorreria se o preço tivesse que se manter absolutamente estático, indiferente a quaisquer circunstâncias específicas do mercado.

c. *Dominação do Mercado Relevante prejudicando a livre concorrência ou aumentando arbitrariamente os lucros*

Neste momento devemos analisar não mais o fato em si, mas as suas conseqüências no mercado. Por livre concorrência devemos entender a possibilidade de entrada ou saída do mercado dos produtores e consumidores, a liberdade dos produtores de buscar a maximização de seus lucros e a busca dos consumidores pelos menores preços. Portanto, o preço, como um elemento fundamental da concorrência, não deve ser tido como um elemento estático, sujeito tão apenas a elevações, muito pelo contrário, o que deseja o consumidor é que os preços sejam os mais baixos possíveis e o que interessa à economia como um todo é que, resguardada a saúde financeira das empresas, os preços sejam igualmente baixos. Daí por que as nações mais desenvolvidas têm aberto seus mercados aos produtos importados, de molde a ativar a competição com as empresas nacionais. A redução de preços deve ser olhada primeiramente como um benefício, partindo-se do pressuposto de que tal ocorreu dentro do livre jogo da concorrência, não ao contrário, assumindo-se de início que tal redução é prejudicial. Cabe antes ao representante demonstrar cabalmente os prejuízos causados ao mercado (e não a uma sociedade em particular) e não à empresa que reduziu seus preços demonstrar que tal não ocorreu e nem ocorrerá.

Quanto mais livre a concorrência, tanto maiores serão as variações de preços, cada empresa na busca incessante de manter-se no mercado.

*E/ou abuso da posição dominante que resulte ou possa resultar em prejuízo para o interesse coletivo ou para determinada empresa*

Como dissemos anteriormente, a existência de um mercado em que determinada empresa possua uma posição privilegiada com relação às demais é o que favorece a utilização do *underselling* com vistas à eliminação da concorrência. A posição dominante, em si própria, não é uma prática anti-

concorrencial. O que deve ser coibido, isto sim, é o abuso de tal situação de privilégio. Constituirá abuso o uso da posição dominante para a prática de atos que, não fora tal posição dominante, não poderiam ser ou não seriam praticados. Mas não basta que tal abuso seja praticado, é preciso que ele cause, ou tenha o condão de causar, um desregulamento nos mecanismos da livre concorrência ou impeça qualquer empresa de agir livremente no mercado, seja na escolha de seus fornecedores ou clientes, seja por restrições em sua capacidade de autogestão, seja por qualquer outra restrição.

A posição dominante não está necessariamente ligada ao poder econômico, podendo uma determinada empresa possuí-la por ser detentora de um conhecimento tecnológico ou, simplesmente, por uma disposição contratual. Todavia, qualquer que seja a origem de tal situação de superioridade com relação às demais, o abuso poderá ocorrer sempre que for utilizada em detrimento da coletividade ou de determinada outra empresa, desde que presentes características anticoncorrenciais.

d. *Impedir o fomento da eficiência e do desenvolvimento e não beneficiar o consumidor ou usuário final*

No fim de tudo, aquilo que se busca proteger através da legislação antitruste é a eficiência e o desenvolvimento econômico, visando ao benefício do consumidor. Uma saudável luta de preços tende a aumentar a eficiência na alocação de recursos e o desenvolvimento técnico, com vistas ao barateamento do processo produtivo, tudo o que redundará num aumento de poder aquisitivo do consumidor. Quanto mais competitiva a economia, mais estável tende a ser o nível de preços, com o conseqüente beneficiamento da população, permitindo, inclusive uma maior e mais justa distribuição da renda. O *underselling* não é, em si, prejudicial e sua análise deve ser bastante criteriosa, a fim de não se prejudicar o desenvolvimento, premiando-se a empresa ineficiente.

e. *Elemento subjetivo*

Não poderíamos nos olvidar de fazer menção ao aspecto subjetivo do *underselling*. A Constituição Federal, no § 4.º do art. 173, determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (grifamos). A exigência do elemento subjetivo vem consagrada desde o texto constitucional de 1946 (art. 148) e sendo pacífica na doutrina (cf. BENJAMIN M. SHIEBER, *Abusos do Poder Econômico*, pp. 28 e ss., Ed. Revista dos Tribunais, 1966).

Quando o legislador constituinte utilizou-se do verbo “visar”, devemos entender que deverá haver uma intenção específica do agente econômico com vistas à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros. Não será, deste modo, considerado abuso do poder econômico o crescimento de uma empresa em um determinado mercado se este desenvolvimento for fruto de uma competição honesta (*fair*

*competition*), fundado em sua eficiência produtiva e gerencial, em sua tradição ou ainda na qualidade de seus produtos.

A atual Lei Antitruste prevê que apenas sejam puníveis os delitos penais-econômicos dolosos, descriminalizados os culposos. O anteprojeto vai mais além, ao apresentar no inciso *b* do § 6.º do art. 26 a forma culposa.

A busca de uma posição privilegiada no mercado é absolutamente lícita e louvável, pois é nela que se funda todo o sistema capitalista e por ela é que as empresas justificam os gastos de grandes somas na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e meios mais eficientes de produção. Se pretendermos qualificar o delito penal-econômico apenas por seu aspecto objetivo, estaremos consagrando uma odiosa responsabilidade objetiva, inadmitida no Direito brasileiro.

Para que se condene o infrator há que restar plenamente comprovado o seu *animus* anticoncorrencial. Como vimos acima, muitos são os casos em que se pratica o *underselling* não para tais fins condenáveis, mas sim no desejo de manter-se no mercado ou para forçar o concorrente a praticar preços compatíveis com este.

O *underselling* configurar-se-á, então, pela existência da prática de preços abaixo de seu valor de custo real ou sem razoável margem de lucro, repercutindo na eliminação da concorrência, com prejuízo para o consumidor ou usuário final, tendo o agente econômico agido expressamente para tal fim, desejoso da sua ocorrência (dolo) ou consciente dela (dolo eventual), ou ainda, nos termos do anteprojeto, de forma culposa.

### III. “Underselling” na doutrina estrangeira

Conquanto a Lei Antitruste norte-americana contemple o *underselling*, os tribunais encarregados de julgar tais ocorrências têm se mostrado prudentes. Como lembra o Professor HERBERT HOVENKAMP (*Economic and Federal Antitrust Law*, Parágrafo 6.7, pág. 6), “os tribunais antes acreditavam que a prática de preços predatórios era simples para uma empresa em boas condições financeiras e que era um meio comum através do qual os monopólios surgiam. Na última geração, entretanto, muitos economistas e analistas especializados concluíram diversamente: a prática de preços predatórios é, na verdade, muito dispendiosa, freqüentemente fadada ao insucesso e não plausível na vasta maioria dos mercados onde se alega tenha ocorrido. Atualmente, alguns doutrinadores de escol acreditam que a prática de preços predatórios, em qualquer mercado, é irracional e não ocorre virtualmente nunca” (tradução livre).

Já a legislação do Mercado Comum Europeu sequer contempla a figura como possível de repressão. Consoante esclarecem ALFRED GLEISS e MARTIN HIRSCH (*Common Market Cartel Law*, 3.ª edição em idioma inglês, item 54, pág. 69), comentando o artigo 85 do Tratado de Roma, conforme interpretado pela Comissão das Comunidades Européias, “vender abaixo do custo, na opinião da Comissão, não é desleal mesmo quando o objetivo seja criar uma posição dominante pelo emprego de grande poder

financeiro (IFTRA, 'loc. cit.', 9) (...). Vender a preços de *dumping* não é desleal. Portanto, os concorrentes não podem se obrigar a desistir de vender nessa base ou a não vender abaixo dos preços do mercado nacional (IFTRA, 'loc. cit.', 9)" (tradução livre).

O que se nota, por conseguinte, é que nestes países a prática tem demonstrado que o *underselling*, antes de prejudicial ao mercado, é, na maioria das vezes, benéfico a este, excitando a concorrência e a eficiência na alocação de recursos e o progresso técnico, revertendo no bem comum.

#### IV. Conclusão

À vista de tudo o quanto foi acima apresentado, somos levados a concluir que a prática de *underselling* como figura típica é fato muitíssimo raro. Não obstante discordemos da posição da Comunidade Econômica Européia, que simplesmente desconsidera o tema, aproximamo-nos da visão apresentada por HOVENKAMP.

O *underselling* não pode ser visto apenas do ponto de vista jurídico-formal, mas, sobretudo, do ponto de vista econômico. Uma singela alegação de venda abaixo do preço de custo feita perante o CADE, antes de ser tomada como um forte indício para a abertura do processo administrativo, deve ser vista com cautela. Como vimos, certos mercados são, simplesmente, impermeáveis à prática do *underselling* e, conforme o caso, uma simples vista d'olhos já permitirá ao julgador aperceber-se de tal.

A mobilidade dos preços é um instrumento legítimo da empresa na sua busca de afirmação e aumento de sua participação no mercado e leva à incessante busca da eficiência e da otimização no uso dos recursos disponíveis. A obrigatoriedade de manutenção de preços ineficientemente altos virá, ao contrário, em prejuízo do mercado e dos consumidores, o que, ao final, é aquilo que se pretende proteger.

Devemos ainda lembrar que um determinado preço pode ser reduzido também através do fornecimento de serviços ou outros bens a título gracioso. Este fato poderá consubstanciar-se numa prática indireta de *underselling*. Daí por que acreditamos devesse o texto do anteprojeto também prever esta possibilidade, tipificando o *underselling* como a venda injustificada de mercadoria abaixo do custo ou sem razoável margem de lucro inerente à atividade comercial, qualquer que seja o meio utilizado para tal redução no preço.

Concluiremos ressaltando que, em consonância com o desenvolvimento das doutrina e jurisprudência comparadas, devemos eliminar de nossos espíritos a idéia de que o *underselling* é uma prática em si lesiva e deve ser sempre combatida. Os julgadores devem estar atentos às condições econômicas e ao mercado no qual se inseriu tal prática, devendo exigir do representante mais do que meras alegações de uma atitude que, como pretendemos demonstrar, é, na maioria dos casos, um catalisador que permite a melhoria da eficiência e redundante em benefício para o consumidor.

# Os direitos de autor e os que lhes são conexos sobre obras intelectuais criadas ou interpretadas sob o regime de prestação de serviços \*

JOSÉ CARLOS COSTA NETTO

Advogado especializado em direitos de autor e mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Foi presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral (Ministério da Cultura) entre 1979 e 1983

## A. *Introdução ao tema*

1. A questão da titularidade e do exercício dos direitos de autor e os que lhes são conexos na relação de trabalho adquire crescente importância à medida em que — com o ágil desenvolvimento dos veículos de comunicação de massa — proliferam empresas e conglomerados de empresas com atuação nessa área.

2. É o caso, por exemplo, das grandes editoras — que publicam em grandes tiragens livros, revistas etc. —, as grandes empresas jornalísticas, as redes de rádio e televisão, produtoras fonográficas, cinematográficas e videofonográficas e outras, com suas diversas ramificações de distribuição nacional e internacional, de produção industrial e atividades comerciais próprias à especificidade da natureza de cada produto cultural.

3. Assim, os autores e demais titulares de “direitos autorais”, que é a denominação utilizada na legislação brasileira para abranger tanto os direitos de autor quanto aqueles que lhes são conexos, necessitam se relacionar contratualmente com tais empresas para publicação, difusão e exploração de suas respectivas obras.

4. A questão que se impõe na presente exposição, portanto, é a seguinte: Como é, ou como deve ser esse relacionamento contratual? Os direitos autorais permaneceriam nas mãos do titular originário (que é o autor, intérprete etc.)? Ou, ao contrário, seriam transferidos para a órbita de titularidade dessas empresas?

(\*) Exposição realizada em 21-6-89, no Seminário de Direitos Autorais da Secretaria de Estado da Cultura — S. Paulo.



5. O objetivo desta exposição é, assim, trazer esse assunto à discussão nos seus principais aspectos.

*B. As diversas modalidades de relacionamento entre os autores e intérpretes e as empresas usuárias de obras intelectuais*

6. A relação do titular originário de direitos de autor e conexos com tais empresas poderá se realizar, principalmente, de três formas:

1.<sup>ª</sup>) de forma desvinculada, sem qualquer participação do usuário na elaboração da obra (mais comum aos autores do que aos intérpretes) onde o titular, mediante certas condições de aproveitamento da obra e remuneração, autoriza a utilização de sua obra sem qualquer cessão ou transferência de direito (por exemplo, o compositor de determinada obra musical autoriza sua utilização em determinado programa de televisão);

2.<sup>ª</sup>) sob o regime de prestação de serviços, sem vínculo empregatício — quando o usuário encomenda e remunera o autor para criação de uma obra que será utilizada por aquele (por exemplo, uma agência de publicidade encomenda a determinado autor um filme ou uma música, ou uma fotografia sobre determinado tema, e remunera-o para tanto);

3.<sup>ª</sup>) sob o regime de prestação de serviços com vínculo empregatício — quando o usuário contrata empregado para as funções de criação ou interpretação de obra intelectual (por exemplo, um jornalista é contratado, sob regime de emprego, para redação de matérias de sua especialidade, ou um autor é contratado, com vínculo empregatício, por uma emissora de televisão para atuar em determinada novela).

7. Poderíamos, até, encontrar outras modalidades de relação entre o titular originário do direito e o usuário de suas obras, mas, a partir dessas, podemos encaminhar a análise jurídica do tema proposto.

*C. O fundamento básico da proteção legal do autor e do intérprete*

8. Na trilha da orientação das convenções internacionais, nosso diploma constitucional — tanto o anterior como o texto atualmente em vigor — prevê caber ao autor o direito exclusivo de utilização de suas obras.

9. Em complementação, embora a Constituição Federal vigente não especifique textualmente a proteção dos titulares dos direitos conexos aos de autor (que são, principalmente, os intérpretes de obras intelectuais), trouxe relevante contribuição na defesa dessa modalidade de direito, uma vez que, em seu art. 5.<sup>º</sup>, inciso XXVIII, protege a imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

10. Esses fundamentos constitucionais se adequam com os princípios gerais da legislação vigente, mormente o diploma que regula os direitos autorais em nosso País, qual seja, a Lei n.º 5.988, de 14-12-1973, que

estabelece ser o autor titular dos direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu, que cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização, no todo ou em parte, que depende de autorização do autor qualquer forma de utilização de sua obra, depende de autorização do intérprete o direito de utilizar sua interpretação e outros princípios básicos.

11. Portanto, cabe, agora, examinar quais as restrições — se é que existem — podem sofrer a titularidade ou o exercício desses “direitos exclusivos” na relação de prestação de serviços, com ou sem vínculo empregatício.

**D. A primeira hipótese em discussão — a criação de obras intelectuais sob o regime de prestação de serviços sem vínculo empregatício**

12. O exemplo que mencionei representa os contornos práticos necessários ao estudo do assunto: sofreriam alguma restrição os direitos autorais do diretor cinematográfico, do compositor ou do fotógrafo em benefício à agência de publicidade (ou produtora intermediária) que encomendasse aquele filme, música ou fotografia sobre determinado tema — ou em relação a algum produto — remunerando-o para esse efeito?

13. Além dos eminentes juristas Antonio Chaves e Fabio Maria de Mattia, o especialista que com grande amplitude estudou essa questão foi, sem dúvida, CARLOS ALBERTO BITTAR, com sua obra *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda* (Editora Revista dos Tribunais, SP, 1987):

“Da observação da experiência jurídica e dos textos, verificamos que a encomenda pode sujeitar-se a regimes jurídicos diferentes, conforme a espécie da obra, à natureza do vínculo existente entre as partes e o seu grau de participação na execução da obra.

Dois sistemas gerais distinguimos na regência das relações entre o comitente e o comissário: o do direito comum, em que os contratantes se vinculam segundo o princípio da autonomia da vontade, e o do direito trabalhista ou administrativo, em que laços laborais ou funcionais unem as partes, observados sempre os princípios e normas do direito de autor aplicáveis quanto às obras daí resultantes. Sob este prisma, a encomenda pode, pois, estar ligada à prestação de serviço em geral ou à relação de emprego ou função.” (Obra citada, p. 117.)

14. A lei brasileira de direitos autorais prevê em um único dispositivo (art. 36) essas duas situações, estabelecendo que “se a obra for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos de autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral”.

15. Esse “exercício comum” de direitos de autor — princípio crítico frente ao categórico mandamento constitucional que prevê a exclusividade de direitos ao autor da obra — nunca foi regulado, o que traz, no campo de aplicação prática, sérias dúvidas.

16. Em primeiro lugar, deve-se registrar, naturalmente, que o entendimento dessa orientação legal deve se limitar aos direitos patrimoniais (econômicos) de exploração da obra e não à titularidade dos direitos morais de autor (indissociáveis da pessoa de seu autor e inalienáveis e irrenunciáveis por imperativo legal).

17. Em segundo lugar, entendo que o “exercício comum” de direitos de autor como restrição à exclusividade constitucional consagrada ao autor da obra, somente poderá ser considerada na hipótese, referida por BITTAR, de que haja uma participação efetiva e relevante do comitente na execução da obra, interagindo diretamente em sua criação. Em caso contrário, o interesse econômico comum entre autor e usuário não poderá resultar em enfraquecimento da sólida tutela constitucional da exclusividade de direitos atribuída ao autor.

18. Ainda relacionada ao tema aqui discutido, há falha de maior gravidade na lei brasileira de direitos autorais. Trata-se do seu art. 15, incluído no capítulo referente à autoria das obras intelectuais. Preceitua tal esdrúxulo dispositivo legal que caberá à empresa organizadora a autoria de obra coletiva. Significa atribuir indevidamente à pessoa jurídica um direito essencial à pessoa humana, uma ramificação dos denominados “direitos da personalidade”, atribuição esta totalmente inaceitável, no meu entender, adotando a linha dos grandes juristas que se debruçaram sobre o assunto, como é o caso de ANTONIO CHAVES.

19. A mesma observação pode ser consignada em relação ao disposto no art. 5.º da Lei n.º 7.646, de 18-12-87, diploma que dispôs sobre “a proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País”. Com efeito, prevê aquele dispositivo legal, a exemplo do criticado art. 15 da Lei n.º 5.988/73, que, “salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador ou contratante dos serviços os direitos relativos a programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, servidor ou contratado de serviços seja prevista ou ainda que decorra da própria natureza dos encargos contratados”.

20. A esse respeito, considera, com indiscutível precisão, ANTONIO CHAVES, em sua obra *Software Brasileiro sem Mistério* (Julex Livros, Campinas/SP, 1.ª edição, 1988, p. 97), que “ainda quando a obra se realize às expensas e graças à organização de uma empresa, a criatividade, expressada numa obra, não pode ser relacionada a não ser a uma pessoa física, ou a um grupo de pessoas”.

21. Em relação a esse tema, a nova Carta Magna trouxe outro enfoque legislativo à questão, no inciso XXVIII do seu art. 5.º, que admite a existência do conceito "obra coletiva", mas não atribui a sua autoria à empresa que a organizou. Ao contrário, garante o texto constitucional expressamente a proteção às participações individuais em obras coletivas.

22. Essa visão constitucional invalida, conseqüentemente, o extravagante posicionamento adotado pela lei de direitos autorais de 73, e, também, pela Lei n.º 7.646/87, mandamento que não só protege o titular originário de direitos de autor como o de direitos conexos.

23. A partir dessas considerações, voltemos à questão inicial: sofreriam alguma restrição os direitos autorais do diretor cinematográfico, do compositor ou do fotógrafo em benefício à agência de publicidade (ou produtora intermediária) que encomendassem aquele filme, música ou fotografia?

24. Acredito ser negativa a resposta. Deve-se examinar, aqui, apenas os aspectos econômicos da questão. É natural que se o autor e intérprete contratou com o comitente determinada remuneração, o valor desta deverá ser cumprido por ambas as partes: o autor não poderá pretender mais do que cobrou e o comitente não poderá pagar menos do que contratou. Mas não há qualquer implicação de cessão de direitos. A utilização, portanto, da obra ou interpretação, pelo comitente, se limitará ao tempo e condições autorizadas — previamente e por escrito — pelos respectivos titulares originários, que, assim, não sofrem qualquer restrição quanto à titularidade e quanto ao exercício dos seus direitos exclusivos consagrados constitucionalmente. De qualquer forma, mesmo atendendo-se à noção de que poderia haver uma autorização implícita do titular, esta somente pode ser entendida a título temporário e limitada ao objetivo imediato da encomenda, no campo restrito das atividades diretas do comitente, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 5.988/73 que estabelece a interpretação restritiva aos negócios jurídicos sobre direitos autorais.

E. *A segunda hipótese em discussão — a criação ou interpretação de obras intelectuais sob o regime de prestação de serviços com vínculo empregatício*

25. Os exemplos a que me referi neste item são os da relação do jornalista com a empresa jornalística (que é uma hipótese de direitos de autor) e do ator em relação à emissora de televisão (que é o caso de direitos conexos aos de autor).

26. Ainda segundo considera BITTAR na obra referida:

"A obra de engenho pode, ainda, ser produzida em virtude ou no curso de contrato de trabalho ou de relação funcional, em que o autor recebe remuneração exatamente para esse fim, vinculando-se à direção do comitente. Tem-se, então, a obra de assalariado e a de funcionário público.

Nesse tipo de obra, o autor é vinculado ao comitente por subordinação hierárquica, os serviços são prestados com o caráter de continuidade e, em função de sua atividade, percebe a remuneração prevista no contrato ou própria da função que exerce.” (Obra citada, p. 139.)

27. A primeira conclusão que se impõe é a de que a simples subordinação hierárquica, o caráter de continuidade ou mesmo o recebimento de salário não interferem na criação intelectual e, por isso, não propiciam titularidade originária de direitos de autor ou conexos ao empregador.

28. Na verdade, os princípios expostos em relação à prestação de serviços de forma autônoma vão se aplicar, também, àqueles realizados sob o regime de emprego. A diferença principal se reduz, no meu entender, além do aspecto hierárquico próprio a qualquer relação do emprego, na característica da disponibilidade, no atendimento de determinados horários para atendimento das funções de responsabilidade do empregado.

29. Portanto, o fato de o autor ou intérprete ter que se sujeitar à tarefa de criar ou atuar dentro de determinado horário e sob certas condições funcionais não subtrai sua autoria ou titularidade originária de sua interpretação. O empregador não é o autor ou intérprete e, assim, não pode ser detentor de direitos de autor ou conexos, a não ser que, o que somente pode ocorrer em casos excepcionais, atue diretamente nessa criação ou interpretação, dirigindo-a e colaborando efetivamente na sua elaboração para atingimento dos objetivos desejados à obra intelectual em questão.

30. Assim, não existindo essa participação criativa direta do empregador na realização da obra ou interpretação, o único aspecto que deve ser discutido refere-se à forma de exercício dos direitos patrimoniais ou econômicos decorrentes dessa atividade laboral.

31. A esse respeito, analisando o tema sob o enfoque da produção jornalística, leciona MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS em sua obra *O Direito de Autor na Obra Jornalística Gráfica* (Editora Revista dos Tribunais, SP, 1981):

“Portanto, no que se refere aos escritos não assinados veiculados por publicações periódicas, a lei atribui ao editor a titularidade exclusiva dos direitos de exploração econômica, quer tenham os mesmos sido criados em cumprimento a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, quer tenham sido cedidos por autor não enquadrado em nenhuma dessas hipóteses; entende a lei que, mediante o recebimento de sua remuneração, cedeu o autor todos os direitos pecuniários sobre o trabalho destinado à divulgação sob forma anônima.

Quanto aos trabalhos assinados, cumpre fazer uma distinção: de um lado, temos aqueles produzidos sob contrato de trabalho ou de prestação de serviços, e, de outro lado, aqueles objeto de

cessão por seu autor. No primeiro caso, a titularidade dos direitos patrimoniais de autor rege-se pela disciplina geral estabelecida pela lei no art. 36: atribui-se a ambas as partes, de conformidade com o que for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral. No segundo caso, a matéria rege-se pelo parágrafo único do art. 92, segundo o qual a cessão de artigos assinados produz efeitos apenas durante vinte dias. Assim sendo, prevê a lei que a publicação de artigo assinado em publicação periódica não implica em cessão de todos os direitos pecuniários do autor, como já salientava Carvalho Santos ao examinar dispositivo similar no Código Civil, isto é, o parágrafo único do art. 659." (Obra citada, pp. 111/112.)

32. Portanto, não há que se falar em atribuição de titularidade originária ou autoria ao empregador, mas somente em direito de exploração econômica que, nos casos de obras que puderem ser objeto de individualização no contexto da obra coletiva, deverá ser sempre limitada a determinado período e restrita ao objeto imediato próprio à natureza da atividade do empregador.

33. Na área publicitária, inclusive, há precedente jurisprudencial importante. Trata-se do acórdão proferido pela Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo em 19-3-86 na Apelação Cível n.º 42.969-1 que julgou procedente — em parte — ação ordinária movida pelo cartunista Wilson José Peron contra a agência de publicidade Alcântara Machado Periscinoto Comunicações e Gillete do Brasil.

34. A demanda referia-se, entre outros itens, à questão da titularidade originária (autoria) do personagem de ilustração "Pacheco-Camisa 12 da Seleção Brasileira de Futebol". Se, por um lado, o cartunista "Peron" reivindicava — através da ação judicial que promoveu para esse efeito — a autoria exclusiva do personagem e os direitos morais de autor correspondentes, por outro lado, a agência de publicidade contestava a pretensão, alegando ser o "Pacheco" obra coletiva, realizada, sob sua organização, por uma "equipe" de profissionais publicitários sujeitos a regime de emprego. Conseqüentemente pretendia a referida agência a autoria da obra, com base no referido art. 15 da Lei n.º 5.988/73.

35. O egrégio Tribunal paulista, no entanto, através do brilhante voto do Desembargador Kazuo Watanabe, fulminou as pretensões da agência empregadora, constituindo o v. acórdão, com votação unânime dos Desembargadores Rebouças de Carvalho e Nelson Hanada, orientação jurisprudencial precursora, uma vez que ainda não vigorava o novo diploma constitucional que, somente em 1988, consagrou no direito positivo pátrio a proteção às participações individuais em obras coletivas (art. 5.º, XXVIII). Nesse sentido, concluiu, de forma irretocável, o aresto:

"O autor era empregado da ré Alcântara Machado, Periscinoto Comunicações Ltda. (fl. 392), e nessa condição participou da elaboração da campanha publicitária encomendada pela ré

Gillete do Brasil & Cia. A campanha tinha por objeto a promoção dos produtos dessa ré no Mundialito de 1980 (v. fl. 295) e também da Copa de 1982. A idéia-base da campanha fora fornecida pela própria cliente e girava em torno de um torcedor de futebol fanático. A equipe da empresa publicitária era formada, em sua primeira linha, pelo autor, que desempenhava a função de diretor de arte; Heitor Carillo, que cuidava da letra e música do *jingle* (somente passou a atuar posteriormente ao Mundialito do Uruguai — fls. 662/662v.), e Fábio Santoro, que se incumbia dos trabalhos de redação.

Entendeu o digno magistrado que “a paternidade dos desenhos, no puro conceito de criatividade artística, não se mostra consoante, da mesma maneira, com a atividade de desenhista de Wilson José Peron, pelo menos neste caso, eis que seu engenho e arte foram antes de tudo colocados a serviço de Alcântara Machado, Periscinoto & Comunicações Ltda., preponderando o indissociável aspecto da relação empregatícia...” (fls. 735/736).

Não se afigura correta a conclusão. Primeiro, é necessário deixar ressaltado que o fato de alguém estar vinculado a uma relação empregatícia não inviabiliza “um momento de estar consigo mesmo ... como circunstância de um verdadeiro ato de criatividade artística expressado de forma desinteressada para perene contemplação”, como deixou anotado o ilustre Juiz. Os estímulos resultantes das exigências do serviço podem dar nascimento a verdadeiras obras intelectuais, nada tendo a ver a obra com a natureza do vínculo jurídico existente entre o preposto e o preponente.”

36. Finalmente, em relação à exploração econômica dos direitos conexos de autor, é correta a utilização das mesmas regras básicas.

37. No caso de intérpretes (atores, dubladores etc.) e artistas aplica-se ainda a legislação que regulamentou a profissão, que proíbe expressamente a cessão de direitos no cumprimento de suas funções e determina que a remuneração respectiva seja devida em relação a cada utilização da interpretação. Trata-se do art. 13 e seu parágrafo único da Lei n.º 6.533, de 24-5-78.

38. Embora levantada a suposta inconstitucionalidade desse dispositivo legal, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sendo relator o Ministro Xavier de Albuquerque, acompanhado à unanimidade, foi pela confirmação da sua efetiva constitucionalidade (Representação n.º 1.031-7, DF, Tribunal Pleno do STF, conforme acórdão publicado integralmente na JSTF, 32/50), consagrando, em definitivo, essa importante evolução jurídica da proteção ao titular originário de direitos autorais (nesse caso, direitos conexos aos de autor), orientação que prevalece mesmo após a promulgação da nova Carta Magna.

## Bem de família

ZENO VELOSO

Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Pará. Deputado Estadual, foi o Relator-Geral da Assembléia Estadual Constituinte do Pará

O bem de família, ao contrário de quase todos os institutos jurídicos de direito privado, não tem origem no Direito romano. Ele surgiu recentemente na então República do Texas. A Constituição texana, de 1836, estabelecia que todo cidadão, “com exceção dos negros africanos e seus descendentes”(!), poderia obter do Governo uma porção de terra para nela se estabelecer, trabalhar e produzir. Em 26 de janeiro de 1939 foi promulgada a “Lei do Homestead”, que declarou isentas de execução judicial por dívidas as sortes de terras até 50 acres, ou terrenos urbanos. Era evidente o objetivo de estimular a fixação do homem na terra, incentivando os cidadãos a se estabelecer, com um mínimo de garantias e segurança, naquele território, então vazio, subdesenvolvido e inóspito. A idéia vingou, e o “homestead” foi acolhido e regulado na legislação de quase todos os estados norte-americanos.

No Brasil, o “homestead” foi proposto por Coelho Rodrigues, no século passado, em 1893, no seu estupendo e pouco divulgado Projeto de Código Civil. O nome dado ao instituto foi “Lar de Família”. Dizia o art. 2.079 do Projeto:

“É permitido aos contraentes, que se não casarem sob o regime dotal, ou a algum terceiro em nome de um deles ou de ambos, constituir o lar da futura família em um prédio rústico ou urbano e fazê-lo inscrever como tal no respectivo registro.”

---

(\*) Ver anexo no final deste trabalho (Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990 — Impenhorabilidade do bem de família.



O art. 2.080 determinava:

“O lar de família é inalienável e indivisível na constância do matrimônio e, ainda depois de dissolvido este, enquanto a mulher se conservar viúva, ou existir filho menor do casal.”

O Projeto de Código Civil, de Clóvis Beviláqua, que redundou no Código Civil brasileiro, ora em vigor, não tratava do “homestead”. Quando tramitava no Senado, entretanto, foi apresentada emenda pelo Senador maranhense Fernando Mendes de Almeida, visando a introduzi-lo em nossa legislação, sob o nome “bem de família”. Aceitou o Senado a emenda, ficando a matéria regulada na Parte Geral, no livro Das Pessoas, em quatro artigos, logo após a regulamentação das fundações. Foi muito criticada esta colocação. O Deputado paraense Justiniano de Serpa apontou o defeito, argumentando:

“Na Parte Geral, entre as pessoas jurídicas, será, no meu sentir, um desvio de classificação tão manifesto quanto o que, na gramática, denominasse sujeito a um predicado, ou, em história natural, pusesse a borboleta na classe dos pássaros.”

A objeção foi acolhida e os artigos que regulavam o bem de família foram deslocados do Livro Primeiro (Das Pessoas) para o Livro Segundo (Dos Bens), onde, finalmente, ficou e está. Não foi má a mudança. Mas poderia ter sido melhor: o verdadeiro sítio do bem de família, seu lugar próprio e abrigo lógico e natural é na Parte Especial, mais exatamente no Livro Do Direito de Família, onde o colocou o mestre Orlando Gomes, em seu Projeto de Código Civil, de 1965, e onde o situa o Professor Couto e Silva, no atual Projeto de Código Civil (arts. 1.740 a 1.751).

Em nosso Código vigente, o bem de família vem tratado nos arts. 70 a 73. Também editam normas sobre ele o Decreto-Lei n.º 3.200, de 19-4-1941, e a Lei n.º 6.015, de 31-12-1973 (Lei dos Registros Públicos).

Pode-se conceituar bem de família como o imóvel urbano ou rural destinado pelo chefe de família solvente para domicílio desta, não podendo o prédio ter outro destino, nem ser executado por dívidas, tornando-se inalienável, salvo consentimento dos interessados e seus representantes legais. O Dr. Álvaro Villaça Azevedo, na excelente monografia que dedicou à matéria (“Bem de Família”, n.º 23, p. 76), aponta:

“O bem de família é um meio de garantir-se um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem a maioridade.”

Pela letra do Código Civil (art. 70), a permissão para constituir bem de família foi dada aos “chefes de família”. O mesmo Código, art. 233, edita que o marido é o chefe da sociedade conjugal. Neste e em muitos

outros dispositivos, nosso Código reflete o seu tempo, a sua época. Afinal, ele foi aprovado em 1916, para um país sob uma estrutura rural, individualista, patriarcal. Portanto, era o varão, o marido, que, em princípio, tinha legitimidade para decidir e constituir o bem de família. Embora a mulher também pudesse fazê-lo, mas apenas nos casos em que estivesse à testa da sociedade conjugal. Se fosse viúva, ou se a ela incumbisse a direção do casal, podia instituir bem de família. Observe-se que não havia necessidade da outorga do cônjuge para a constituição; não se trata de alienação, ou de gravação de ônus real, até pelo contrário. Mas, se o imóvel era de propriedade de ambos os cônjuges, como no regime da comunhão universal de bens, é óbvio que o marido e a mulher tinham de participar do ato e outorgar a instituição.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 esta situação foi profundamente modificada. Ficou proibida qualquer diferenciação jurídica entre homem e mulher, e os direitos e deveres da sociedade conjugal serão igualmente exercidos por ambos (art. 226, § 5.º). O marido foi destituído da chefia da sociedade conjugal. Esta, agora, é regida pelo sistema de co-gestão. A direção da família pertence a ambos os cônjuges. A Constituição derogou o Código Civil nesta parte e em todas as partes que ficaram em conflito com as normas igualitárias da Carta Federal. Portanto, o direito de destinar um prédio para bem de família é do *casal*.

A lei ordinária só se refere à família fundada no casamento. Mas o jurista não pode ficar alheio à realidade social e fingir que não enxerga as relações concubinárias. Também neste aspecto a Constituição avançou, e, no art. 226, § 3.º, estabelece que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a *união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Como fenômeno natural, a família prescinde de casamento. Configurado um vínculo prolongado e notório entre um homem e uma mulher, fora do casamento, mormente se existem filhos desta união, quem haverá de negar, aí, a existência de uma família? Penso que os que vivem em concubinato, em união estável, como entidade familiar, também podem instituir o bem de família, aplicando-se, analogicamente, os dispositivos do Código Civil. Para robustecer este parecer, veja-se o disposto no art. 189 e parágrafo único da Constituição em vigor.

Os instituidores do bem de família devem ser solventes. O art. 71 do CC dispõe:

“Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.”

Algumas pessoas (até juristas!) opinam que não pode instituir bem de família quem tenha dívidas. Estão erradas. Não sabem ler, ou, o que é pior, lêem mal e interpretam mal o preceito legal. Quem deve, não está proibido

de instituir bem de família. Aliás, hoje em dia, quem não deve nada? . . . Só não pode instituir bem de família aquele devedor que, com a instituição, possa prejudicar o pagamento de seus compromissos. Pessoa que deve dez milhões e tem um patrimônio ativo de cem milhões pode, tranqüilamente, constituir como bem de família sua casa, que vale vinte milhões. A instituição do imóvel como bem de família, neste exemplo, em nada prejudica o pagamento do débito; os credores continuam garantidos com os bens remanescentes. Por outro lado, se alguém deve dez milhões e tem um único bem, deste mesmo valor, é claro, não pode constituí-lo como bem de família, pois estaria desfalcando de seu patrimônio a única garantia dos credores. Fundamentalmente, a lei quer evitar a blandícia, a fraude.

O imóvel constituído como bem de família, já vimos, fica isento de execução por dívidas. Esta isenção se refere, basicamente, a dívidas *posteriores* ao ato. As dívidas anteriores não estão ressalvadas, se se verificar que a solução destas se tornou inexecutível em consequência da instituição. Em suma: a lei objetiva impedir sirva o bem de família como manobra cavilosa do devedor inadimplente para fugir às suas responsabilidades, em detrimento da justa expectativa e interesses do credor. Mas, tirante esta hipótese, instituído como bem de família, fica o imóvel isento de execução por débitos do instituidor. Torna-se, portanto, *impenhorável*. Como se sabe, desde o direito romano, após a famosa *Lex Poetelia*, os bens do devedor, o seu patrimônio representam a garantia comum dos credores. O Código Civil francês, de 1804, em seu art. 2.093, consagrou expressmente o princípio:

*“Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. . .”*

Nosso Código Civil não tem preceito expresso neste sentido. Mas ele vigora, entre nós, como norma básica e fundamental de direito das obrigações. Até os jejunos de ciência jurídica sabem que nem todas as regras estão contidas no Código. O direito não se esgota na lei, sendo esta a principal e mais importante, mas, apenas, uma das formas de revelação do direito positivo. Ademais, o CPC, art. 591, edita:

*“O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”*

O bem de família é uma dessas restrições. A execução do credor, todavia, pára e falece ante o bem de família, a não ser que se trate de dívida anterior à sua instituição, cuja solução se tornou inexecutível por causa da mesma (CC, art. 71, parágrafo único), ou de débito proveniente de impostos relativos ao mesmo prédio (CC, art. 70, parágrafo único).

Não se pode admitir bem de família sobre terreno baldio, sobre terra nua. Há que existir benfeitoria, construção, a rigor uma casa, um apartamento, que consubstancie a residência, o lar da família. Nada impede que

o prédio esteja situado na zona rural, e, inclusive, poderão ficar incluídos na instituição a mobília e utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho, mencionados, discriminadamente, na escritura respectiva (cf. Decreto-Lei n.º 3.200/41, art. 22).

O prédio instituído como bem de família tem uma *destinação específica*: deve ser a casa, o lar, o abrigo, a residência com ânimo definitivo, vale dizer, o domicílio da família, não podendo ser utilizado para outro fim (CC, arts. 70, *caput*, e 72). Torna-se ele, como já vimos, impenhorável, não podendo, igualmente, ser alienado. A lei estabelece, em princípio, a *indisponibilidade* do bem de família. Mas não se trata de uma regra absoluta. Pode surgir um negócio excelente, uma oportunidade invulgar, ou a extrema necessidade de ser alienado o prédio. *Quid juris?* Se o objetivo do bem de família é *proteger*, resguardar, defender, garantir e dar segurança à família, seria um absurdo e verdadeira contradição proibir, de modo peremptório, a alienação, mormente naqueles casos apontados. A lei foi previdente e sábia, consignando o art. 70, parágrafo único, do Código Civil, que o bem de família durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem a maioridade. O art. 72 do Código especifica que a alienação do prédio é possível, havendo o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais. Interessados são os cônjuges e os filhos menores. Por estes, deverá falar um curador *ad hoc*, ouvindo-se, ainda, o Ministério Público. Ao final, decide o juiz. A cláusula de bem de família só pode ser eliminada por mandado judicial (cf. art. 21, *caput*, do Decreto-Lei n.º 3.200/41), comprovado, plenamente, o motivo relevante alegado para a eliminação.

Os dispositivos legais que regulam o bem de família deixam bem claro e expresso que o prédio, nessa condição, destina-se à moradia, ao lar, ao domicílio da família, não podendo o imóvel ter outro destino (v. art. 72 do CC e art. 21 do Decreto-Lei n.º 3.200/41). Assim, não pode ser o prédio alugado. Qualquer condescendência, neste ponto, agride frontalmente preceitos legais expressos e inequívocos.

A instituição do bem de família só pode fazer-se por escritura pública. Trata-se de um dos casos em que a lei submete, categoricamente, a validade de um ato jurídico a uma forma especial (CC, art. 73). Mesmo lavrada e assinada a escritura pública, a instituição ainda não produz efeitos. O documento deve ser transcrito no cartório de registro de imóveis (CC, art. 73). A Lei dos Registros Públicos (n.º 6.015/73), art. 261, diz que a escritura deve ser inscrita. Na verdade, não se trata de transcrição, nem de inscrição, mas de *registro*, conforme a própria Lei n.º 6.015/73, art. 168. Ao processar o registro, e antes de fazê-lo, o oficial do registro de imóveis deverá mandar publicar na imprensa local edital, no qual constará o resumo da escritura, especialmente com o nome, naturalidade e profissão do instituidor, e o aviso de que se alguém se julgar prejudicado deverá, dentro de trinta dias, reclamar contra a instituição. Findo este prazo, sem

que tenha havido impugnação, o oficial fará o registro. Af, então, e só então o bem de família ganha eficácia. Todo este procedimento está regulado na Lei dos Registros Públicos (arts. 260 a 265) e ele visa, precipuamente, a caracterizar a solvência do instituidor, ressaltando os direitos e interesses dos eventuais credores.

O Código Civil não se manifesta sobre o valor do prédio destinado ao domicílio da família. Recebeu muitas censuras por esta omissão. Após várias tentativas, o Decreto-Lei n.º 3.200/41, art. 19, estabeleceu um teto, impossibilitando a instituição em bem de família de imóvel de valor superior a cem mil cruzeiros. Mas, já naquele tempo, a inflação marcava a economia nacional, e aquele valor logo ficou desatualizado. O limite fixado no art. 19 do Decreto-Lei n.º 3.200 foi elevado, pela Lei n.º 2.514/55, para um milhão de cruzeiros. Não demorou, por sua vez, a ficar defasado. Mudando o critério, a Lei n.º 5.633/71 deu a seguinte redação ao referido art. 19 do Decreto-Lei n.º 3.200:

“Não será instituído em bem de família imóvel de valor superior a 500 (quinhentas) vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Fixou-se, então, como propugnava a doutrina, uma cláusula móvel, evitando-se a desatualização decorrente da desvalorização da moeda. Finalmente, a Lei n.º 6.742/79 novamente alterou o art. 19 do Decreto-Lei n.º 3.200, que está, agora, com a redação seguinte:

“Não há limite de valor para o bem de família desde que o imóvel seja a residência dos interessados por mais de dois anos.”

Tudo bem, trata-se de uma boa provisão. Mas esta regra devia ter sido introduzida como parágrafo único do art. 19, mantida aquela última redação que ele tinha, ordenada pela Lei n.º 5.633/71. Pois surgiu um problema: qual o valor para o bem de família se o imóvel *não* é a residência dos interessados por mais de dois anos? Se se trata, por exemplo, de um prédio recentemente adquirido? Ficou omissa a lei quanto ao caso. Criou-se uma questão — e grave — de direito intertemporal. Como o art. 19 do Decreto-Lei n.º 3.200 só menciona o caso de ser o imóvel residência dos interessados por mais de dois anos, e como a lei, em nenhuma parte, fixa valor para outros casos, que não este, *então não há valor*. Parece até uma sentença do Conselheiro Acácio, mas é a única conclusão lógica e sistemática a que se pode chegar. Até porque não há como recorrer, na espécie, à analogia, costumes e princípios gerais de direito.

É inegável a importância e a utilidade do bem de família. Trata-se de um recurso eficiente e poderoso de proteção da família. Livrando a casa de penhora por dívidas, resguarda, ampara e põe a salvo o lar. Não deixa ruir, sob o peso de uma execução, aquele patrimônio que, não raramente, é o último abrigo, o extremo asilo, o derradeiro teto do casal e dos filhos

menores. É evidente a alta função social do instituto, poupando a residência familiar dos azares e riscos, dos percalços e surpresas da vida. É claro que ele deve ser lembrado no momento da tranqüilidade e da abundância. Seu objetivo é *preventivo*. Se o infortúnio já chegou, ou se avizinha, a instituição não pode mais servir de remédio.

Apesar de todos os seus méritos e de suas tantas vantagens, o bem de família é figura quase totalmente desconhecida em nosso País, escassamente utilizada, entre nós. O eminente SÍLVIO RODRIGUES (in *Direito Civil*, v. I, n.º 72, p. 146), apontando este fenômeno, pondera que “a depreciação do futuro, entretanto, é inerente à condição humana e parece florescer mais marcadamente em países como o nosso, proverbialmente dadivosos”. Talvez seja por isso! Não é demais, todavia, lembrar e relembrar, como ensina o poeta e cantor: “Quem sabe faz a hora, não espera acontecer.”

O Projeto de Código Civil, arts. 1.740 a 1.751, regula com mais detalhes que o Código vigente o bem de família. Na exposição de motivos que enviou ao Ministro da Justiça, o Professor Miguel Reale enfatiza que a comissão elaboradora e revisora do Código Civil resolveu “manter a instituição do bem de família, mas de modo a torná-lo suscetível de realizar efetivamente a alta função social que o inspira, inclusive de uma forma que, a meu ver, substitui, com vantagem, as soluções até agora oferecidas no Brasil e no estrangeiro” (cf. *Anteprojeto do Código Civil*, Ed. Saraiva, 1972, p. XLIII).

A principal regra do projeto sobre a matéria é o art. 1.740, que dispõe:

“Podem os cônjuges, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, até o limite máximo de mil vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

O parágrafo único deste artigo permite que terceiro institua, igualmente, bem de família, por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados. Registre-se que a possibilidade de o bem de família ser instituído por terceiro, em favor dos cônjuges, ou de um deles, já estava prevista no Projeto de Código Civil do Dr. Coelho Rodrigues, art. 2.079.

Em livro que publiquei, intitulado *Emendas ao Projeto de Código Civil* (Ed. Grafisa, Belém, 1985, p. 105), comentando o art. 1.740 do Projeto opinei:

“Se ficar como está, o bem de família só poderá ser utilizado pelos abastados, pelos ricos, pelos que forem donos de muitos prédios, pois o que for instituído como bem de família não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido. Quem possuir apenas

um imóvel não poderá instituí-lo como bem de família. Nem mesmo poderá fazê-lo quem possuir dois, de valores equivalentes. Quem tiver três prédios, não poderá instituir o de maior valor. A não ser que possua uma fortuna em valores mobiliários.”

Mantenho o entendimento e reitero a crítica e sugestão.

Além dos dispositivos já mencionados, o Projeto estatui que o bem de família consistirá em prédio residencial, ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se, em ambos os casos, a domicílio familiar, e poderá abranger também valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família (art. 1.741). A meu ver, a grande inovação do Projeto consiste na possibilidade de destinar-se como bem de família os valores mobiliários, prevendo-se, inclusive, que os mesmos sejam administrados por instituição financeira (art. 1.742, § 3.º). Parece que a inclusão dos valores mobiliários foi inspirada no Código Civil italiano, art. 167. Edita, ainda, o Projeto que, salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência. Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior; caso contrário, ao tutor (art. 1.749 e parágrafo único). Estabelece mais o Projeto que a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família, mas, com a morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal. Finalmente, o art. 1.751 aponta que o bem de família se extingue com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos à curatela.

No final de seu governo, o Presidente José Sarney editou a Medida Provisória n.º 143, de 8 de março de 1990, convertida pelo Congresso Nacional na Lei n.º 8.099, de 20 de março de 1990, estabelecendo, em caráter geral, a impenhorabilidade do bem de família. O art. 1.º da citada lei determina que o imóvel residencial do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses que a lei prevê, especificando o parágrafo único do citado artigo que a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

O art. 2.º da lei exclui da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. O parágrafo único deste artigo tutela os direitos dos locatários, estabelecendo a impenhorabilidade dos bens móveis, quitados, que guarnecem a residência e que sejam de propriedade dos inquilinos, observada a exclusão que o artigo determina.

Para os efeitos da impenhorabilidade tratada na lei, considerou-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Na hipótese de haverem vários imóveis nessa condição, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado para este fim, no Cartório de Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Com o intuito de evitar maquinações e fraudes, a lei prevê que os seus benefícios não se aplicam àquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga, facultando-se ao juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

No art. 3.º, a lei especifica que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I) em razão dos créditos (na Medida Provisória estava escrito "critérios", conforme o avulso do Congresso Nacional) de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III) pelo credor de pensão alimentícia; IV) para cobrança de imposto, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

No art. 6.º, a lei ordenou a suspensão das execuções em andamento e o cancelamento (*sic*) das mesmas. A eficácia do preceito, sem dúvida, é retrooperante. Desconstitui todos os atos dos processos judiciais em curso. Se não é ponto pacífico, pelo menos a maioria da doutrina, nacional e peregrina, entende que, em matéria processual, há a incidência imediata da lei nova, que encontra obstáculo, apenas, na coisa julgada. Surge uma questão: a lei vai respeitar as execuções findas e concluídas, ou, também, as que tenham sido objeto, já, de um *verdictum*? Há necessidade de ser bem esclarecido o alcance da locução "execuções em andamento", que são as que foram suspensas pela lei. A meu ver, se a execução ainda não foi consumada, não há dúvida, está em andamento. Mas, se já foi *ordenada* pelo juiz, esta circunstância configura um *direito adquirido processual* do autor. O egrégio Carlos Maximiliano, no seu clássico *Direito Intertemporal* (2.ª ed., 1955, n.º 236, p. 277), leciona:

"Diploma recente que amplia ou restringe o conjunto de objetos sobre os quais a execução recai, não se aplica às execuções pendentes; prevalece a lei vigente na época da Sentença, que é o título executivo obtido pelo vencedor. Em verdade, assim



acontece, porque a designação das coisas penhoráveis só em aparência constitui matéria processual; inclui-se, de fato, entre os assuntos de direito material.”

Pelo exposto, a situação do bem de família, hoje, entre nós, é a seguinte: temos o bem de família como caso especial de inalienabilidade e impenhorabilidade, estabelecido, *voluntariamente*, pelo instituidor, conforme previsto no Código Civil (arts. 70 a 73) e legislação complementar. E a impenhorabilidade, em caráter geral, e *por força de lei*, do bem de família, considerado como tal o imóvel residencial próprio do casal, ou de entidade familiar.

É lamentável que a impenhorabilidade do bem de família tenha sido regulada através de medida provisória, o sucedâneo do decreto-lei. Por sinal, não foram poucos os constituintes, durante o processo de elaboração da Carta de 1988, que chamaram a atenção e alertaram para os riscos da introdução desta figura no processo legislativo brasileiro, especialmente pela possibilidade de serem cometidos excessos e abusos por parte do Poder Executivo. Entretanto, como consta no art. 62 da Constituição Federal, a adoção de medidas provisórias não pode ser feita indiscriminadamente, discricionariamente pelo Presidente da República, mas, apenas, em caso de *relevância e urgência*. Essas condições são cumulativas e, como pressupostos constitucionais de validade das medidas, devem ser examinados, previamente, pelo Congresso Nacional. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, versando o tema, leciona que se trata de ato julgado necessário em face de situações emergenciais, sujeito, todavia, ao controle parlamentar (in *Curso de Direito Constitucional*, 17.<sup>a</sup> ed., Saraiva, SP, 1989, n.º 30, p. 183).

Ora, determinar a impenhorabilidade do imóvel próprio em que reside a família pode até ser assunto relevante, matéria importante, mas não haverá quem possa, em sã consciência, considerá-la iminente, emergencial, urgente, para que pudesse ser tratada através da figura excepcional e excepcionalíssima da medida provisória. Sentindo isto, o então Ministro da Justiça Saulo Ramos, na Exposição de Motivos que enviou ao Presidente da República — e que este encaminhou ao Congresso Nacional —, aponta que “em decorrência da inflação e cumulação de juros, centenas de milhares de famílias estão com suas residências ou moradias ameaçadas de execução, ou já em processo executório, para pagar dívidas contraídas no atual sistema financeiro voraz e socialmente injusto, em operações que, por insucesso ou impenhorabilidade, arrastam à ruína todos os bens dos devedores, inclusive o teto que abriga o cônjuge e os filhos”. Se o fato fosse verdadeiro, o dever do Poder Público seria atacar as causas, com firmeza e determinação, e não apenas os efeitos, com disfarce e paliativo. Mais grave, porém, é constatar-se que a alegação é fantasiosa, irreal. Não havia no País essa generalizada inadimplência, a propalada execução em massa, o alegado perigo de centenas de milhares de famílias(!) virem a perder as suas casas.

Sem falar na insegurança que gerou, nos danos que determinou ao patrimônio dos credores, inviabilizando o retorno do capital que empregaram, premiando os desidiosos e estimulando o não-cumprimento das obrigações, quanto ao mérito da questão, penso que transformar em regra a impenhorabilidade do imóvel próprio em que reside a família, sob o impulso de conferir um benefício, outorgar uma proteção, pode, na prática, redundar em males e infortúnios. Nem vou mencionar a maioria da população, que, pobre ou paupérrima, não tem ou mal tem onde morar, sem ser dona do chão ou do teto, e não foi para ela, obviamente, que a medida foi editada. Há muito tempo, desgraçadamente, os assalariados brasileiros estão afastados do acesso ao crédito. Para os que têm a casa própria, e somente a casa própria — pessoas geralmente do segmento da classe média —, há o perigo real de ficar essa massa distanciada da possibilidade de obter empréstimos e financiamentos, porque o bem que possuem não poderá garantir as dívidas, e, como tal, nada significará em suas fichas cadastrais. Como sempre, lucrarão os ricos, os abastados, os grandes proprietários, que obtiveram como que uma reserva técnica de mercado financeiro, pois, tendo vários imóveis, pouco importa que um deles, no qual residem, seja impenhorável, se os outros garantem suas obrigações.

Em síntese, matéria de tão grave importância, de tantas repercussões, que modifica tão profundamente o direito positivo do País, devia ter merecido um estudo mais acurado, uma análise mais serena e sensata, ouvida, sobretudo, a sociedade civil organizada. A pressa, neste caso — e como no geral dos casos —, foi inimiga da perfeição.

## A N E X O

LEI N.º 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990

*Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.*

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória n.º 143, de 1990, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, NELSON CARNEIRO, Presidente do Senado Federal, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte lei:

Art. 1.º — O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único — A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 2.º — Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

**Parágrafo único** — No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

**Art. 3.º** — A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I) em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III) pelo credor de pensão alimentícia;

IV) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória e ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

**Art. 4.º** — Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1.º — Neste caso poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou curso, conforme a hipótese.

§ 2.º — Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5.º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

**Art. 5.º** — Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

**Parágrafo único** — Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

**Art. 6.º** — São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória n.º 143, de 8 de março de 1990, que deu origem a esta lei.

**Art. 7.º** — Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 8.º** — Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, 29 de março de 1990. — 169.º da Independência e 102.º da República.

*Nelson Carneiro*

# Fundamentos da arbitragem no Direito brasileiro e estrangeiro

JORGE BARRIENTOS PARRA

Professor de Instituições de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP)

## SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — Antecedentes históricos. 3 — Conceito. 4 — Natureza jurídica. 5 — Cláusula arbitral ou compromissória. 6 — O compromisso arbitral. 7 — A autonomia da cláusula arbitral ou compromissória. 8 — O compromisso no Direito brasileiro. 8.1. — Requisitos. 8.2. — Objeto. 8.3. — Efeitos. 8.4. — Responsabilidade dos árbitros. 9 — Homologação de laudos arbitrais estrangeiros. 10 — Conclusões.

### 1 — Introdução

A arbitragem a nível interno e mormente a nível internacional vem alcançando nas últimas décadas grande impulso e notoriedade.

Internamente pelos esforços das federações e câmaras de comércio para oferecer a seus associados e a terceiros um órgão idôneo para a solução de litígios e a nível internacional pelo volume crescente de casos resolvidos pelas cortes arbitrais.

Segundo RENÉ DAVID a Câmara de Comércio Internacional de Paris teve a sua fase inicial de arbitragem muito modesta, assim de 1940 a 1958 somente 234 litígios foram submetidos à sua corte de arbitragem. Posteriormente esse número aumentou consideravelmente; assim em 1969, 100 litígios lhe foram submetidos; já em 1979, atingiu 285 só nesse ano, e de 1980 até hoje esse número cresceu enormemente devido não só à expansão do comércio mundial, mas também ao fato de estar a arbitragem melhor conhecida, mais eficientemente organizada e vista como um benefício crescente para os meios do comércio internacional<sup>(1)</sup>.

(1) Apud IRINEU STRENGER, in *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 198.

Por outro lado os doutrinadores daqui e alhures dedicam-lhe generosas páginas, enriquecendo dia a dia a bibliografia acerca do tema.

Em virtude disso é relevante então perguntarmos quais são as vantagens oferecidas pela arbitragem? Na esteira do Prof. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES podemos dizer que são a celeridade na solução da pendência o que se contrapõe à morosidade tradicional de alguns judiciários estatais, em segundo lugar a arbitragem oferece discricção no tratamento das questões litigiosas, o que para as empresas é valiosíssimo, uma vez que a boa imagem é fundamental para conservar e ganhar mercados. Por outro lado, via de regra, a arbitragem tem a vantagem de decidir a lide por árbitros especializados naquele tipo de negócio, o que dá maior grau de confiabilidade às decisões.

Passemos, pois, a analisar alguns aspectos deste importante instituto.

## 2 — *Antecedentes históricos*

A arbitragem como forma pacífica de solução dos litígios já era conhecida e praticada na Grécia Antiga, principalmente na solução de conflitos entre as cidades-estados (2).

A arbitragem esteve presente também entre os hebreus, ainda que não sistematicamente definida (3), desde 1300 a. C. aproximadamente, época da promulgação do Direito Mosaico (4).

Disposição geral contra a parcialidade no processo encontramos no Levítico 19:15, dirigida a todo o povo de Israel por Moisés, nesses termos: "Não farás injustiça no juízo: nem favorecendo o pobre, nem comprazendo ao grande: com justiça julgarás o teu próximo."

Como disposição específica acerca da arbitragem podemos citar já no Gênesis, a disputa entre LABÃO e JACÓ a respeito do furto de ídolos de propriedade do primeiro, feito por RAQUEL sem o consentimento de JACÓ, seu marido, que propõe a arbitragem dessa maneira:

"Então se irou JACÓ, e altercou com Labão; e lhe disse: Qual é a minha transgressão? Qual o meu pecado, que tão furiosamente me tens perseguido? Havendo apalpado todos os meus utensílios, que achaste de todos os utensílios de tua casa? Põe-nos aqui diante de meus irmãos e de teus irmãos, para que julguem entre mim e ti." Gênesis 31:36-37 (grifo nosso).

No Novo Testamento encontramos a conhecida censura do apóstolo Paulo à Igreja de Corinto, onde os litígios *interna corporis* estavam sendo

(2) V. MICHEL DE TAUBE, *Les Origines de l'Arbitrage International*, *Antiquité et Moyen Age in Recueil des Cours*, 1932, vol. I, Tomo 42.

(3) V. GUILHERME GONÇALVES STRENGER, do juízo arbitral, RT-607/25.

(4) V. EDSON PRATA, *História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno*, pp. 25-28.

encaminhados aos tribunais togados<sup>(5)</sup>. Ele recomenda a instituição da arbitragem com a escolha de um árbitro da própria irmandade, evitando a justiça pagã.

Posteriormente essa recomendação paulina projeta-se na Idade Média através da força institucional e política da Igreja e não mais pelas razões esposadas pelo apóstolo.

Em Roma a arbitragem entre particulares alcançou grande desenvolvimento. Os árbitros decidiram sem submeter-se a qualquer lei, não estavam obrigados a seguir as rígidas fórmulas rituais de cunho religioso dos primeiros tempos do direito romano, contribuindo dessa forma a desenvolver e a democratizar a justiça oficial<sup>(6)</sup>.

O caráter marcadamente conciliatório da arbitragem vem daquela época, como se depreende das palavras de CÍCERO no *Pro Roscio Comvedo*:

“uma coisa é um julgamento, outra uma arbitragem... . . . vêm-se a julgamento para perder ou ganhar todo o processo, tomam-se árbitros com a intenção de não perder tudo ou não ganhar tudo”<sup>(7)</sup>.

No mesmo sentido as palavras de SÊNECA, no *De Beneficiis*:

“quando uma causa é boa, prefere-se um juiz a um árbitro, porque o primeiro é sujeito à forma e circunscrito pelos limites que não pode ultrapassar, ao passo que o segundo é livre e sem liames”<sup>(8)</sup>.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, no seu consagrado “Ensaio sobre Arbitragens Comerciais”, nos relata a controvérsia entre Sabianianos e Proculianos acerca da validade da venda e da locação por um preço a ser determinado por terceiro, ilustrando assim a intervenção de um terceiro não para dirimir um conflito, mas para integrar uma relação jurídica.

Essa questão foi solucionada por JUSTINIANO, com a Constituição de 531, estabelecendo a validade da determinação do preço nesse tipo de contratos por *arbitrium* de terceiro absolutamente obrigatório.

Tal discussão, a nosso juízo, é relevante porque através da história lapida conceitos e termos que são de uso comum em nossos dias e incor-

(5) O texto referido é o seguinte: “Entretanto, vós, quando tendes a julgar negócios terrenos, constituís um tribunal daqueles que não têm nenhuma aceitação na igreja? Para vergonha vô-lo digo. Não há porventura, nem ao menos um sábio entre vós, que possa julgar no meio da irmandade? Mas irá um irmão a julgo contra outro irmão e isto perante incrédulos? I Coríntios 6:4-6.

(6) V. MARGUERITE LANDRAU, *L'Arbitrage dans le Droit Anglais et Français Comparés*, p. 11 apud GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *Arbitragem Internacional*, texto I, publicação da biblioteca do FADUSP, 1976, p. 6.

(7) MARGUERITE LANDRAU, obra citada, apud GUIDO F. S. SOARES, idem, *ibidem*.

(8) MARGUERITE LANDRAU, obra citada, apud GUIDO F. S. SOARES, idem, *ibidem*.

pora nas legislações modernas a mesma questão convenientemente resolvida, como se depreende do art. 1.349 do Código Civil Italiano de 1942<sup>(9)</sup>, do art. 194 do Código Comercial<sup>(10)</sup> e do art. 1.123 do Código Civil Brasileiro<sup>(11)</sup> que se complementam.

Quanto à terminologia deve-se entender “arbitrador” (*arbitrator*) como aquele terceiro que intervém para aperfeiçoar a relação jurídica, e árbitro (*arbiter*) como aquele que soluciona um litígio.

Na Idade Média existia também a figura do mediador nos negócios entre particulares. Como podemos inferir das palavras de BOUTILLIER, jurista francês do século XIV, citado por TAUBE:

“o árbitro não pode e não deve, na causa a ele submetida, proceder senão por ordem do direito vigente, segundo o alegado — ou provado perante ele —, mas fazer tudo segundo a regra de direito; arbitrador, se é aquele que da causa é encarregado pela sua consciência, segundo o direito ou não; mediador ou apaziguador, se é aquele que, com o consentimento das partes, as coloca de acordo”<sup>(12)</sup>.

TAUBE entende que na Idade Média as figuras do mediador e do arbitrador estariam reunidas numa só pessoa.

Em sentido contrário o pensamento de GUIDO F. S. SOARES, para quem naquela época teria havido, distintamente as três figuras citadas por BOUTILLIER conceituadas da seguinte forma:

— Árbitro seria aquele que julga uma causa, segundo a lei da sede do tribunal ou segundo a equidade<sup>(13)</sup> (se as partes

(9) O art. 1.349 do Cód. Civil Italiano de 1942 estabelece: “Se a determinação da prestação objeto do contrato, for atribuída a um terceiro, e não resulte que as partes queriam submeter-se ao seu mero arbítrio, deverá o terceiro proceder de acordo com uma equitativa apreciação. Se faltar a determinação do terceiro ou se esta for manifestamente iníqua ou errônea, será a determinação feita pelo juiz.

A determinação entregue ao mero arbítrio de terceiro não se pode impugnar a não ser provando a sua má-fe. Se faltar a determinação do terceiro e as partes não se puserem de acordo para substituí-lo, será o contrato nulo.

Na determinação da prestação deve o terceiro ter em conta também as condições gerais da produção a que o contrato eventualmente se refira.”

(10) Art. 194 do Código Comercial: “O preço de venda pode ser incerto e deixado na estimação de terceiro; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores.”

(11) Art. 1.123 do Cód. Civil: “A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contraentes designar outra pessoa”.

(12) MICHEL DE TAUBE, obra citada, p. 88.

(13) Sobre o tema ver EDSON PRATA, *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 51, pp. 35-46.

assim dispuseram e se aquela lei o permitir) num processo instituído pelas partes, segundo um ritual definitivamente caracterizado.

— Arbitrador aquele que exerce a peritagem técnica, a pedido de uma das partes, de ambas ou de um terceiro na relação contratual (o juiz por exemplo), sem necessidade de ritos definitivos.

— Mediador, apaziguador ou ainda amigável compositor, aquele que decide, por permissivo das partes, mas cuja decisão não é obrigatória para as partes, nem se acha restrito a decidir segundo algum rito<sup>(14)</sup>.

É justamente na Idade Média que surge a arbitragem comercial, como ensina o Prof. GUIDO F. S. SOARES citando LANDRAU:

“Os comerciantes preferiam aos julgamentos dos tribunais, as decisões de árbitros escolhidos por eles, mais rápidos e mais competentes em matéria comercial.”<sup>(15)</sup>

E continua o mestre das Arcadas:

“Nas feiras, onde se reuniam comerciantes de várias nacionalidades, funcionavam tribunais arbitrais que, na verdade, eram mais expeditos que os tribunais judiciários locais, que deveriam, caso a eles se recorresse, aplicar leis estranhas ao foro, num sistema onde imperava a extrema personificação da lei e a mais ampla extraterritorialidade dos estatutos pessoais; a arbitragem permite o recurso à equidade e à aplicação de usos e costumes vigentes para as partes, constituindo-se, por tais razões, um meio de solução pacífica de litígios mais consentâneo com o mundo dos negócios.”<sup>(16)</sup>

Depois da Paz de Vestfália (1648), apesar do crescente nacionalismo e a conseqüente diversidade legislativa, o comércio continua não conhe-

---

(14) GUIDO F. S. SOARES, obra citada, p. 11.

As ordenações Filipinas distinguem claramente: “Entre os juizes árbitros e os arbitadores (que quer tanto dizer, como avaliadores ou estimadores) há ai diferença, porque os juizes árbitros conhecem não somente das coisas e razões, que consistem em feito, mas ainda das que estão em vigor em direito, e guardarão os atos judiciais, como são obrigados de os guardar os juizes ordinários e delegados. E os arbitadores conhecerão somente das coisas que consistem em feito; e quando perante eles for alegada alguma coisa, em que caiba dúvida de direito, remetê-lo-ão aos juizes da terra, que a despacham e determinem, como acharem de direito”. (Livro 3, título XVII).

(15) MARGUERITE LANDRAU, obra citada, p. 13, apud GUIDO F. S. SOARES, obra citada, p. 9.

(16) GUIDO F. S. SOARES, idem, ibidem.



cendo fronteiras. Quanto à arbitragem, é muito popular e aplica-se largamente entre particulares, isto explica-se pela lentidão e pelos elevados custos dos processos nos órgãos jurisdicionais estatais.

De acordo com a lição do Prof. GUIDO F. S. SOARES, a Revolução Francesa é um importante marco de interesse para o estudo das soluções pacíficas de controvérsias em geral e da arbitragem em particular.

Com efeito, a arbitragem como instituição é concebida pelos revolucionários franceses como a mais apropriada para traduzir, no domínio judiciário, um ideal de fraternidade entre as pessoas, o que foi consagrado na lei de 24 de agosto de 1790, que estabelecia:

“L'arbitrage étant de moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendroit à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis.”<sup>(17)</sup>

No mesmo sentido a Constituição de 3 de setembro de 1791 estabelecia que: “O direito dos cidadãos de terminar definitivamente suas contestações pela via da arbitragem, não pode sofrer qualquer lesão pelos atos do Poder Legislativo”. (Tit. III, Cap. X, art. 5.º).

Esse prestígio da arbitragem manifesta-se ainda pela multiplicação dos casos em que é obrigatória entre particulares.

Entretanto, a reação à liberalidade do período revolucionário restringiu os casos passíveis de arbitragem, extinguiu-se também a arbitragem obrigatória, o laudo arbitral passou a ser suscetível de revisão pelo Judiciário e perdeu a qualidade de auto-exequível se não for homologado pela jurisdição estatal.

Posteriormente na maioria dos países de direito codificado a arbitragem entre particulares sofreu restrições com a promulgação dos Códigos de Processo Civil. Já nos países que adotam o sistema do *Common Law* a arbitragem desenvolveu-se ao abrigo da autonomia das partes, com mínimas exigências nos estatutos e na regra do precedente judicial, assim na Grã-Bretanha o laudo arbitral é auto-exequível, dispensando homologação judicial para a sua execução<sup>(18)</sup>.

Em nosso século inúmeros são os tratados bilaterais e multilaterais que disciplinam a arbitragem comercial internacional, dentre eles destacamos o Protocolo Relativo a Cláusulas Arbitrais, adotado em Genebra em 24-9-23, a Convenção Relativa à Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, adotada em Genebra em 26-9-27, a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de

(17) JEAN ROBERT, *Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé*.

(18) GUIDO F. S. SOARES, obra citada, p. 20.

10-6-58 <sup>(19)</sup> e a Convenção sobre Arbitragem Comercial Internacional assinada em Genebra em 21-4-61.

O Protocolo de Genebra de 24 de setembro de 1923 foi ratificado pelo Brasil e passou a ser lei interna pelo Decreto n.º 21.167, de 22 de maio de 1932.

O artigo 1.º dessa Convenção estabelece que os Estados contratantes reconhecem a validade de um acordo relativo a diferenças atuais ou futuras (compromissos ou cláusulas compromissórias) entre partes sujeitas respectivamente à jurisdição dos diferentes Estados contratantes, através do qual as partes convencionam submeter à arbitragem todas ou quaisquer diferenças que possam surgir com respeito ao contrato principal, de cunho comercial, "ainda que essa arbitragem deva ter lugar num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes do contrato".

O artigo 2.º estabelece que o processo da arbitragem e a constituição do Tribunal arbitral serão regulados pela lei escolhida pelas partes e pela lei do país-sede da arbitragem.

O artigo 3.º garante a execução do laudo arbitral no território dos Estados contratantes.

E por força do estabelecido no art. 4.º existe a possibilidade de se derogar a competência dos tribunais dos Estados contratantes (leia-se tribunais brasileiros) em benefício do tribunal arbitral.

O inteiro teor desse artigo é o seguinte:

"Os Tribunais dos Estados Contratantes, aos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no artigo 1.º e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude do referido artigo e suscetível de ser executada, remeterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros. Essa transferência não prejudicará a competência dos Tribunais no caso de, por qualquer motivo, o compromisso, a cláusula compromissória ou a arbitragem haverem caducado ou deixado de produzir efeito."

---

(19) A Convenção de Nova Iorque já foi ratificada pelos seguintes Estados: Austrália, Áustria, Bélgica, Benin, Botsuana, Bulgária, República Centro Africana, Chile, Colômbia, Cuba, Chipre, Tchecoslováquia, Camboja, Dinamarca, Equador, Egito, Finlândia, França, Alemanha Oriental, Alemanha Ocidental, Gana, Grécia, Hungria, Índia, Indonésia, Irlanda, Israel, Japão, Jordânia, Kuwait, Luxemburgo, Madagascar, México, Mônaco, Marrocos, Holanda, Nova Zelândia, Niger, Nigéria, Noruega, Filipinas, Polónia, Coreia do Sul, Romênia, San Marino, África do Sul, Espanha, Srilanka, Suécia, Suíça, Síria, Tailândia, Trinidad e Tobago, Tunísia, União Soviética, Grã-Bretanha, Tanzânia, Estados Unidos, Urugual e Iugoslávia, de acordo com o "Guide to Arbitration" da Câmara de Comércio Internacional de Paris, 1984.

Pergunta-se se o Código de Processo Civil de 1939 teria revogado o Protocolo de Genebra de 1923. A respeito nos filiamos ao magistério do Prof. GUIDO F. S. SOARES que reconhece plena vigência no Brasil à referida convenção, baseado no princípio universalmente aceito e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>(20)</sup> de que um tratado internacional só se revoga com a denúncia, *in casu* esta não existiu, de sorte que continua sendo direito positivo<sup>(21)</sup>.

Entretanto o protocolo até hoje não foi aplicado na jurisprudência. De sorte que é impossível afirmar com certeza se um tribunal brasileiro aceitaria como vinculativa uma cláusula de arbitragem com base no referido protocolo.

### 3. Conceito

Como vimos existem vários tipos de arbitragem, assim é conveniente conceituá-la delimitando o seu objeto para evitar equívocos em relação a este importante instituto, intrínseco à generalidade dos contratos internacionais via cláusula arbitral.

---

(20) Apelação Cível nº 9.587, in Rev. de Direito Administrativo, vol. 34, 1953, p. 106.

No mesmo sentido a professora ARAMINTA DE AZEVEDO MERCADANTE, que citando HAROLDO VALLADÃO afirma: "desde 1905 o STF tem dado preferência aos tratados internacionais sobre o direito interno que se lhes oponha. Esclarecedora a posição do Supremo Tribunal no julgamento da Ap. Cível nº 9.857, onde ficou explícito que "o tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estes não o fizerem expressamente, ou se não o denunciarem". A matéria exposta tem a finalidade de ressaltar que o Protocolo de Genebra de 1923 está em vigor na ordem jurídica interna brasileira, sendo aplicável em todos os seus termos, mas com a reserva permitida pelo artigo 1º ou seja, "sob a condição de que o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória previstos no artigo primeiro do Protocolo sejam restritos aos contratos considerados como comerciais pela legislação brasileira". Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete Cláusula Compromissória (Direito Internacional e Direito interno).

(21) Da mesma opinião é LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES: "Ao ratificar tal convenção internacional, o Brasil albergou em seu direito positivo a cláusula compromissória nas relações comerciais internacionais, e a viabilidade de o juízo arbitral, a ser instaurado entre um brasileiro e um natural de um dos Estados signatários do Protocolo, realizar-se num terceiro Estado, de acordo com a lei deste último país. Essas disposições, que se harmonizavam com o princípio da autonomia da vontade das partes consagrado pelo artigo 13 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, ainda vigem plenamente em nosso Direito face à admissão da eleição do foro através de cláusula contratual. Salienta-se, contudo, a manifestação, incipiente é verdade, daquele fenômeno a que se dá o nome de "internacionalização" da arbitragem comercial, na possibilidade, prevista no Protocolo, de se realizar o juízo arbitral, entre partes domiciliadas em países distintos, em um país estrangeiro a ambas das duas." Ensaio sobre Arbitragens Comerciais, pág. 118.

Vejamos o conceito de RENÉ DAVID:

“Arbitragem é técnica que visa a dar solução de questão interessando às relações entre duas ou várias pessoas, por uma ou mais pessoas — o árbitro ou os árbitros —, as quais têm poderes resultantes de convenção privada e estatuem na base dessa convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado.” (22)

Da sua parte JEAN ROBERT a define como “instituição de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de Direito Comum, para ser resolvidos por indivíduos revestidos, pela circunstância, da missão de julgar” (23).

Já HERCE QUEMADA diz que: “pela instituição da arbitragem, os interessados, em virtude duma declaração de vontade, subtraem o conhecimento e decisão de suas controvérsias dos Tribunais, cuja resolução transferem a terceiro ou terceiros (os árbitros) (24).

GUASP a conceitua como a resolução de um conflito por um terceiro, “a cuja decisão se submetem os contendores” (25). Também sintética é a definição apresentada por LOYRETTE NOUEL (26) no seguinte teor: “arbitragem é a instituição pela qual as partes confiam aos árbitros, livremente designados, a missão de resolver seus litígios.

Mais elaborada é a proposta de definição apresentada pelo Prof. STRENGER. Vejamos: “arbitragem é instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante tribunais estatais”.

Das definições *supra* apresentadas podemos concluir que numa análise perfunctória a arbitragem assenta-se na seguinte tríade:

— em primeiro lugar é necessária a existência da lide, entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas de direito público ou privado;

— em segundo lugar é necessário que os litigantes indiquem contratualmente um terceiro alheio à lide para resolver a questão, e que este(s) observe(m) as normas processuais estabelecidas no compromisso arbitral, ou na legislação aplicável;

(22) *L'Arbitrage dans le Commerce International*, apud IRINEU STRENGER, *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 196.

(23) JEAN ROBERT, *Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé*, apud IRINEU STRENGER, obra citada, p. 197.

(24) HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, v. II, p. 211.

(25) JAIME GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, v. 1º, p. 1148.

(26) GIDE LOYRETTE NOUEL, *Le Droit Français de l'Arbitrage* apud IRINEU STRENGER, obra citada, p. 197.

— o terceiro fundamento é o caráter vinculante do laudo arbitral para as partes, assim o laudo arbitral é obrigatório para estas, tendo inclusive executoriedade nos tribunais estatais.

É interessante notar que as conceituações que apresentamos nada dizem respeito à internacionalidade da arbitragem, muito embora estejamos falando da arbitragem internacional. Isto se deve a que a substância do instituto é idêntica tanto em matéria interna como internacional<sup>(27)</sup>.

No entanto, parece-nos relevante perguntar-nos, quando nos encontramos ante uma arbitragem internacional?

Evidentemente, tendo presente os elementos de conexão oferecidos pelo próprio contrato, a saber, a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos, juntamente com o domicílio e a nacionalidade das partes, a lei escolhida pelas partes, a localização da sede e o centro de atividades principais fornecer-nos-ão elementos suficientes para a determinação e identificação do contrato internacional que exercerá influência decisiva para a qualificação da arbitragem como nacional ou internacional.

Entretanto, pelo princípio da autonomia da vontade, as partes, na hipótese de ter domicílio em países diferentes, podem determinar a escolha duma arbitragem inserida no sistema jurídico nacional de uma delas, com a possibilidade do laudo arbitral ter de ser cumprido na jurisdição do outro.

Podemos chamar a este tipo de arbitragem de internacional? PAES DE BARROS LEÃES entende que se trata de um juízo arbitral estrangeiro e não internacional, argumentando na esteira de MARTIN<sup>(28)</sup>:

“Ora, ao juízo arbitral instaurado e realizado no estrangeiro, cuja sentença será cumprida no Brasil, e que versa sobre uma controvérsia relativa a uma obrigação de cunho internacional, dá-se o nome de “juízo arbitral internacional” quando se deveria, na verdade, denominá-lo “juízo arbitral estrangeiro”. Com efeito, o juízo arbitral é sempre regulado por um sistema jurídico nacional, brasileiro ou estrangeiro. Não é por conseguinte um juízo arbitral internacional, na medida em que estaria destacado de toda lei nacional. Realizado no estrangeiro, e devendo a sentença arbitral ser aplicada no Brasil, vincular-se-á sempre ao sistema jurídico estrangeiro onde se realizou, submetendo-se a sentença arbitral às regras para a execução de sentença estran-

(27) P. A. LALIVE, problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, in *Recueil des Cours*, 1967, v. 120, p. 583.

(28) No prefácio a obra *Arbitrage International Commercial* R. MARTIN, diz que: “à vraie dire, il n'existe pas encore d'arbitrage international, car chaque arbitrage est rattaché à un système juridique national et soumis à certaines lois ou règles nationales”. Apud LUIZ GASTAO PAES DE BARROS LEAES, obra citada, p. 114.

geira fornecidas pelo direito internacional privado brasileiro. Trata-se, pois, de um juízo arbitral estrangeiro” (29).

Enfrentando a questão na sua clássica obra *L'Arbitrage Commercial International*, PHILIPPE FOUCHARD assume posição mais flexível, admitindo duas concepções de arbitragem comercial internacional.

A primeira com sentido mais lato, em que é suficiente que qualquer elemento da arbitragem ou do litígio seja de país diferente daquele ao qual se vincula o restante da avença para que tenhamos uma arbitragem do comércio internacional.

A segunda mais restrita, FOUCHARD a identifica com a comunidade internacional de comerciantes de acordo com a doutrina da *Lex Mercatória*, a partir da organização dos práticos do comércio internacional, em que a arbitragem é concebida como completamente autônoma dos sistemas jurisdicionais estatais.

De qualquer forma, com muita propriedade, reconhece o autor a influência do Estado em relação à arbitragem internacional, através das leis nacionais, o que se faz mais nítido na etapa de execução do laudo arbitral (30).

Quanto aos critérios definidos no âmbito das Convenções internacionais para reconhecermos quando uma arbitragem é internacional, em princípio são dois, a saber:

— a diversa nacionalidade das partes como decorre do art. 1.º do Protocolo de Genebra de 1923: “Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, do compromisso ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, . . . . ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”;

— o segundo é a diferente residência habitual, domicílio ou sede social, ainda que a nacionalidade seja a mesma, critério adotado pela Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 21-4-61), que no seu artigo 1.º, inciso a, estabelece:

“A presente Convenção aplicar-se-á: a) àqueles acordos ou compromissos de arbitragem que . . . tenham sido avençados entre pessoas físicas ou jurídicas, que tenham ao momento de estipular um acordo ou compromisso desse tipo, sua residência habitual, domicílio ou sede social em Estados contratantes diferentes.”

A Convenção de Nova Iorque de 1958, da qual o Brasil não faz parte, relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estran-

(29) LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, obra citada, p. 114.

(30) PHILIPPE FOUCHARD. *L'Arbitrage Commercial International*, pp. 31-32.

geiras, considera uma decisão como estrangeira quando tenha sido proferida “no território de um Estado distinto daquele no qual se pede o reconhecimento e a execução”, conforme o artigo 1.º, inciso 1 (31).

Na discussão da Convenção de Nova Iorque de 1958 foi expressamente rejeitada uma emenda italiana que, com base no artigo 2 de seu Código de Processo Civil, negava a aplicação da Convenção “quando ambas partes são nacionais ou tenham seu domicílio ou residência habitual em seu território” (32).

Assim na hipótese duma arbitragem requerida por duas ou mais pessoas de uma mesma nacionalidade e domiciliadas no mesmo país ante um tribunal arbitral com sede em outro Estado, não teremos uma arbitragem internacional, pois não houve um contrato comercial internacional. Nesse caso a decisão arbitral estrangeira deverá atender às exigências do Estado onde for prolatada, bem como aquelas determinadas pelo Estado onde o laudo será executado, para a homologação de sentenças estrangeiras.

#### 4. *Natureza jurídica*

Qual é a natureza jurídica da arbitragem? A opinião dos juristas é díspar em relação a essa questão.

Em geral os civilistas entendem que a arbitragem tem fundamentos marcadamente contratuais. Assim a chamada corrente contratualista pura classifica a arbitragem entre os casos em que o arbítrio de terceiro é elemento de determinação da vontade privada — manifestada de forma indeterminada no compromisso —, considerando obrigatório o laudo em virtude do princípio da obrigatoriedade dos contratos, vendo na homologação do juiz estatal apenas o instrumento para emprestar ao laudo a qualidade de título executivo (33).

Entretanto, a decisão arbitral constitui ato que não integra o compromisso ou a vontade das partes nele expressa. É ato autônomo, baseado na autorização e competência estabelecida pelas partes no compromisso e executável compulsoriamente, após a homologação pelo Judiciário (34).

(31) Na versão oficial inglesa o dispositivo diz o seguinte:

“Article 1 —

1. This convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.”

(32) FAUSTINO CORDON MORENO, *Eficácia Procesal de la Clausula Arbitral Internacional*, in *Anuario de Derecho Internacional* VI, 1982, p. 153.

(33) PAULO FURTADO, *Juízo Arbitral, Digesto de Processo*, vol. 3, p. 239.

(34) JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES, *Arbitragem Internacional Privada*, revista *Forense*, 279/99.

Outra corrente, a jurisdicionalista adotada em geral pelos processualistas, em resumo, atribui natureza jurisdicional à arbitragem, argumentando que os árbitros são designados pelas partes, mas é da lei que deriva o poder de julgar. Os árbitros seriam assim verdadeiros juizes no exercício privado de funções públicas. O compromisso, uma ampliação da jurisdição, o laudo uma verdadeira sentença, mesmo antes de homologado e a homologação seria um simples ato administrativo <sup>(35)</sup>.

FURTADO, perfilhando essa posição, defende-a mostrando que a atividade dos árbitros é semelhante à atividade jurisdicional quanto ao poder de aplicar o direito, autorizadamente, em caráter substitutivo, subsidiário e relativamente aos titulares dos interesses em conflito <sup>(36)</sup>.

No entanto essa posição não explica convincentemente o por que sendo a atividade arbitral de natureza jurisdicional e portanto com a autoridade de dizer o direito como o faz o Estado, precisaria justamente da chancela deste para dar-lhe executoriedade.

De sorte que tanto a posição contratualista como a jurisdicionalista fixam-se em parte da complexa realidade jurídica que é a arbitragem, aquela no compromisso e esta no laudo, não abrangendo o todo e assim dão explicação e fundamentação parcial a fenômeno jurídico complexo.

Em razão disso surgiu uma corrente intermediária, adotando posição conciliatória entre o radicalismo da posição contratualista e jurisdicionalista <sup>(37)</sup>.

Segundo GUIDO F. S. SOARES, a arbitragem é uma jurisdição pactuada entre as partes. Teria assim um caráter misto ao mesmo tempo contratual e jurisdicional, por isto com muita razão ele diz:

“Sendo contrato, quando internacional a arbitragem tem problemas comuns aos contratos internacionais, a exemplo: o problema da eleição da lei, o problema da capacidade das partes. Mas ao mesmo tempo, também possui características do que vem a ser uma jurisdição. Daí porque a arbitragem no Brasil está regulada em dois ramos do Direito, em dois diplomas significativos: no Código Civil e no Código de Processo Civil, porque, na verdade, é um instituto híbrido” <sup>(38)</sup>.

---

(35) PAULO FURTADO, *Jutzo Arbitral, Digesto de Processo*, vol. 3, p. 239.

(36) PAULO FURTADO, *idem*, *ibidem*.

(37) Esta posição é defendida por PIERRE LALIVE in “L'Arbitrage International Privé”, *Recueil des Cours*, v. 120, p. 584, e por PHILIPPE FOUCARD, in “L'Arbitrage Commercial International” nota 6, p. 8.

(38) *Arbitragem Internacional, Texto II, Publicação da Biblioteca da FADUSP*, 1985, p. 2.



JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES também se filia a esta posição conciliatória; referindo-se às teses contratualista e jurisdicionalista, o Prof. da USP avalia com muita propriedade:

“As duas posições são extremadas e podem ser conciliadas. A arbitragem possui base contratual que é o compromisso, de característica estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que institui.

Mas o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seu fundamento e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes.”

“Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios.”<sup>(39)</sup>

Existe ainda uma posição doutrinária que se afasta da discussão acima, postulando a natureza jurídica autônoma da arbitragem, dado as especificidades que a caracterizam<sup>(40)</sup>.

Na doutrina pátria a professora ARAMINTA DE AZEVEDO MERCADANTE perfilha esse ponto de vista nos seguintes termos:

“Parece-nos que a arbitragem constitui uma instituição jurídica autônoma, específica, assumindo uma função própria, tanto em direito interno quanto em direito internacional. Os dois elementos essenciais da arbitragem, ou seja, o acordo de vontade das partes que escolhem juízes particulares ou de um Centro Permanente de Arbitragem (Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, London Court of Arbitration, American Arbitration Association, etc.) para solucionar uma controvérsia havida entre elas, estará sempre presente, bem como a necessidade da intervenção estatal para que a sentença ou laudo arbitral possa produzir todos os efeitos, adquirindo força de sentença.”

A nosso juízo a natureza jurídica da arbitragem como instituição autônoma ajusta-se mais à realidade porque em que pese às discussões doutrinárias ninguém lhe nega a existência, nem a unicidade interna de sua estrutura que abrange em seqüência lógica: litígio, acordo das partes sobre a constituição do tribunal, laudo arbitral e homologação deste pela justiça togada.

(39) Arbitragem Internacional Privada, in *Revista Forense*, 279/100.

(40) Na França JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI assim se manifesta:

“Pour permettre à l'arbitrage de connaître le développement qu'il mérite, tout en le maintenant dans les justes, il faut admettre, Croyons-nous, que sa nature n'est ni contractuelle, ni juridictionnelle, ni hybride, mais autonome.” (L'Arbitrage. Nature juridique droit interne et droit international privé, p. 365).

Também a nível interno e internacional é tratado como instituto autónomo, desde o reconhecimento de seu desenvolvimento histórico até a constatação da existência de suas próprias regras.

Perscrutar a natureza jurídica envolve a qualificação e a interpretação dos atos ou relações existenciais concretos teleologicamente <sup>(41)</sup>, nesse sentido uma análise de qualquer arbitragem desde a cláusula arbitral até a homologação do laudo, situa o estudioso num âmbito peculiar reconhecido pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência. Impõe-se assim o reconhecimento da arbitragem como instituição autónoma, como órgão provavelmente idóneo para a solução de litígios.

Depois dessa aproximação ao conceito e à natureza jurídica da arbitragem passemos à análise de alguns aspectos, que reputamos mais relevantes. Em primeiro lugar focalizaremos a cláusula compromissória.

### 5. *Cláusula arbitral ou compromissória*

A cláusula arbitral ou compromissória é a estipulação contratual pela qual as partes assumem a obrigação de submeter qualquer controvérsia resultante do contrato à solução por meio de arbitragem <sup>(42)</sup>.

Note-se o carácter futuro da cláusula compromissória, ela depende de um evento futuro e incerto, (o litígio), que segundo a doutrina civilista impede a sua identificação com o compromisso (que trataremos a seguir).

No Brasil, nem o CPC nem o Código Civil tratam da cláusula compromissória.

Segundo REGINALDO NUNES <sup>(43)</sup>, a primeira vez que a cláusula compromissória apareceu expressamente em lei no direito pátrio foi no Decreto n.º 3.900, de 26-6-1867, cujo art. 9.º estabelecia:

“A cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8.º (nomes, prenomes e domicílio dos árbitros e objeto da contestação sujeita à decisão deles), senão também sobre as declarações do art. 10. (prazo para decisão, se será sem recurso, pena convencional imposta contra o que recorrer, não obstante a cláusula.”)

Em nosso direito boa parte da doutrina e a totalidade das decisões jurisprudenciais inclinam-se por reconhecer à cláusula compromissória uma

(41) IRINEU STRENGER, obra citada, pp. 44-45.

(42) C. A. DUNSHE DE ABRANCHES, A Arbitragem Comercial no Brasil, *Revista Forense* 228/381.

(43) *Revista dos Tribunals*, 284/15.

mera obrigação de fazer que se resolva em perdas e danos que poderão ser pré-fixados mediante a estipulação de uma multa compensatória.

Ainda que, como vimos, em relação a cláusulas compromissórias, em matéria comercial, vigore no Brasil o Protocolo de Genebra de 1923, existindo assim a possibilidade teórica de se derrogar a competência dos tribunais togados mediante a inserção de uma cláusula arbitral, que teria assim a mesma força do compromisso, conforme o art. 1.º do referido Protocolo.

De sorte que a doutrina e a jurisprudência dominantes continuam atreladas a entendimento do século passado, já superado, negando a derrogação dos tribunais comuns em benefício da solução arbitral estatuída pelas partes, apesar das necessidades do comércio nacional e internacional.

Aliás, já em 1923 CLOVIS BEVILÁQUA, no seu parecer favorável à adesão do Brasil ao Protocolo de Genebra afirmava:

“Assim, no direito pátrio, a cláusula compromissória é válida, obriga as partes, como qualquer outra cláusula contratual, mas não obriga o juiz.

E é precisamente essa força que procura dar-lhe o Projeto de Convenção de que Vossa Excelência me remeteu cópia.

Nenhum obstáculo há em nossa legislação, a que se adote esse princípio, que está na corrente das idéias hoje dominantes. Subscrevendo o Brasil a Convenção projetada, e aprovada esta pelo Congresso, a cláusula compromissória valerá como causa de desforamento dos tribunais comuns.” (44)

Creemos que a modernização e a desburocratização da aplicação da justiça para colocar o Brasil à altura das exigências do comércio internacional hodierno aconselham a aplicação dessas idéias de CLOVIS BEVILÁQUA, já que os tribunais togados não lhe garantem a rapidez, a precisão e a discricção que necessita para o seu desenvolvimento.

Um grande passo nesse sentido seria a aprovação do anteprojeto ABI-ACKEL sobre arbitragem, que de acordo com a atual tendência de construção unitária da convenção arbitral não distingue entre cláusula compromissória e compromisso (45), reconhece a autonomia da cláusula arbitral outorgando ação específica quando houver recusa de uma das partes

(44) Dec. nº 21.187, de 22-3-32, apud JOSÉ CARLOS MAGALHÃES e LUIS OLAVO BAPTISTA in Arbitragem Comercial, p. 127, (grifo nosso).

(45) O artigo 2º do anteprojeto assim estabelece: “A arbitragem poderá ser estipulada previamente em contrato com relação a eventuais litígios dele decorrentes, ou referir-se a divergências existentes ainda não ajuizadas, ou que já sejam objeto de processo judicial em curso.” (grifo nosso)

ao seu cumprimento<sup>(46)</sup> e dá o "status" de título executivo extrajudicial ao laudo<sup>(47)</sup>.

## 6. O compromisso arbitral

O compromisso segundo a doutrina é o ato jurídico em que as partes convencionam em submeter à arbitragem um litígio já existente, devidamente determinado quanto ao seu objeto e ao árbitro ou árbitros que hão de resolvê-lo.

Comparativamente pode-se dizer que a cláusula compromissória está para o compromisso assim como a promessa está para o próprio ato,<sup>(48)</sup> ou que aquela é um contrato dentro de um contrato e este é um contrato fora do contrato porque o compromisso depende do litígio que afronta as partes e não se vincula, a não ser indiretamente, às relações contratuais que determinaram a controvérsia<sup>(49)</sup>.

Ainda quanto às distinções, fala-se da cláusula compromissória como renunciadora do compromisso ou que aquela se integrará a este e nele se perará. Pode-se distingui-las também quanto à forma, assim a cláusula compromissória deve obedecer às regras sobre a validade dos contratos em geral e o compromisso os requisitos constantes do art. 1.039 do CC e do art. 1.074 do CPC<sup>(50)</sup>.

Historicamente a convenção arbitral compreendida nessas duas figuras jurídicas tem a sua origem no sistema francês, e sob essa influência espalhou-se para inúmeros sistemas jurídicos de raiz romano-germânica.

Entretanto a distinção entre cláusula compromissória e compromisso conforme o professor LUIS OLAVO BAPTISTA não é universal nem antiga, havendo sistemas que não a admitem, como o direito inglês, o alemão e os escandinavos<sup>(51)</sup>.

Na esteira de GONZALEZ CAMPOS<sup>(52)</sup> podemos dizer que existe uma tendência a nível internacional propugnando a supressão das distin-

(46) Esse reconhecimento está implícito no art. 3º do anteprojeto que diz: "A cláusula contratual que determinar a solução de litígios por arbitragem comporta execução específica mediante a ação própria prevista nos arts. 21 a 26 desta lei, não se resolvendo em perdas e danos seu inadimplemento."

(47) De acordo com o art. 18: "O laudo produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judicial e valerá como título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, VII do Código de Processo Civil."

(48) REGINALDO NUNES, *Da Cláusula Compromissória no Direito Brasileiro*, RT 284/12.

(49) GUILHERME GONÇALVES STRENGER, *Do Juízo Arbitral*, RT 607/27.

(50) LUIS OLAVO BAPTISTA, *Cláusula Compromissória e Compromisso in Arbitragem Comercial*, pp. 31-37.

(51) LUIS OLAVO BAPTISTA, *idem*, *ibidem*.

(52) JULIO D. GONZALEZ CAMPOS, *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español*, in *Anuario del Derecho Internacional*, 1975, II, p. 13.

ções entre a cláusula compromissória e o compromisso, porque admite-se em geral que ambas possuem os mesmos efeitos quanto ao fim objetivado pela vontade das partes que é a realização da arbitragem.

O caminho para atingir esse desiderato leva à formulação duma noção mais ampla que engloba as figuras que se quer anular. Em outras ocasiões, abandona-se a distinção para utilizar exclusivamente uma noção unitária, a de convenção arbitral<sup>(53)</sup>.

Exemplificativamente a Grécia em 1969 realizou reforma na legislação que regia a arbitragem optando pela supressão de toda distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso, que atualmente são objeto de uma regulamentação uniforme e designadas pela noção unitária de “convenção de arbitragem”<sup>(54)</sup>.

Da mesma forma na Bélgica a Lei de 4 de junho de 1972 incorporou nesse sistema jurídico uma lei uniforme em matéria de arbitragem a nível europeu (Convenção Européia de 1961), assim o art. 1.676, § 1.º, do Código Processual belga passou a determinar que:

“Tout différend déjà né ou qui pourrait naitre d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage”<sup>(55)</sup>.

Também a Áustria, a Turquia e os países socialistas europeus adotaram nos seus respectivos sistemas jurídicos a concepção unitária da convenção arbitral.

Essa mesma linha doutrinária é adotada nos diplomas que procuram a unificação das regras da arbitragem no plano internacional como a Convenção de Nova Iorque de 1958, que referindo-se à base convencional da arbitragem fala de um “acordo escrito”, compreendendo essa expressão, uma cláusula compromissória inserida num contrato ou um compromisso, assinado pelas partes ou contido num intercâmbio postal ou telegráfico<sup>(56)</sup>.

(53) Esta última é a via escolhida no anteprojeto ABI-ACKEL de arbitragem, onde utiliza-se unicamente a noção de pacto arbitral.

(54) ANGHELOS FOUSTOUCOS, L'Arbitrage International en Droit privé hellénique, in *Revue Hellénique de D. International* (1073-4), p. 53.

(55) O texto completo dessa lei belga encontra-se na *Revue de l'Arbitrage* (1973), nº 4, p. 250.

(56) A versão oficial inglesa dos parágrafos 1 e 2 do artigo II da Convenção de Nova Iorque de 1958 é a seguinte:

Article II — ...

1. Each contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a definite legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement of arbitration.

2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

De maneira semelhante a Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 21-4-61, no seu artigo 1.º § 2.º, inciso *a*, considera como acordo ou compromisso arbitral

“... uma cláusula compromissória incluída num contrato, ou um compromisso, contrato ou compromisso avulso assinado pelas partes ou contidos num intercâmbio de cartas, telegramas ou comunicações via telex...”

Da sua parte a UNCITRAL, no seu Regulamento de Arbitragem Comercial Internacional, muito embora mantenha a dualidade conceitual referindo-se a uma cláusula de arbitragem incluída num contrato ou acordo de arbitragem separado, engloba ambas no conceito genérico de “acordo de arbitragem”, adotando a mesma concepção dos textos convencionais acima referidos.

Segundo LUIS OLAVO BAPTISTA, o grande obstáculo à identificação do compromisso com a cláusula arbitral está na exigência de certos requisitos que alguns sistemas jurídicos — como o brasileiro — fazem para a validade do primeiro. Havendo razões de ordem pública para que se mantenha a distinção: dentre elas a necessidade de proteção à parte mais fraca nos contratos.

#### 7. *A autonomia da cláusula arbitral ou compromissória*

Coloca-se o seguinte problema: que fazer no caso de uma das partes discutir a aplicabilidade da cláusula compromissória livremente avençada ou visando escapar da arbitragem alegar a nulidade do contrato principal, para contestar a competência do juízo arbitral?

*A solução veio através da construção jurisprudencial da autonomia da cláusula compromissória, que tem duplo efeito: o primeiro, de caráter substancial, que concretiza-se no fato de que a eventual nulidade do contrato principal não se prolonga, à cláusula arbitral; o segundo efeito é de regulamentação da lei aplicável ao contrato e à cláusula compromissória separadamente.*

Quanto ao primeiro efeito, isto é, ao tratamento diferenciado que se dá ao contrato básico e à cláusula compromissória, LUIS OLAVO BAPTISTA assim se manifesta:

“A primeira brecha na separação entre ambos foi aberta com o destacar a cláusula compromissória do contrato. Um autor de reputação e com grande prática, afirma que:

“While this view (a da integração) still prevails in England, it has been the object of increased criticism in other countries and appears to be rapidly falling in disfavour. The modern view is to consider that the arbitration clause is “separable” from the main

contract the issue ought to be determined by the arbitrators rather than the courts" (57).

Em outras palavras, poderia ter dito que o poder para decidir as disputas entre as partes decorre da cláusula e não do contrato em si. E de onde decorre quando há compromisso?

Pois bem, não se trata de mera construção doutrinária. A Suprema Corte norte-americana, em "Prima Paint Co. Floyd Conklin Mfg. Co.", em caso de alegada indução em erro de uma parte, pela outra, para que contratassem, em contrato que continha cláusula arbitral, decidiu que a sua validade não deveria ser examinada pelo Judiciário, mas sim pelos árbitros.

Duas semelhanças aí ocorreram: a autonomia em relação ao contrato e o afastamento da competência. A decisão, o que é mais, interpretava a Seção 4 do "Federal Arbitration Act" que prevê que, se não estiver a cláusula arbitral, ela própria, em discussão devem as partes recorrer a árbitros para solução de suas divergências. Outras decisões como "Inter-ocean Shipping Co.", "National Shipping Trading Co.", "Alco Standard Corporation Benalal", com ligeiras variações, chegaram à mesma conclusão (58).

Na França, o princípio jurisprudencial foi estabelecido a partir da sentença do Tribunal de Cassação (1.ª sala civ.) de 7 de maio de 1963, no caso GOSSET, onde aquele alto tribunal afirma que:

"En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte" (59).

Em relação ao segundo efeito pode-se dizer que a cláusula compromissória de arbitragem exige uma conexão independente ou autônoma para a determinação do ordenamento jurídico que haverá de regê-la; de forma que, muito embora o contrato principal fique submetido a um determinado sistema, em muitos casos outro diferente será o aplicável, para reger a validade e os efeitos da cláusula compromissória de arbitragem.

Nas palavras de F. E. KLEIN: "dizer que a cláusula compromissória é autônoma, que cumpre uma função própria, em termos de Direito Internacional Privado significa, sobretudo, que possa ser submetida a uma lei

(57) GEORGES DELAUME, *Transnational Contracts*, vol. II, p. 141.

(58) JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES e LUIS OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem comercial*, p. 41.

(59) Apud JEAN DENIS BREDIN, *Journal de D. International* (1964), p. 83.

distinta daquela aplicável ao contrato principal celebrado entre as partes" (60).

O fundamento dessa solução é uma prévia "qualificação" autônoma da cláusula de acordo com a sua função, que é diversa daquela que cumpre o contrato principal no relacionamento das partes.

A posição jurisprudencial afirmando a autonomia da cláusula compromissória consagrada no caso GOSSET foi confirmada na sentença do Tribunal da Apelação de Paris (1.<sup>a</sup> sala Sup.) de 25 de janeiro de 1972, em "Quijano Agüero e outros, v. Marcel Laporte".

Nesse caso, o contrato principal assinado em Bilbao, de forma não solene, estipulava que um industrial francês outorgava a outros de nacionalidade espanhola licença para a exploração de um determinado processo industrial comprometendo-se ainda a prestar assistência técnica e comercial. Os industriais espanhóis obrigavam-se a determinados pagamentos anuais, equivalentes a uma percentagem sobre as vendas.

Uma das cláusulas do contrato submetia as eventuais controvérsias do mesmo a arbitragem seguindo o modelo padrão estabelecido pela Câmara de Comércio Internacional perante a Corte de Arbitragem dessa instituição (61).

Aconteceu que os industriais espanhóis denunciaram o contrato, tendo M. Laporte recorrido à arbitragem conforme a referida cláusula, o qual realizou-se à revelia da parte espanhola.

Entretanto quando o industrial francês requereu o *exequatur* da decisão arbitral ante a jurisdição francesa que o concedeu, os contratantes espanhóis alegaram que:

"... la sentencia es nula, por haberse dictado sin previo compromiso; pues la ley española, aplicable al contrato, regia los efectos de la cláusula compromisoria..." (62).

---

(60) F. E. KLEIN, "Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international". In R. Critique D. International Privé (1961), p. 500. Em sentido contrário manifestava-se G. BALLADORE PALLIERI, sustentando que "é inconcebível que uma parte das disposições de um contrato fique regida por uma lei e outra parte por uma lei diferente" de forma que "a lei reitora do contrato deverá ser aplicada também à cláusula relativa a arbitragem e, com isso, a toda a arbitragem". "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux in Recueil des Cours, vol. 51, p. 353.

(61) A cláusula padrão da Câmara de Comércio Internacional, em língua francesa é a seguinte: "Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement."

(62) Apud GONZALEZ CAMPOS, obra citada, p. 30.



Essa argumentação é rejeitada pelo Tribunal de Apelação de Paris, afirmando que:

“... les premiers juges ont exactement décidé qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire selon les conceptions françaises présente une complète autonomie juridique par rapport au contrat dans lequel il figure et que son exécution n'obéit donc pas nécessairement à la loi qui regit celui-ci” (63).

De sorte que a autonomia da cláusula compromissória concretiza-se numa conexão autônoma, assim muito embora, *in casu*, o contrato principal esteja submetido à lei espanhola, seria a lei francesa que regeria a convenção arbitral, nesse sentido o Tribunal decidiu que:

“... en l'espèce, les parties se sont référés expressément dans la clause compromissoire au règlement de la Chambre de Commerce Internationale; qu'il s'en suit que les dispositions de la loi espagnole du 22 décembre 1953 étaient inapplicables en l'espèce et que l'organisation de l'arbitrage telle qu'elle a été effectuée par la Chambre conformément à son règlement est valable aux yeux de la France” (64).

Em resumo, na França, a cláusula arbitral é reconhecida como autônoma no plano internacional, muito embora não o seja no direito interno (65). Da mesma forma a autonomia da cláusula compromissória também já foi reconhecida na Alemanha, na Itália e na Bélgica, de acordo com o prof. LUIS OLAVO BAPTISTA, numa tendência crescente que traduz os interesses do comércio internacional e o reconhecimento dos tribunais dos países desenvolvidos quanto ao importante papel desempenhado pela arbitragem no âmbito das relações comerciais internacionais.

## 8. O compromisso no direito brasileiro

Como já apontamos, a cláusula compromissória no Brasil é mera promessa de celebrar o compromisso, e sua eficácia limita-se a uma obrigação de fazer, cujo inadimplemento acarreta somente perdas e danos.

De sorte que somente mediante o compromisso formalizado de acordo com os arts. 1.039 do Código Civil e 1.073 e 1.074 do Código de Processo

(63) Apud GONZALEZ CAMPOS, obra citada, p. 31.

(64) Apud GONZALEZ CAMPOS, obra citada, p. 31.

(65) V. JEAN ROBERT, *Arbitrage Civil et Commercial*, t. 1, § 143, e PHOCION FRANCESKAKIS, “Le principe Jurisprudenciel de l'autonomie de l'accord compromissoire”, in *Rev. de l'Arbitrage* 1974, apud LUIS OLAVO BAPTISTA, obra citada, p. 42.

Civil, que o complementa, poderá ser instaurado entre nós o juízo arbitral, afastando o juízo ordinário <sup>(66)</sup>.

Temos assim a conjugação de dois institutos, o compromisso, de direito substantivo, e o juízo arbitral, de direito processual, ou “dois momentos diversos que vão compor uma instituição com características e finalidades próprias, como a arbitragem” <sup>(67)</sup>.

### 8.1. Requisitos

Dos dispositivos legais citados decorrem os requisitos aos quais subordina-se o compromisso para sua existência e validade.

Preliminarmente exige-se capacidade de contratos; visto da ótica civilista, o compromisso tem caráter contratual e no sistema jurídico pátrio, só podem obrigar-se as pessoas capazes (art. 9.º do C. Civil). Desde o ponto de vista processual o compromisso tem caráter substitutivo da jurisdição, de sorte que analogamente as exigências estatais para a prestação da tutela jurisdicional, para louvar-se em árbitros é condição *sine qua non a legitimo ad processum*, conforme o art. 7.º do CPC.

HAMILTON DE MORAES E BARROS ensina que, sendo o compromisso “um negócio jurídico processual, devem os que o realizam ser pessoas

---

(66) Esses dispositivos prescrevem:

Código Civil, art. 1.037:

“As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”.

Código de Processo Civil, art. 1.073:

“O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro celebrar-se-á por termo nos autos perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda; o segundo, por escrito público ou particular, assinado pelas partes e por duas testemunhas”.

Código de Processo Civil, art. 1.074:

“O compromisso conterà, sob pena de nulidade:

I — os nomes, profissão e domicílio das pessoas que instituíram o juízo arbitral;

II — os nomes, profissão e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para o caso de falta ou impedimento;

III — o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor;

IV — a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos peritos e das despesas processuais.”

(67) ARAMINTA DE AZEVEDO MERCADANTE, *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Verbete Cláusula Compromissória (Direito Internacional e Direito Interno).

capazes de contratar. Envolvendo o compromisso uma transigência, entendemos que daí resulta não poderem celebrá-lo os que tenham apenas poderes de administração, nem os incapazes, embora representados ou assistidos" (68).

Note-se que o compromisso é um contrato que visa solucionar um litígio "nascido e atual" (69) diferentemente da cláusula compromissória que objetiva litígio futuro e potencial.

A lei também fala de "compromisso escrito", segundo GUILHERME STRENGER, esta é uma exigência *ad probationem*, e não *ad validatem*. De qualquer forma ambos códigos falam dessa exigência, cujo intuito, de acordo com FURTADO, seria "propiciar exame futuro da validade do laudo" (70), cotejando-o com as disposições legais.

O compromisso pode ser judicial, celebrando-se por termo nos autos perante o tribunal onde se processe o litígio, ou extrajudicial por escrito particular. Nesse caso aconselha-se seguir à risca as cautelas legais (art. 135 do Código Civil), ou por escritura pública. Adverte PONTES DE MIRANDA para o fato de que "não se pode admitir escrito particular se a controvérsia é, por exemplo, quanto à propriedade imóvel" (71).

Sob pena de nulidade, o compromisso deve conter nomes, profissão e domicílio dos contratantes, nomes, profissão e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para o caso de falta ou impedimento; o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor e a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos peritos e das despesas processuais.

O art. 1.074 do CPC omitiu na relação de requisitos a indicação do estado civil, que dependendo do objeto do litígio é muito importante e até absolutamente necessária, como por exemplo no compromisso avençado por pessoa casada, versando sobre direito real imobiliário (72).

Na prática, via de regra, os contratantes são representados pelos seus procuradores, assim é relevante perguntar-se acerca dos poderes exigidos para comprometer-se, em princípio não basta a outorga de poderes gerais.

Com efeito exigem-se poderes especiais para a estipulação da cláusula penal; para estipular a condição da sentença ser executada com ou sem

---

(68) HAMILTON DE MORAES E BARROS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IX, p. 386.

(69) GUILHERME GONÇALVES STRENGER, obra citada, p. 27.

(70) PAULO FURTADO, obra citada, p. 251.

(71) PAULO FURTADO, *idem*, *ibidem*.

(72) PAULO FURTADO, obra citada, p. 252.

recurso para o Tribunal Superior; para autorizar os árbitros a julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito; e também para eles nomearem o terceiro árbitro. Se o procurador, na ausência de tais poderes, consentir na inclusão de tais cláusulas no contrato, o ato é ineficaz, suscetível, porém, de ratificação pelo contratante (73).

Sendo a celeridade uma das razões que impulsionam as partes a optar pela arbitragem, é sempre aconselhável fixar o prazo em que deve ser proferido o laudo arbitral, inclusive porque, de acordo com o art. 1.077, III, o não-oferecimento do laudo dentro do prazo leva à extinção do compromisso.

Ainda quanto ao prazo, PONTES DE MIRANDA propõe uma distinção entre renovação e prorrogação, advertindo com muita propriedade que os árbitros não podem renovar o prazo porque isto implicaria renovar o compromisso em que não foram partes. Quanto à prorrogação, se os árbitros foram facultados, poderão fazê-lo, sempre e quando o prazo ainda esteja a correr, já que se expira antes de que os árbitros ultimem as suas funções, o direito de prorrogar também se extingue (74).

## 8.2. Objeto

Que matérias podem ser objeto de arbitragem pelo recurso ao compromisso no direito pátrio? Ou qual é o âmbito de aplicação deste?

O CPC dispõe que o objeto do compromisso serão direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação (Art. 1.072). Da sua parte o Código Civil no art. 1.035 estabelece que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

De sorte que “a referência à transação fez pressuposto do compromisso a transacionabilidade dos direitos, pretensões e ações” (75).

Daí decorre que todos os contratos comerciais nacionais e internacionais e “praticamente quase todos os contratos civis estão sujeitos, eventualmente, a arbitragem” (76), sendo vedada a sua aplicação a controvérsias sobre direitos indisponíveis, como questões de estado e capacidade das pessoas, bem como sobre matéria penal e de família.

---

(73) SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil, Obrigações*, v. 2, p. 368, apud ARAMINTA DE AZEVEDO MERCADANTE, obra citada, pp. 17, 18.

(74) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, p. 287.

(75) PONTES DE MIRANDA, obra citada, p. 266.

(76) GUILHERME GONÇALVES STRENGER, obra citada, p. 28.

Em última análise a opção pelo compromisso para dirimir litígios é sempre possível em todas as questões nas quais a lei admite a transação, isto é, matéria de direito privado a respeito da qual os compromitentes tenham plena disponibilidade.

### 8.3. *Efeitos*

Quais são os efeitos do compromisso?

Em princípio, podemos distinguir dois efeitos fundamentais: um positivo, a constituição do tribunal arbitral para dirimir o litígio, e outro negativo, a inibição dos tribunais estatais de julgar o caso, mediante a extinção do processo, sem julgamento de mérito (art. 267, VII do CPC).

Assim no caso de um compromitente levar a controvérsia aos tribunais togados, na contestação o réu deve alegar como preliminar a existência do compromisso arbitral (art. 301, IX do CPC), uma vez que tratando-se de um contrato livremente avençado entre as partes o juiz não pode conhecer de ofício (art. 301, § 4.º do CPC).

Quanto ao efeito positivo, isto é, a constituição do tribunal arbitral, o Código Civil dispõe que pode ser árbitro quem quer que tenha a confiança das partes, não lho vedando a lei (art. 1.043).

Assim a doutrina entende que os árbitros devem ser pessoas físicas no exercício pleno de seus direitos civis, nada impedindo que até um menor emancipado possa ser árbitro, pois é capaz como o maior<sup>(77)</sup>.

Sendo necessária a nomeação de pessoas físicas como árbitros, é relevante perguntar-se sobre a possibilidade da arbitragem institucional no Brasil<sup>(78)</sup>.

JOSÉ CARLOS MAGALHÃES, respondendo afirmativamente a questão, explica:

“A lei, na verdade, não favorece esse tipo de arbitragem, contudo não se pode dizer que a impeça ou não reconheça. Os árbitros devem ser sempre pessoas naturais e mesmo nos organismos de arbitragem, quem decide são sempre indivíduos escolhidos pelas partes, dentre os indicados pela instituição e não esta, como órgão colegiado.

(77) GUILHERME STRENGER, obra citada, p. 29.

(78) Não existia no Brasil uma instituição de âmbito nacional dedicada à arbitragem até a fundação em 1967 do Centro Brasileiro de Arbitragem, com sede no Rio de Janeiro. Em São Paulo funciona a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, desde julho de 1980. Em Belo Horizonte também funciona um órgão especializado em arbitragem vinculado à Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais.

Assim é perfeitamente possível a arbitragem institucional no Brasil, bastando às partes, no compromisso, indicar o nome dos árbitros da entidade de arbitragem que elas designarem para servir como tal.

O que não é possível é a atribuição pura e simples à instituição do poder de indicar qualquer dos árbitros, pois a lei exige expressamente que, do compromisso, constem o nome e a qualificação dos árbitros, o que afasta a possibilidade de se deixar a terceiros a faculdade da indicação" (79).

Outra questão interessante é que fazer em caso de revelia no juízo arbitral? Nas hipóteses de uma parte ter nomeado o seu árbitro ou árbitros e a outra se negar a fazê-lo, segundo GUIDO F. S. SOARES, o juiz poderá substituir a vontade da parte, nomeando o árbitro ou árbitros para constituir (em) o juízo arbitral.

Entretanto para evitar esse caminho, é de bom alvitre que as partes, no compromisso, confirmam poderes à instituição arbitral, poderes específicos para nomear árbitros e firmar compromisso, como forma de evitar que uma delas se furte de fazer a sua nomeação, tentando frustrar a instauração do juízo arbitral (80).

#### 8.4. Responsabilidade dos árbitros

Após a nomeação, o árbitro deve subscrever o compromisso; aquele que porventura não o tenha subscrito será convidado a declarar, dentro de dez dias, se aceita a nomeação, presumindo-se que houve recusa em caso de inércia (art. 1.080 do CPC).

Tendo sido nomeado e subscrito o compromisso vejamos os direitos e deveres que se originam para o árbitro.

Quanto aos direitos podemos apontar todos aqueles concedidos para o bom desempenho da função arbitral, tais como a nomeação do escrivão, a faculdade de designar a audiência de instrução e julgamento, de tomar os depoimentos das partes, de ouvir testemunhas, de ordenar a realização de perícias e inclusive estabelecer o próprio procedimento arbitral quando autorizado pelas partes.

---

(79) JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES, Arbitragem Internacional Privada, in *Arbitragem Comercial*, p. 26.

Quanto ao problema da indicação de árbitro por terceiro, GUILHERME STRENGER esposa entendimento contrário, afirmando que a designação dos árbitros é obra das próprias partes ou de um terceiro, pessoa física ou jurídica (obra citada, p. 29).

(80) JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES, obra citada, pp. 26-27.

Entretanto, o árbitro não pode empregar medidas coercitivas contra as partes e/ou terceiros, nem decretar medidas cautelares. Quando for necessário fazê-lo, as requererá à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo.

Tem ainda o direito de receber os honorários ajustados para o bom desempenho da função (art. 1.084 do CPC).

De acordo com LEONARDO ARAVENA, o árbitro pode ser considerado um funcionário público *sui generis*, vinculado ao Poder Judiciário, com os direitos e deveres daí decorrentes. Isto porque de outra forma não se poderia entender como um particular teria condições de realizar a função jurisdicional, que é monopólio do Estado, com base em lei sancionada pelo próprio órgão estatal<sup>(81)</sup>.

Nesse sentido o nosso Código de Processo Civil eleva o árbitro ao *status* de juiz de fato e de direito de acordo com o art. 1.078. Por outro lado, prescreve no art. 1.083 que aplicam-se-lhe, no que couber, as normas estabelecidas sobre deveres e responsabilidades dos juízes.

Assim responderá por perdas e danos o árbitro que não proferir o laudo no prazo indicado no compromisso ou se após aceitar o encargo renunciar sem motivo justificado, responde também pelas condutas relacionadas no art. 133 do CPC<sup>(82)</sup>.

A apuração dessa responsabilidade deve ser feita em ação própria perante a justiça ordinária, aplicando-se *in casu* as normas anteriormente assinaladas e ainda as da Lei de Organização Judiciária correspondente.

## 9. Homologação de laudos arbitrais estrangeiros

O Código de Processo Civil dispõe que para ter eficácia no Brasil a sentença prolatada por tribunal estrangeiro deve previamente ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 483).

O parágrafo único desse mesmo artigo determina que a homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

---

(81) LEONARDO ARAVENA, *Natureza Jurídica del Arbitraje*, p. 54.

(82) O artigo 133 do CPC assinala:

Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I — no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II — recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Deste diploma legal deduzem-se os seguintes requisitos para a homologação de decisões arbitrais estrangeiras:

a) A sentença deve ter passado em julgado e ser exequível no país em que foi prolatada<sup>(83)</sup>.

b) A sentença deve ter sido proferida por juiz competente, após devida citação das partes ou haver-se verificado à revelia, em ambos os casos aplica-se o direito do país de origem.

c) A decisão não deve atentar contra a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública. Segundo SAMTLEBEN, viola-se a ordem pública brasileira, entre outras coisas, quando existe uma jurisdição exclusivamente brasileira ou quando as formalidades da citação são incompatíveis com a *lex fori* brasileira.

d) A decisão deve estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de uma tradução juramentada oficial.

A homologação é de competência do Presidente do Tribunal. Contra essa decisão pode ser interposto agravo e no caso de seu não-conhecimento será submetido ao julgamento do plenário.

Por outro lado, a petição inicial deverá conter os requisitos constantes do art. 282 do CPC<sup>(84)</sup>, sob pena de indeferimento, se o requerente, a pedido do Presidente, não a emendar ou completar no prazo de dez dias.

De acordo com SAMTLEBEN<sup>(85)</sup>, a homologação de sentenças estrangeiras no Brasil pode ser considerada como assegurada em larga escala, apesar de ser preciso talvez contar com um processo moroso.

A jurisdição do tribunal de arbitragem estrangeiro é respeitada sempre que convencionada de acordo com o direito vigente no país do processo de arbitragem ou fundada em defesa de mérito e os tribunais brasileiros não gozarem de jurisdição exclusiva. A citação para o processo de arbitragem não é analisada em sentido formal; mesmo a homologação de uma decisão arbitral promulgada à revelia da ré em geral não é excluída. O referido autor continua dizendo que é imprescindível que a ré tenha tido oportunidade suficiente para se defender.

---

(83) Súmula 420 do STF: "Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova de trânsito em julgado."

(84) Sobre o tema ver EDSON PRATA, *Petição inicial e seus requisitos*, Editora Líber Juris, Rio de Janeiro, 1981.

(85) JURGEN SAMTLEBEN, *Arbitragem no Brasil*, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. LXXVII, 1982, pp. 209 e 210.



Por derradeiro SAMTLEBEN afirma que condição *sine qua non* para a homologação da sentença arbitral, é que ela tenha sido confirmada ou declarada exequível no país de origem por uma decisão judicial que preencha todos os requisitos dos quais depende a homologação de decisões estrangeiras conforme o direito brasileiro.

## 10. Conclusões

Constata-se no âmbito internacional um movimento de fortalecimento da arbitragem e ao mesmo tempo uma adequação dos direitos nacionais para viabilizar esse tipo de solução de litígios principalmente na esfera comercial.

Nesse sentido, HENRY DE VRIES chega a demonstrar que a arbitragem internacional acabará sendo substituída das cortes nacionais, devido às facilidades não só de participação profissional, como também meio de uniformizar procedimentos e facilitar a movimentação legal, correspondente aos direitos escolhidos pelas partes<sup>(86)</sup>.

Não compartilhamos desse ponto de vista porque propende à superação das soberanias estatais e à impossibilidade de qualquer revisão por parte do Estado de laudos arbitrais estrangeiros, o que é improvável a curto prazo. Tendo em vista, ainda, a atuação das empresas transnacionais, tal prática é vista com muita desconfiança no âmbito dos países subdesenvolvidos.

Por outro lado, a adoção de reformas no atual sistema arbitral impõe-se por força das exigências do comércio interno e internacional.

É necessário modernizar o sistema, isto evidentemente deve ser feito sem ânimo de desprestígio da jurisdição estatal.

Entre outras medidas, recomenda-se que a cláusula arbitral passe a ter execução específica, não se resolvendo em perdas e danos, e que o laudo possua a qualidade de título executivo extrajudicial. Estas idéias já fazem parte do Anteprojeto Abi-Ackel sobre arbitragem (Portaria n.º 0319 do Ministro da Justiça, 25-5-81), que infelizmente ainda não foi apreciada pelo Congresso.

Em decorrência disso, atualmente é recomendável a inclusão de uma cláusula penal para o caso de descumprimento da cláusula compromissória.

No Brasil também exige-se que a cláusula arbitral especifique o objeto do litígio e os árbitros (art. 1.100 do CPC), e no caso da arbitragem ter sido realizada no estrangeiro é necessária a homologação judicial do laudo no país de origem.

---

(86) Apud IRINEU STRENGER, obra citada, p. 217.

# “Lobbies” e grupos de pressão como agentes de informação para o Poder Legislativo

YAMIL E SOUSA DUTRA

Em trabalho anterior <sup>(1)</sup> desenvolvemos uma classificação geral para os agentes de informação do Poder Legislativo, oportunidade em que definimos duas grandes categorias: os agentes internos e os agentes externos de informação do Legislativo. Essa decisão metodológica sustentava-se no nível de proximidade administrativa e institucional dos agentes de informação em relação à instituição legislativa. Assim, os agentes internos seriam aqueles disponíveis para os legisladores e seus funcionários dentro do meio ambiente histórico e jurisprudencial da Instituição ou aqueles especialmente criados para fornecer apoio informativo ao Legislativo. Colocávamos aqui, entre outros, as assessorias; os Centros de Informação e Documentação; as Comissões; as Lideranças Partidárias; os próprios legisladores; os funcionários; o Centro de Referências Legislativas; arquivos etc.

Relativamente aos agentes externos a definição os considerava como sendo aqueles fora da tradição administrativa do Legislativo e os subclasseificava em agentes do setor público (Presidência, Governadoria, Ministérios, Secretarias, etc.); agentes do setor privado (eleitorado, “lobbies” e grupos de pressão, imprensa, instituições acadêmicas, etc.) e agentes internacionais.

Gostaríamos de enfocar nesta ocasião os “lobbies” e grupos de pressão como agentes de informação para o Legislativo.

Inicialmente é necessário esclarecer uma possível ambigüidade no uso desses dois termos. A diferença entre os “lobbies” e grupos de pressão reside na respectiva permanência. Um grupo de pressão é geralmente *ad hoc*, resulta de situações emergenciais nas quais alguns interesses e preocupações são afetados de forma comum. O “lobby”, por outro lado,

(1) DUTRA, YAMIL S., “O Legislativo e a Informação”, in *A Informática e o Legislativo*, Robert L. Chartrand ... e al. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1985, pp. 35-42.

tem características institucionais e formais e representa, na maioria dos casos, interesses permanentes e bem estabelecidos.

Nesta comunicação usaremos ambos os termos no entendimento de que se tratam de entidades que pretendem do legislador algum tipo de ação ou omissão e, para tanto, fornecem ao mesmo informação orientada, usualmente "encadernada" de forma social, política e economicamente atraente.

Através desta curta comunicação, nossa intenção não é a de apresentar um esquema analítico para avaliar a influência do processo de "lobby" na tomada de decisão legislativa. O que pretendemos é reconhecer a existência do fenômeno na suposição de que o processo de "lobby" é uma importante forma de transferência de informação possuidora de uma potencial capacidade de impacto no processo de tomada de decisão dos legisladores, enquanto representantes políticos.

Estudando os efeitos do "lobby" no comportamento legislativo, conclui-se e acentua-se a impressão de que a relação lobista-legislador não é determinística, do tipo causa e efeito. O que verifica-se é que se está tratando do que BAILEY<sup>(2)</sup> chama de "pressão de dentro" e não de "pressão sobre". Em outras palavras, o fato importante que deve ser tomado em conta é a existência de certas predisposições (as origens sócio-econômicas, o treinamento, o *status*, etc.) que criam uma tela perceptual em cada indivíduo. Assim, a relação lobista-legislador será eficiente, como forma de transação de informação, na medida em que o dado escolhido para ser fornecido no processo de "lobby" seja capaz de atravessar esse filtro de valores e compromissos do legislador.

De que forma os lobistas enfrentam tal tarefa?

Numa pesquisa desenvolvida por MILBRATH<sup>(3)</sup> através de uma série de entrevistas e questionários aplicados numa amostra bastante significativa de lobistas no Congresso dos Estados Unidos descobriu-se que as mensagens transmitidas pelos mesmos tendem a posicionar-se em três categorias:

- a. Fatos
- b. Argumentos.
- c. Poder.

*Fatos* como categoria diz respeito ao nível de confiabilidade da informação fornecida pelo lobista. Como "mercador" de informação e em vista do delicado equilíbrio que permite sua relação com o legislador, o lobista deve fornecer não somente os fatos relacionados aos efeitos de uma ação legislativa sobre os interesses do grupo representado, mas acima de tudo tomar atenção especial de modo a não apresentar nada que não sejam

---

(2) BAILEY, Stephen K., *Congress In the seventies*, N.Y., sd Martins Press, C. 1970.

(3) MILBRATH, Lester W., *Lobbying as a communication process*, in *American Legislative Behavior*, Samuel C. Patterson, Princeton, N. J., Van Nostrand, C. 1968.

fatos acurados. Estes fatos, entretanto, vêm geralmente seguidos de elementos de avaliação, quase sempre apresentando apenas um lado do assunto, é a categoria *argumentos* na relação de comunicação lobista-legislador.

A terceira categoria, *poder*, é bastante sutil e complicada, pois para que o lobista indique sua força política, ele necessita utilizar-se de outras fontes e agentes informativos disponíveis no sistema. Assim, o uso de pressão indireta através da manipulação do eleitorado e da opinião pública pode transformar-se em instrumento ou tática importantíssima para qualificar o poder da informação transmitida.

Quando interesses de um "lobby" são transmitidos através da preocupação do eleitorado, o legislador está sendo atingido através de uma área onde seu grau de liberdade para rejeitar a informação é o menor possível. Desta forma a probabilidade de que uma informação assim processada venha a ter peso na tomada de decisão final é muito alta. Claro está, por outro lado, que este fenômeno ocorrerá na forma descrita na proporção em que o eleitorado tenha conhecimento e controle sobre as ações do legislador.

As táticas de transferência de informação utilizadas pelos lobistas podem ser divididas em três grupos principais:

- a. Comunicação direta pessoal.
- b. Comunicação através de intermediários.
- c. Comunicação para manter as portas abertas.

O grande número de representantes, enviados, agentes, etc., nos corredores e outras dependências das casas legislativas reforça a idéia de que, neste ambiente, a comunicação pessoal e direta é mais eficaz do que a comunicação escrita. Por outro lado, também, fica patente que o crescimento no número desses representantes competindo pelo tempo e atenção limitados dos legisladores, resultará na necessidade de orientar o processo de comunicação na direção de outras técnicas, tais como o uso de intermediários a todas outras formas de "lobby" indireto.

Esta tática tem se tornado cada vez mais importante, especialmente em vista dos fatores tempo e quadro de receptividade do legislador. Assim, reforça-se a tendência em transmitir informação através de um amigo, de um funcionário ligado ao legislador ou de um eleitor importante. Este é um processo tipicamente de dois passos: lobista-intermediário-legislador, onde o primeiro passo é atingido através do uso de uma variedade de táticas, das quais a manipulação do eleitorado é um exemplo bastante patente.

Basicamente a tática de comunicação através de intermediários é realizada por uma ou pela combinação das seguintes formas:

- a. Contato por meio de eleitor ou amigo.
- b. Campanhas de cartas ou telegramas.
- c. Campanha de relações públicas.
- d. Divulgação do (s) voto (s) do legislador.

Como se nota, em todas essas formas as mensagens já vão carregadas politicamente. Entretanto, o impacto dessas técnicas dependerá de fatores tais como: a auto-avaliação do legislador em relação às suas funções em face do eleitorado; área geográfica da preocupação externada pelo "lobby", força e peso da (s) informação (ões) fornecida (s) por grupo (s) com outro (s) ponto (s) de vista.

Outra área principal em que dividimos as táticas de "lobby" indireto é a de comunicação para manter as portas abertas. Esta é uma categoria que não está diretamente relacionada à transferência da informação em si.

Trata-se aqui do delicado equilíbrio que mantém funcional a relação lobista-legislador, onde a confiança mútua é o lubrificante mais importante.

O legislador, em vista de seu poder de aprovar ou não a política desejada pelo lobista e da possibilidade de utilizar-se de outra (s) alternativa (s) de informação, está numa posição de superioridade de modo a orientar e controlar a relação. Esta situação acentua a importância do caráter de confiabilidade da informação fornecida pelo lobista. Informação falsa ou distorcida poderá resultar no corte do acesso.

No estudo de MILBRATH ficam determinadas as formas mais efetivas para manter as portas abertas.

Colaboração com outros grupos	(média = 6.16)
Trabalho na campanha eleitoral	(média = 2.28)
Contribuições p/campanha eleitoral	(média = 1.88)
Festas	(média = 1.43)
Suborno	(média = 0.10)

Escala 1 a 10

n = 101

A tática de colaboração com outros grupos com idêntica preocupação no planejamento de uma estratégia de "lobby" é uma categoria que poderia ser isolada dentro das três principais, já que ela pode ser levada a efeito através de contatos diretos, através de intermediários, ou simplesmente para manter as portas abertas. É importante perceber, entretanto, que para os lobistas esta tática permite uma distribuição das tarefas, e mais legisladores podem ser contatados em relação a mais assuntos. Por outro lado, o aspecto do poder político na comunicação é ressaltado, já que envolve um grande número de interesses agrupados.

Em nosso entender é muito importante ao servidor do Legislativo compreender táticas de modo a classificá-las, analisá-las e avaliá-las visando dar suporte aos legisladores em seus relacionamentos com essas entidades.

# Desequilíbrios regionais no atendimento às demandas de educação

EDIVALDO M. BOAVENTURA, Ph. D.

Professor titular da Universidade Federal da Bahia, Procurador autárquico, Membro da Ordem e do Instituto dos Advogados da Bahia, da Academia de Letras da Bahia

## SUMÁRIO

*1 — Introdução. 1.1 — Objetivo. 1.2 — Situação do problema. 1.3 — Enfoque doutrinário. 1.4 — Limitação. 1.5 Estruturação do trabalho. 2 — Identificação dos desequilíbrios regionais em educação. 2.1 — Identificação dos desequilíbrios. 2.1.1 — Taxa de analfabetismo. 2.1.2 — Taxa de escolaridade. 2.1.3 — Média de anos de estudo. 2.1.4 — Distorção série/idade. 2.1.5 — Formação de docentes. 2.1.6 — Distribuição da graduação e pós-graduação. 2.2 — Análise e interpretação. 2.3 — Questões vinculadas. 3 — Propostas de correção. 3.1 — Embasamento constitucional. 3.2 — Linhas de ação. 3.2.1 — Descentralização da administração educacional. 3.2.2 — Educação não-formal. 4 — Conclusão e recomendações.*

### 1 — Introdução

#### 1.1 — Objetivo

O objetivo do trabalho está indicado no próprio título: identificar os desequilíbrios regionais no atendimento às necessidades de educação e formular propostas de correção. Para tanto, são utilizados dados oficiais disponíveis que identificam déficits educacionais que expressam os desequilíbrios entre as regiões brasileiras, ensejando políticas com base na Constituição de 1988.

#### 1.2 — Situação do problema

É certo que o problema dos desequilíbrios regionais apresenta-se tanto em países de grande extensão territorial como em nações de relativo tamanho. Essa questão se vincula ao processo de desenvolvimento que sucede de uma maneira desarmônica e desarticulada. O problema é da maior atuali-

---

Trabalho escrito para o Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, da ESG, tema 065, Rio de Janeiro, 1989.

dade e vem sendo tratado sob diversos enfoques por especialistas de renome, como Gunnar Myrdall, (1960, p. 33) que o vincula ao funcionamento do mecanismo de mercado, admitindo que o jogo das forças econômicas tende a acentuar e não a diminuir as desigualdades regionais. Para este autor, se as forças do mercado não fossem controladas pelas diretrizes da política, tanto a produção industrial como o comércio tenderiam a concentrar-se em determinadas localidades e regiões.

Para se colocar um limite nas forças do mercado, o planejamento objetiva equilibrar o aparelho produtivo às exigências da demanda, segundo o princípio da adaptação das possibilidades do consumo às possibilidades da produção. Para que o planejamento possa atingir uma região, trazendo melhoria à sua população, é preciso que preencha os critérios de aceitabilidade política e administrativa, exequibilidade econômica e sensibilização da população para a qual se destina. Tal assertiva é também válida para a educação.

A educação, como processo de aperfeiçoamento constante do potencial humano, está sob a égide do Poder público, que ordena e racionaliza o seu crescimento pelo planejamento. Explicitando essas múltiplas relações entre o processo educativo e as exigências de desenvolvimento da sociedade, COOMBS (1968) concebe a educação como um sistema que recebe, pelo lado das entradas, o lastro de conhecimentos e os valores, o contingente de professores e alunos, bem assim, os recursos financeiros e materiais. Todos esses componentes são processados no interior do sistema, pelos métodos e técnicas do ensino e da aprendizagem, que transformam os alunos em pessoas instruídas. Por fim, pelos fluxos de saída, o sistema de ensino devolve à sociedade esses indivíduos habilitados e capazes para o desempenho das diversas atividades. Corrigindo a espontaneidade e as distorções do processo educacional, o planejamento, como racionalização do crescimento desse sistema, regula o seu funcionamento, muito semelhante ao controle das forças do mercado pelas diretrizes políticas como focalizou MYRDAL.

No caso brasileiro, o enfoque regional faz ressaltar discrepâncias de tratamento reveladas pelas estatísticas, destacando-se a região nordestina, principalmente pela elevada taxa de analfabetismo e baixa escolaridade com que se distancia das demais regiões. No quadro regional, ora a escolaridade e a alfabetização atingem níveis razoáveis no Sudeste e Sul, ora apresentam índices muito abaixo da média nacional. O Brasil não conseguiu ainda resolver seus problemas sociais básicos como a universalização da educação fundamental, mesmo nas regiões mais desenvolvidas.

### 1.3 — *Enfoque doutrinário*

A educação, no enfoque doutrinário da Escola Superior de Guerra, situa-se na expressão psicossocial do Poder Nacional dentre os padrões de comportamento e os níveis de bem-estar social. Quanto aos primeiros:

“Acham-se intimamente correlacionados com a função educativa que a sociedade exerce pelos seus diversos órgãos. A educação

é o processo básico que permite às novas gerações a preservação de identidade cultural e contribui para o evolver.” (*Manual Básico*, 1988, p. 72.)

Os padrões de comportamento, por envolverem a formação de hábitos e a aquisição de capacidade, acham-se correlacionados com a função educativa da sociedade que se exerce pelos mais diversos organismos. Assim, é a educação, o processo que permite às novas gerações receberem e preservarem a herança cultural, como também contribuírem para a sua evolução. Além de transmitir o conhecimento, a educação é o meio para a aquisição de hábitos, comportamentos e atitudes, contribuindo assim para o desenvolvimento dos educandos.

A educação, como processo vinculado a padrão de comportamento, perfaz duas funções bem distintas. Quando ela transmite o legado cultural acumulado por gerações, a educação tem uma função conservadora. Por outro lado, ao desenvolver potencialidades e talentos, estimulando a criatividade, a educação tem função transformadora.

Para que a educação possa atuar como instituição reguladora e convenientemente operativa, é preciso, porém, que ela seja reconhecida como um direito — o direito à educação —, cabendo aos poderes públicos e ao setor privado assegurá-lo. Garantir não somente o acesso, que pela Constituição é um direito público subjetivo (art. 208, § 1.º), como a permanência que evite a evasão e a repetência (art. 206, I) a fim de que o estudante galgue os níveis mais elevados de formação, segundo as suas inclinações, e atinja os patamares superiores da formação científica, tecnológica, literária e artística. O direito de todos à educação conduz à consideração da democratização do ensino, assegurado pelo princípio da igualdade de oportunidades, mas com realização diferenciada. E, nesse quadro, reconhece-se como princípio a gestão democrática do ensino público de orientação afeta ao governo.

A educação, sob as mais variadas formas, escolarização formal, não formal e mesmo informal, é elemento importante para a definição dos níveis de bem-estar, constituindo-se:

“vetor das informações necessárias para praticar a forma de vida tida como boa, não apenas na medida em que capacita para o agir, mas também enquanto cria as condições para que o Homem atribua a sua experiência o significado capaz de valorizá-la” (*Manual Básico*, 1988, p. 95).

E mais, a educação, dando acesso a níveis mais elevados de conhecimento, de investigação e especialização e sobretudo criando massa crítica por intermédio da pós-graduação, possibilita o acesso e o domínio científico e tecnológico importantíssimo especialmente por sua incidência na qualidade de vida dos nossos dias. Ora, a ciência e a tecnologia influenciam profundamente não somente o homem, como o seu meio ambiente e as instituições sociais e interfere igualmente nos desequilíbrios regionais.



Enfim, a educação, como processo correlacionado com padrão de comportamento e nível de bem-estar, pode influenciar os fundamentos básicos da nacionalidade, valorizando-os ou depreciando-os. Mesmo porque sua ação está permeando todas as expressões do Poder nacional.

#### 1.4 — *Limitação*

Na impossibilidade de um estudo mais amplo, foram tomados apenas os indicadores que apresentaram maior significação nas discrepâncias regionais. Para tanto, o trabalho se apoiou em diferentes fontes, nem sempre sendo possível conseguir dados da mesma época. Basicamente se utilizaram as *Tabulações Avançadas do Centro Demográfico de 1980* e o *Atlas da educação no Brasil*, publicado em 1985. Além destes, o presente trabalho se serviu também das *Estatísticas educacionais. Brasil — 1985/1988*, editadas pelo Serviço de Estatística da Educação e Cultura do Ministério da Educação, em 1988. O trabalho se ressentia de mais informações que pudessem estabelecer e caracterizar outras desigualdades regionais em educação.

#### 1.5 — *Estruturação do trabalho*

Introduzido o problema, passa-se à identificação dos desequilíbrios regionais, fazendo-se uso de alguns indicadores selecionados que evidenciam as desigualdades entre as regiões brasileiras. Discutindo-se e interpretando dados estatísticos, passa-se à interpretação de algumas questões vinculadas às regiões. É a matéria do Capítulo II — Identificação dos desequilíbrios regionais em educação.

As propostas de correção constituem o Capítulo III, que destaca as perspectivas resultantes da Constituição Federal de 1988 para o planejamento regional, conduzindo linhas de ação através da descentralização da administração educacional e da educação não formal.

Por fim, o Capítulo IV e último, relaciona as conclusões e recomendações retiradas deste trabalho como uma contribuição para a formulação de políticas e posteriores estudos.

## 2 — *Identificação dos desequilíbrios regionais em educação*

Dentre os indicadores dos desequilíbrios regionais, no atendimento às necessidades de educação, este estudo detecta a taxa de analfabetismo, considerando a que melhor expressa as diferenças, secundada pela taxa de escolaridade e da média de anos de estudo, bem assim, pelos índices de distorção série/idade, a formação de docentes, distribuição da graduação e da pós-graduação. Não foi possível obter dados sobre outros indicadores, como salário de professor por Estado, agrupados regionalmente, que possibilitariam a comparação entre remunerações. Observe-se que os indicadores sociais das disparidades regionais, estabelecidos pela SUDENE, trouxe apenas três referências à educação: taxa de alfabetização das pessoas de 15 a mais anos, em 1980, 53,3%; taxa de evasão no ensino de 1.º grau, em 1979, 18,5%; e número de cursos de mestrado e doutorado, que em 1981 era de 111 (ALMEIDA, 1986).

## 2.1 — Indicadores de desequilíbrios

### 2.1.1 — Taxa de analfabetismo

Para efeito deste estudo, entenda-se por alfabetização a iniciação da criança na aprendizagem da leitura e da escrita, bem assim, do adolescente e do adulto (SOARES, 1981, p. 3). O conceito comporta outros desdobramentos, pois essa iniciação “constitui o primeiro passo apenas nos processos de educação, segundo os níveis que alcance o homem através do ensino sistematizado” (*idem*).

O Brasil não conseguiu ainda cumprir o preceito constitucional em relação à obrigatoriedade escolar e, em algumas regiões, ainda é expressivo o número de analfabetos.

No esforço dispendido de 1900 até o presente, só se conseguiu diminuir o analfabetismo muito lentamente. Segundo o próprio Ministério da Educação (Brasil, Ministério da Educação, SEEC, 1988), a taxa de analfabetismo, incidindo sobre pessoas de 15 e mais anos, em 1900, era de 65,30%. Na metade do século, em 1950, a taxa decresceu para 50,60%. Trinta anos depois, em 1980, as Tabulações Avançadas do Censo Demográfico (TACD) indicavam 26,0% como média nacional. E, em 1985, a mesma era de 20,70%.

Assim globalmente encaradas, não se percebem as diferenças regionais concernentes ao problema da alfabetização. E o problema do analfabetismo, no Brasil, há de ser visto por região. É pelo analfabetismo que se pode ver bem significativamente as diferenças no atendimento às demandas de educação.

Segundo as Tabulações Avançadas do Censo Demográfico, de 1980, havia 26,0% de analfabetos na faixa etária de 15 e mais anos. E as regiões apresentavam as seguintes taxas de analfabetismo: Sul, 16,4%; Sudeste, 17,0%; Centro-Oeste, 25,4%; Norte, 30,2%; e Nordeste, 46,6%. O Nordeste, com taxa de analfabetismo de 46,6%, situava-se não somente muito acima da média nacional (26,0%), como também ocupava a pior situação em todo o País, conforme se pode verificar na tabela 1 (População de 15 anos e mais por alfabetização, segundo as unidades da Federação, Brasil, 1980).

Tomando-se, todavia, o grupo de 15 a 19 anos, conforme a tabela 2 (População de 15 a 19 anos, por alfabetização, segundo as unidades da Federação, Brasil, 1980), pode-se ter uma idéia mais precisa do ocorrido no passado recente, quanto ao problema em análise. Ora, a taxa de analfabetismo incidente sobre essa faixa etária, no Brasil, era de 15,5%, mas a distribuição regional evidencia discrepância da seguinte maneira: Sul, 6,4%; Sudeste, 6,7%; Centro-Oeste, 12,7%; Norte, 20,4%; e Nordeste, 33,3%.

TABELA 1

População de 15 anos e mais, por alfabetização, segundo as unidades da Federação, Brasil, 1980

Unidade da Federação	POPULAÇÃO			
	Total	Alfabetizados	Não Alfabetizados	
			Número	Percentual
<b>BRASIL</b>	74.436.482	55.106.049	19.330.433	26,0
<b>NORTE</b>	3.230.798	2.254.999	975.799	30,2
RO-AC-RR-AP	574.659	380.379	194.280	33,8
Amazonas	776.112	520.977	255.135	32,9
Pará	1.880.027	1.353.643	526.384	28,0
<b>NORDESTE (1)</b>	20.108.467	10.743.332	9.365.135	46,6
Maranhão	2.203.791	1.040.387	1.163.404	52,8
Piauí	1.200.090	575.748	624.344	52,0
Ceará	3.123.588	1.690.295	1.433.293	45,9
Rio G. do Norte	1.119.961	615.630	504.331	45,0
Paraíba	1.620.920	828.702	792.218	48,9
Pernambuco	3.659.274	2.108.986	1.550.288	42,4
Alagoas	1.107.212	497.930	609.282	55,0
Sergipe	635.448	324.810	310.638	48,9
Bahia	5.438.183	3.060.846	2.377.337	43,7
<b>SUDESTE</b>	34.359.957	28.514.287	5.845.690	17,0
Minas Gerais	8.378.993	6.147.613	2.231.380	26,6
Espírito Santo	1.244.859	939.348	305.511	24,5
Rio de Janeiro	7.880.667	6.941.199	939.468	11,9
São Paulo	16.855.438	14.486.107	2.369.331	14,1
<b>SUL</b>	12.257.947	10.253.709	2.004.238	16,4
Paraná	4.707.322	3.697.247	1.010.075	21,5
Santa Catarina	2.264.319	1.960.920	303.399	13,4
Rio G. do Sul	5.286.306	4.595.542	690.764	13,1
<b>CENTRO-OESTE</b>	4.478.510	3.339.098	1.139.412	25,4
Mato G. do Sul	827.447	642.990	184.457	22,3
Mato Grosso	663.604	464.420	199.184	30,0
Goiás	2.283.118	1.590.534	672.584	29,7
Distrito Federal	724.341	641.154	83.187	11,5

PONTE: Tabulações Avançadas do Censo Demográfico — 1980, IBGE.

(1) Excluído o Território de Fernando de Noronha.

TABELA 2

População de 15 a 19 anos, por alfabetização, segundo as unidades da Federação, Brasil, 1980

Unidades da Federação	POPULAÇÃO			
	Total	Alfabetizados	Não Alfabetizados	
			Número	Percentual
<b>BRASIL</b>	13.264.318	11.210.215	2.054.103	15,5
<b>NORTE</b>	624.686	497.066	127.620	20,4
RO-AC-RR-AP	118.390	90.836	27.554	23,3
Amazonas	148.546	111.989	36.557	24,6
Pará	357.750	294.241	63.509	17,7
<b>NORDESTE (1)</b>	3.872.138	2.581.270	1.290.868	33,3
Maranhão	432.231	269.849	162.382	37,6
Piauí	243.506	158.906	84.600	34,7
Ceará	626.139	424.893	201.246	32,1
Rio G. do Norte	230.096	165.661	64.435	28,0
Paraíba	314.594	207.830	106.764	33,9
Pernambuco	698.652	486.043	212.609	30,4
Alagoas	215.545	126.044	89.501	41,5
Sergipe	126.654	82.624	44.030	34,8
Bahia	984.721	659.420	325.301	33,0
<b>SUDESTE</b>	5.680.103	5.297.553	382.550	6,7
Minas Gerais	1.549.371	1.370.115	179.256	11,6
Espírito Santo	231.593	206.897	24.696	10,7
Rio de Janeiro	1.184.916	1.112.406	72.510	6,1
São Paulo	2.714.223	2.608.135	106.088	3,9
<b>SUL</b>	2.219.012	2.076.638	142.374	6,4
Paraná	920.525	834.963	85.562	9,3
Santa Catarina	439.012	417.607	21.405	4,9
Rio G. do Sul	859.475	824.068	35.407	4,1
<b>CENTRO-OESTE</b>	868.379	757.688	110.691	12,7
Mato G. do Sul	159.954	141.320	18.634	11,6
Mato Grosso	127.871	104.503	23.368	18,8
Goiás	445.297	383.252	62.045	13,9
Distrito Federal	135.257	128.613	6.644	4,9

FONTE: Tabulações Avançadas do Censo Demográfico — 1980, IBGE.

(1) Excluído o Território de Fernando de Noronha.

Os dados das duas tabelas (1 e 2) permitem identificar as disparidades. No que tange ao analfabetismo (15 e mais anos), a diferença é gritante entre o Nordeste (46,6%) e o Sul (16,4%). Enfocada a população de 15 a 19 anos (tabela 2), a proporção é de 33,3%, no Nordeste, para 6,4%, no Sul, isto é, 5 analfabetos "produzidos" no Nordeste para 1 no Sul.

O que se percebe é que, embora estejam diminuindo as taxas de analfabetismo, o Sul e o Sudeste as reduzem mais rapidamente do que o Nordeste, ou seja, ampliam-se as distâncias regionais em matéria de analfabetismo.

Segundo dados projetados para o ano de 1988, em pesquisa realizada pelo MEC, tabela 3 (número e percentual de analfabetos na população de 15 anos e mais), o Brasil registrava como média nacional 17,69%. Quanto à situação regional, os números revelavam para o Norte, 9,24%; Nordeste, 36,6%; Sudeste, 10,14%; Sul, 10,36%. Também nessa faixa, como se pode

TABELA 3

Número e percentual de analfabetos na população de 15 anos e mais

Região	Analfabetos de 15 Anos e Mais			
	1985	1986	1987	1988
Brasil	17.284.056 (20,69%)	16.378.833 (19,69%)	15.150.181 (18,69%)	14.030.497 (17,69%)
Norte	275.165 (12,24%)	208.615 (11,24%)	137.200 (10,24%)	81.010 (9,24%)
Nordeste	9.010.685 (39,66%)	8.778.468 (38,66%)	8.538.044 (37,66%)	8.285.741 (36,66%)
Sudeste	5.182.544 (13,14%)	4.685.384 (12,14%)	4.168.764 (11,14%)	3.627.090 (10,14%)
Sul	1.812.394 (13,36%)	1.626.416 (12,36%)	1.436.323 (11,36%)	1.240.896 (10,36%)
C. Oeste	1.003.268 (18,05%)	938.800 (17,05%)	869.850 (16,05%)	795.760 (15,05%)

FONTE: 1985, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. 1986-88. Estimativa com base na série histórica, de 1980-85 (MEC, Serviço de Estatística da Educação e Cultura, *Estatísticas Educacionais* — 1985/88 — Brasília, SEEC, 1988, p. 12).

ver, são as duas regiões mais desenvolvidas que têm as taxas mais aproximadas entre si. Do ponto de vista interno, regionalmente considerado, a distribuição do analfabetismo revela um quadro chocante.

### 2.1.2 — Taxa de escolaridade

Um outro elemento significativo de diferenciação é a taxa de escolaridade, que trata da proporção de alunos matriculados em relação ao total da população em idade escolar (SOARES, 1981, p. 78). Com relação, portanto, ao atendimento do ensino de primeiro grau, em 1980, achavam-se estudando 67,1%, na faixa de escolaridade obrigatória, isto é, de 7 a 14 anos. Dessa forma, o dispositivo constitucional relativo à educação compulsória para a referida faixa etária era cumprido em apenas dois terços, o que pode ser visto por unidade da Federação, segundo o *Atlas da educação no Brasil* (1985, p. 10):

a) alcançava mais de 90%, apenas o Distrito Federal, (92,4%);

b) entre 80% e 90%: Rio de Janeiro (85,5%); São Paulo, (82,6%); Rio Grande do Sul (80,0%);

c) entre 70% e 80%: Amapá (75,2%); Santa Catarina (74,5%); Minas Gerais (72,7%); Espírito Santo (72,6%); Paraná (71,1%);

d) entre 60% e 70%: Roraima (68,9%); Mato Grosso do Sul (65,7%); Goiás (64,2%);

e) entre 50% e 60%: Mato Grosso (59,8%); Pará (59,6%); Pernambuco (58,8%); Rio Grande do Norte (58,8%); Amazonas (57,2%); Rondônia (55,0%); Sergipe (54,4%); Paraíba (52,7%); Piauí (50,5%);

f) entre 40% e 50%: Ceará (48,3%); Bahia (46,5%); Acre (44,4%); Alagoas (43,7%) e Maranhão (41,3%).

Pelos números apresentados acima, o atendimento em todos os Estados do Nordeste se situava abaixo de 60% de escolaridade e, entre 40 e 50%, se encontrava a maioria deles. Isso quer dizer que nenhuma unidade federada nordestina conseguiu cumprir o disposto constitucionalmente, ou sequer alcançou a escolaridade de 60% da faixa etária correspondente. Além disso, a escolaridade dos 7 aos 14 anos não chegou a atender, efetivamente, à metade da população escolarizável. Se destacada a taxa de escolaridade no meio rural, diferenciando-a da urbana, a discrepância ainda é mais significativa; na Bahia, por exemplo, essa taxa de escolaridade era de 69,6% para o setor urbano e de 25,6%, para o rural, conforme pode ser observado na tabela 4 (Posição dos estados segundo a taxa de escolaridade da população de 7 a 14 anos do ensino de 1.º grau).

TABELA 4

*Posição dos Estados segundo a taxa de escolaridade da população de 7 a 14 anos do ensino de 1.º grau por situação de domicílio — Brasil — 1980*

Unidade da Federação	Total	Situação do Domicílio	
		Urbano	Rural
1. Distrito Federal	91,6	92,2	77,4
2. Rio de Janeiro	85,0	87,5	63,3
3. São Paulo	82,1	84,9	65,7
4. Rio Grande do Sul	79,4	85,1	69,7
5. Santa Catarina	73,9	81,5	64,4
6. Minas Gerais	72,5	83,5	53,0
7. Espírito Santo	72,0	82,3	58,7
8. Paraná	70,7	80,8	58,7
9. Roraima	68,6	84,0	45,5
10. Amapá	68,6	84,0	45,5
11. Mato Grosso do Sul	65,4	77,2	41,9
12. Goiás	64,0	72,1	41,3
13. Mato Grosso	59,5	77,8	34,9
14. Pará	59,4	79,8	40,2
15. Rio Grande do Norte	58,5	74,1	38,5
16. Pernambuco	58,4	74,2	38,0
17. Amazonas	57,0	77,0	29,9
18. Rondônia	54,9	72,8	40,2
19. Sergipe	54,2	73,9	33,8
20. Paraíba	52,4	67,0	31,1
21. Piauí	50,3	69,5	32,9
22. Ceará	48,0	68,4	27,3
23. Bahia	46,3	69,6	25,8
24. Acre	44,2	76,7	20,8
25. Alagoas	43,4	65,6	23,4
26. Maranhão	41,1	69,4	27,6
<b>BRASIL</b>	<b>66,8</b>	<b>80,5</b>	<b>43,2</b>

FONTE: Censo demográfico de 1980 — FIBGE (dados elaborados pelo GDF/SEC/DEPLAN).

### 2.1.3 — Média de anos de estudo

A escolaridade média da população de 15 e mais anos, isto é, a média aritmética dos anos de estudos da população dessa faixa etária, segundo o *Atlas da educação no Brasil* (1985, p. 16) em termos de média nacional, correspondia, em 1980, a 4,03 anos de estudo. Também por esse indicador as unidades da Federação demonstram situação bastante diferenciada:

a) somente o Distrito Federal alcançava mais de seis anos (6,34);

b) entre 5 e 6 anos, apenas o Rio de Janeiro (5,56);

c) entre 4 e 5 anos, encontravam-se: São Paulo (4,97); Rio Grande do Sul (4,82); Santa Catarina (4,53); Espírito Santo (4,09); Amapá (4,08);

e) situava-se a média de anos de estudo, nos seguintes estados (entre 3 e 4 anos): Paraná (3,90); Minas Gerais (3,88); Roraima (3,88); Mato Grosso do Sul (3,65); Goiás (3,48); Amazonas (3,47); Pará (3,42); Mato Grosso (3,25); Pernambuco (3,14);

f) dos dez Estados que detinham a menor média de escolaridade, oito eram do Nordeste (entre 2 e 3 anos): Rondônia (2,88); Rio Grande do Norte (2,82); Sergipe (2,63); Paraíba (2,54); Ceará (2,54); Bahia (2,51); Acre (2,43); Alagoas (2,23); Piauí (2,21); e Maranhão (2,11) (*Atlas da educação no Brasil*, 1985, p. 16).

Conforme observa o próprio *Atlas da educação no Brasil*, ao apresentar a escolaridade média da população de 15 anos e mais, em 1980, “a heterogeneidade, neste aspecto, é tão acentuada que a relação entre a maior (DF) e a menor média (MA) é de 3 para 1”. Excetuando DF, RJ, SP, RS, SC, ES, AP, todas as demais unidades federativas se situam abaixo da média nacional. Com referência aos Estados nordestinos, só Pernambuco fica na faixa de 3 e 4 anos, achando-se os demais na última categoria (de 2 a 3).

Ainda quanto à média de anos de estudo, a tabela 5 (Posição dos Estados, segundo a média de anos de estudo da população de 15 anos e mais, por situação de domicílio, Brasil, 1980) fornece a posição dos Estados, distinguindo os percentuais entre o atendimento urbano e rural, onde este último é bem mais problemático. Na maioria das unidades federadas do Nordeste, no meio rural, sequer é alcançado um ano de escolaridade.

### 2.1.4 — Distorção série/idade

Segundo o MEC, “a taxa de distorção série/idade fornece a porcentagem de alunos matriculados com idade não apropriada à série, em relação à matrícula da mesma série” (Brasil, Ministério da Educação,



TABELA 5

*Posição dos Estados segundo a média de anos de estudo da população de 15 anos e mais, por situação de domicílio — Brasil — 1980*

Unidades da Federação	Total	Situação do Domicílio	
		Urbano	Rural
1. Distrito Federal	6,24	6,43	3,08
2. Rio de Janeiro	5,56	5,80	2,46
3. São Paulo	4,97	5,30	2,83
4. Rio Grande do Sul	4,82	5,22	3,28
5. Santa Catarina	4,53	5,51	3,31
6. Espírito Santo	4,09	5,02	2,26
7. Amapá	4,08	5,11	2,46
8. Paraná	3,90	4,87	2,38
9. Minas Gerais	3,88	4,74	1,92
10. Roraima	3,66	4,80	1,69
11. Mato Grosso do Sul	3,65	4,37	2,07
12. Goiás	3,48	4,39	1,85
13. Amazonas	3,47	4,83	1,17
14. Pará	3,42	4,81	1,96
15. Mato Grosso	3,25	4,25	1,86
16. Pernambuco	3,14	4,22	1,18
17. Rondônia	2,88	4,09	1,75
18. Rio Grande do Norte	2,82	3,84	1,19
19. Sergipe	2,63	3,91	0,90
20. Paraíba	2,54	3,74	1,07
21. Ceará	2,54	3,85	0,87
22. Bahia	2,51	4,08	0,83
23. Acre	2,43	4,22	0,84
24. Alagoas	2,23	3,57	0,77
25. Piauí	2,21	3,86	0,83
26. Maranhão	2,11	3,77	1,31
<b>BRASIL</b>	<b>4,03</b>	<b>4,96</b>	<b>1,80</b>

FONTE: Censo demográfico de 1980 — IBGE (dados elaborados pelo DEPLAN).

ESSC, 1988, p. 36). Pelos dados da tabela 6 (Ensino regular de 1.º grau, taxa de distorção série/idade por série — 1985) verifica-se que essas taxas são altas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. A entrada tardia, a evasão da escola, por algum motivo, e a repetência são apontadas como as causas mais próximas. Além disso, as migrações internas, principalmente o deslocamento do setor rural para o urbano e a passagem da pequena para a cidade maior ou para a capital podem ser apontadas como fatores de distorção.

TABELA 6

Ensino regular de 1.º grau. Taxa de distorção série idade por série — 1985

Região	Taxa de Distorção Série-Idade (%)							
	1. <sup>a</sup>	2. <sup>a</sup>	3. <sup>a</sup>	4. <sup>a</sup>	5. <sup>a</sup>	6. <sup>a</sup>	7. <sup>a</sup>	8. <sup>a</sup>
Brasil	68,66	73,56	75,45	75,41	80,43	79,45	79,02	77,40
Norte	77,07	85,69	86,00	87,25	89,48	83,85	88,39	88,31
Nordeste	79,22	85,56	86,78	86,78	88,98	88,35	88,14	87,48
Sudeste	53,97	64,81	68,30	68,51	76,24	75,60	74,76	72,39
Sul	61,35	66,97	69,17	70,40	75,36	74,41	73,48	72,39
C. Oeste	70,75	76,99	78,81	79,52	84,84	84,00	83,88	82,13

FONTE: MEC/SG/SEPLAN/SEEC.

### 2.1.5 — Formação de docentes

Considerando-se a taxa de docentes por grau de formação, conforme a tabela 7 (Ensino regular de 1.º grau, taxa de docentes por grau de formação — 1985), é possível detectarem-se algumas diferenças marcantes por região. No que se refere à formação apenas a nível de 1.º grau, Norte e Nordeste concentram as maiores percentagens dos docentes, respectivamente, 34,29% e 29,99%, enquanto a média nacional é de 14,38. Vale assinalar que legalmente não há mais formação a nível de primeiro grau. A formação para o magistério começa a nível de segundo grau com a habilitação específica.

A situação se agrava à proporção que se avança na escala da formação. Assim, para as mesmas regiões, são de 48,45% e 50,72% as percentagens de docentes com formação a nível de segundo grau. Certamente, é a habilitação para o magistério que substituiu a antiga Escola Normal.

Na formação superior dos docentes, a nível de terceiro grau, é bem expressiva a diferença. Norte e Nordeste apresentavam apenas 17,25% e 19,30%, enquanto isso, Sudeste e Sul, com 56,84% e 70,62%, respectivamente.

TABELA 7

Ensino regular de 1.º grau. Taxa de docentes por grau de formação — 1985

Região	Taxa de Docentes por Grau de Formação (%)		
	1.º Grau	2.º Grau	3.º Grau
Brasil	14,38	45,13	40,49
Norte	34,29	48,45	17,25
Nordeste	29,99	50,72	19,30
Sudeste	3,08	40,08	56,84
Sul	9,28	20,10	70,62
C. Oeste	17,80	49,93	32,27

FONTE: MEC/SG/SEPLAN/SEEC.

## 2.1.6 — Distribuição da graduação e pós-graduação

Do ponto de vista da concentração de alunos de nível superior, de um total de 1.482.321 matriculados, Norte, Nordeste e Centro-Oeste possuíam, respectivamente, 40.989, 251.248 e 85.000, conforme pode ser visto na tabela 8 (Ensino superior — graduação — matrícula inicial, 1986-88), não perfazendo juntas o total de atendimento do Sudeste.

TABELA 8

Ensino superior — Graduação. Matrícula inicial — 1986-88

Região	1986	1987	1988
Brasil	1.418.196	1.452.407	1.482.321
Norte	37.065	39.483	40.989
Nordeste	237.391	243.764	251.248
Sudeste	788.032	802.700	813.097
Sul	274.379	283.644	291.987
Centro-Oeste	81.329	82.816	85.000

FONTE: MEC/SG/SEPLAN/SEEC.

Nota: Estimativas: 1987-88.

Uma diferença que pode ser assinalada entre as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste é a concentração de alunos matriculados em estabelecimentos públicos de ensino superior, contra a tendência da matrícula dos alunos nas regiões Sudeste e Sul, nos estabelecimentos particulares de acordo com a tabela 9 (Número de matrículas e percentuais de matrícula nas escolas públicas, Brasil — 1986).

TABELA 9

Número de matrículas e percentual de matrícula nas escolas públicas.  
Brasil — 1986

Região	Total		Universidades		Federações e Isoladas	
	Total	Publ. %	Total	Publ. %	Total	Publ. %
Brasil	1.418.196	41	722.863	61	695.333	30
Norte	37.065	75	24.768	100	12.387	25
Nordeste	237.391	68	166.047	77	71.344	47
Sudeste	788.032	28	324.553	52	463.499	12
Sul	274.379	33	167.872	54	106.507	37
Centro-Oeste	81.329	53	39.733	72	41.596	35

FONTE: MEC/SG/SEPLAN/SEEC.

O número de instituições de educação superior deve ser assinalado pela forte concentração na região Sudeste 64% (52% de universidades públicas e 12% de federações e isoladas). A tabela 10 (Ensino superior — graduação — Instituições por natureza e dependência administrativa — Brasil, 1986) mostra que das 855 instituições existentes no Brasil, 545 se localizavam na referida região, em 1986.

TABELA 10

Ensino superior — graduação. Instituições por natureza e dependência administrativa — Brasil — 1986

Região	Total		Universidades		Federações e Isoladas	
	Total	Publ. %	Total	Publ. %	Total	Publ. %
Brasil	855	263	76	49	799	214
Norte	13	10		4	9	6
Nordeste	116	74	4	14	99	60
Sudeste	545	99	32	16	513	83
Sul	143	61	18	11	125	50
Centro-Oeste	38	19	5	4	33	15

FONTE: MEC/SG/SEPLAN/SEEC.

Considerando a pós-graduação, variável de alto poder discriminatório com reflexos no desequilíbrio regional, vê-se pela tabela 11 (Ensino superior — pós-graduação. Número de alunos vinculados por natureza e dependência administrativa — 1985) o número de programas de pós-graduação na região Sudeste, que absorve 79% dos discentes: apenas 10%, no Sul; 8%, no Nordeste; 2%, no Centro-Oeste; e 1% no Norte (Brasil, Ministério da Educação SEEC, 1985, p. 70). Praticamente todos os alunos que estão cursando o doutorado o fazem na região Sudeste (95%), sendo que nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo está a maior concentração de alunos cursando a pós-graduação. Visto o problema pelo ângulo da dependência administrativa, 48% de todos os alunos de pós-graduação, no Brasil, estudam em instituições federais, 35% em estaduais e 17% em particulares (idem).

**TABELA 11**

*Ensino superior — pós-graduação. Número de alunos vinculados por natureza e dependência administrativa — 1985*

Região	Federal		Estadual		Particular	
	Mes-trado	Doutorado	Mes-trado	Doutorado	Mes-trado	Doutorado
Brasil	15.922	2.173	9.082	4.169	5.847	533
Norte	228	31	—	—	—	—
Nordeste	3.079	67	—	—	17	—
Sudeste	8.916	1.835	9.000	4.169	5.380	516
Sul	3.079	212	82	—	450	17
Centro-Oeste	620	28	—	—	—	—

FONTE: MEC/CAPES

Vistos os indicadores dos desequilíbrios em educação, passa-se, em seguida, à tentativa de análise e interpretação das desigualdades regionais.

## 2.2 — Análise e interpretação

Pelos índices apresentados, percebe-se que, regionalmente, o primeiro problema educacional a ser enfrentado pelas regiões Norte e Nordeste é o do acesso à escola. Não se deve olvidar, todavia, que, além do acesso, tem-se verificado também decréscimo no rendimento escolar, devido, entre outros motivos, à queda na qualidade do ensino. Baixa qualidade do ensino com reduzida remuneração do magistério, juntamente com outros fatores,

têm comprometido o desempenho da prática educativa na escola pública, com reflexos no processo ensino-aprendizagem. Mesmo reconhecendo esses graves problemas ligados à qualidade da aprendizagem, não se pode deixar de considerar que o aspecto quantitativo assume considerável importância. É preciso levar-se em conta que o Nordeste, com quase metade da sua população iletrada e mais da metade da população escolarizável fora de qualquer tipo de estabelecimento de ensino, tem no acesso à escola um sério problema.

Durante quase um século, ou mais precisamente no espaço de nove décadas, não obstante se tenha conseguido reduzir-se a taxa de analfabetismo de 65,30% para 17,69, o problema permanece bastante distanciado de sua erradicação. Essa situação não deixa de ser constrangedora para uma nação que ocupa hoje posição destacada na economia ocidental.

Entrará o País na década dos noventa com uma média nacional estimada em torno de 17% de analfabetos, tendo o Nordeste o dobro dessa previsão (36,66%). Por isso é que o problema do analfabetismo deve ser visto realisticamente por região, além de ser calculado por faixa etária a partir dos 14 anos.

### 2.3 — *Questões vinculadas*

Para a compreensão dos desequilíbrios regionais importa, preliminarmente, entender o significado de região, aqui tomada como um conjunto sócio-econômico para fins de planejamento.

ROBERTO LOBATO CORRÊA (1987, p. 48), identificando a origem do vocábulo, lembra que a palavra região vem do latim *regio*, derivado do verbo *regere*, que quer dizer governar ou reinar. Ainda quanto ao seu emprego, recorda também que regiões eram as divisões dos antigos impérios persa e romano.

Isso posto, a região é um conceito bastante complexo que está ligado para alguns à noção de "diferenciação de área", isto é, à aceitação da idéia que "a superfície da terra é constituída por áreas diferentes entre si" (ROBERTO L. CORRÊA, 1987, p. 22). FORBES (1989, p. 95) acha que o interesse pela diferenciação de áreas começou no último pré-guerra com preocupação da Geografia em fornecer descrições e interpretações exatas de caráter variado da superfície da terra. Todavia, reconhece que a teoria espacial e as técnicas quantitativas apressaram a superação da geografia regional.

Estudos sobre região conduzem a várias abordagens, como, a saber, a região natural, a região geográfica de Vidal de la Blache e a região como classe de área. Há ainda outros enfoques como região simples e complexa. No caso da região simples, se considera um único critério ou variável, por exemplo, o nível de renda da população. E na hipótese da região complexa, leva-se em consideração muitas variáveis. Um bom exemplo de divisão

regional complexa, nota CORRÊA, "é a divisão de um país em regiões econômicas, envolvendo, entre outras, variáveis como a densidade demográfica, a renda da população, a produção agropecuária e industrial e a urbanização" (1987, p. 34). Há ainda a possibilidade de classificação em regiões homogêneas e funcionais, oficialmente adotado no Brasil, embora já em processo de revisão.

FRIEDMANN (1960), por seu turno, prefere identificar dois critérios gerais para o planejamento regional — homogeneidade e interação. Uma região homogênea é selecionada à base da unidade de uma ou de diversas características — unidade de clima, vegetação, topografia, solo, hidrografia, tipo de agricultura e cultura. Pelo critério da interação, delimitam-se as regiões segundo a ação recíproca das atividades sociais e econômicas, principalmente as relações entre campo e cidade. São exemplos de regiões homogêneas as bacias hidrográficas. Constituem exemplo de região, segundo o critério da interação, as regiões urbanas. FRIEDMANN caracteriza uma região urbana compreendendo uma cidade e mais aquelas áreas circunvizinhas que se apresentam em estreita relação social e econômica com o centro urbano, tais como áreas construídas, subúrbios, comunidades satélites e áreas predominantemente rurais. Esse último entendimento de região-urbana, para a constituição da unidade básica de planejamento, está mais adaptado ao tipo da economia integrada e desenvolvida. Já o critério da homogeneidade, principalmente o cultural, se ajusta melhor às etapas econômicas de uma região ou país em desenvolvimento. Esse parece ser o pensamento crítico de PINTO DE AGUIAR (1958) ao tratar do relativismo do conceito de região de planejamento.

Do ponto de vista administrativo, correspondeu a região de planejamento "unidades administrativas através das quais um discurso da recuperação e desenvolvimento é aplicado" (ROBERTO L. CORRÊA, p. 48). Um exemplo sempre referido é o planejamento da bacia do rio Tennessee, USA, que inspirou o planejamento da Comissão do Vale do São Francisco. Outro exemplo de região de planejamento é o da Cassa per il Mezzogiorno, na Itália, que serviu de inspiração para o Banco do Nordeste do Brasil e para SUDENE. O conceito de região de planejamento leva em conta também o território definido por motivos políticos e administrativos, podendo considerar também os problemas sociais e econômicos.

É útil ter sempre em mente que os limites regionais podem ser modificados de tempos em tempos, à medida que se for definindo finalidades e circunstâncias. O Nordeste, por exemplo, compreendia outrora do Piauí até Alagoas. E o rio São Francisco separava o Nordeste do Leste, ficando nesta região Sergipe e Bahia. Após a Segunda Guerra Mundial, especialmente depois da seca de 1952, o programa a ser executado pelo Banco do Nordeste do Brasil incluía uma área maior do território nordestino, delimitada pelo Polígono das Secas, que não só incluía Sergipe e Bahia, como também parte do Estado de Minas Gerais. Com a SUDENE, maior território foi abrangido, indo do Maranhão até a Bahia e parte norte de Minas Gerais (ANDRADE, 1986, p. 6/8).

RÔMULO ALMEIDA (1986) adverte para o efeito das novas tecnologias no aumento das disparidades regionais pelo uso intensivo do fator conhecimento:

“Com a emergência da nova tecnologia os *desequilíbrios* regionais tendem a acentuar-se. Em regra a nova tecnologia — informática e microeletrônica, biotecnologia, química fina e novos materiais — não exige grande capital e produz artigos de alto valor que resistem à distância, o que facilitaria sua localização desconcentrada, mas requerem alto coeficiente de saber. Desenvolve-se assim, em torno das universidades e instituições de pesquisa, dos centros de excelência. Ora, ocorre que estes serviços quaternários estão concentrados no Brasil na região mais rica. O próprio *Governo federal*, ao sediar seus programas de pesquisa e pós-graduação o faz onde as condições já são mais favoráveis, o que por sua vez fomenta as atividades produtivas em torno, as quais criam novas demandas e facilidades de pesquisa, e assim o processo circular vai gerando maior desigualdade regional” (1986, p. 5/6).

A tecnologia impõe uma formulação do desenvolvimento do país.

Como utilizá-la, conciliando com a ampliação da capacidade de concorrência e mantendo o nível de emprego, distribuindo renda e, ao mesmo tempo, diminuindo os *desequilíbrios* regionais?

Um aspecto, para o qual ALMEIDA chamou a atenção, foi a crítica à política de incentivos, fiscais e financeiros, de caráter regional em face dos gastos de capital realizados pelo Governo da União.

A política de incentivos à indústria vem atuando como importante fator de aprofundamento das disparidades regionais. Tome-se como exemplo o volume de recursos que são canalizados via FINOR/FINAM, correspondentes a US\$ 400 a US\$ 500 milhões por ano; todavia esse valor representa um terço do total de fundos setoriais. *Contrapondo-se, verifica-se que os incentivos fiscais e financeiros mais expressivos têm sido os de caráter não regional, tais como correção monetária prefixada, isenção de impostos de importação, IPI, ICM, Imposto de Renda “draw-back”, Befiex, depreciação acelerada e outros. Estes são os mais utilizados pelo Sudeste e pelo Sul, regiões que foram beneficiadas em quase US\$ 3 bilhões (95% do total), em 1980.*

Um dado que conduz à tendência para agravar as disparidades regionais tem sido a distribuição espacial dos gastos pelo Governo federal que, ao invés de compensar os *desequilíbrios*, concentra cada vez mais a formação de capital nas regiões de mais capacidade de rendimento dos investimentos. Em suma, conclui o economista e apresenta um quadro altamente ilustrativo do que foi dito:

“Por outro lado, *confirmando a tendência do Estado brasileiro (Governo federal) em agravar, com a distribuição espacial*



dos seus gastos, os desequilíbrios regionais, ao invés de exercer um papel compensatório, convém citar dados da FGV (IBRE-CEDEC/IBASE, 1982) sobre os gastos de capital da União, *per capita*, expressos a seguir:

<i>Tipos de gastos</i>	<i>Nordeste</i>	<i>Sudeste</i>	<i>C. Oeste</i>	<i>Brasil</i>
Sociais .....	15,28	45,21	214,50	41,29
Governo, em fomento econômico .	29,36	248,84	205,31	140,24
Estatais, em fomento econômico .	362,80	1.454,46	553,35	842,56
Administração .....	8,53	67,10	948,41	91,41
<i>Total</i> .....	416,17	1.815,62	1.924,57	1.115,49

Como pode ser visto na coluna referente ao Nordeste, em nenhum tipo de gasto deixou de ser a última região colocada.

### 3 — *Propostas de correção*

Propostas de correção dos desequilíbrios regionais exigem políticas definidas e estratégias próprias. Em termos educacionais, é absolutamente necessário que a administração seja descentralizada. Política de descentralização que se pode efetivar mediante várias gradações, sendo uma delas a regionalização, seja da responsabilidade da União, dos Estados ou dos Municípios.

Uma outra forma de diminuir os desequilíbrios regionais, principalmente no meio rural, é através da educação não-formal pela utilização de instrumentos não convencionais, diferentes daqueles utilizados pela escola urbana. Teoricamente, os instrumentos de educação não formal atendem melhor e com mais prontidão a certas faixas da população do que a educação formal ou regular. Especialmente em relação ao setor rural, marginalizado, e onde se concentra grande número de analfabetos.

Essas duas propostas conduzem, entretanto, a outras questões educacionais e políticas, conjugadas com as novas perspectivas abertas pela Constituição de 1988. De fato, a região foi colocada como parte na organização do Estado brasileiro. Dessa forma, diretrizes podem ser formuladas em termos de planejamento da ação política regional.

#### 3.1 — *Embasamento constitucional*

A Constituição Federal de 1988 inovou, ao dedicar às regiões uma seção especial (Seção IV — Das Regiões, que pertence ao Capítulo VII —

Da Administração Pública, integrante do Título III — Da Organização do Estado). A abordagem específica sobre as regiões faz parte do conjunto constituído pela União, Estados Federados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem assim dos dispositivos que disciplinam o instituto da Intervenção e, mais proximamente, das normas sobre a Administração Pública.

Além de uma seção específica sobre as regiões, a Constituição, em vários outros dispositivos, se refere aos problemas regionais como o fez logo no Título I — Dos Princípios Fundamentais, sendo um deles a redução não somente das desigualdades regionais, como também das sociais.

A Lei Maior foi incisiva quanto aos desequilíbrios regionais, admitindo que:

“Art. 43 — 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.”

Prescreveu que a legislação complementar irá dispor sobre:

I — as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II — 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” (art. 43, § 1.º, I e II).

E estabeleceu, dentre outros, os estímulos ao desenvolvimento regional, confirmando a experiência das agências governamentais que administram incentivos. Assim, “os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei” (art. 43, § 2.º) os seguintes:

I — igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

II — juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III — isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

IV — prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.”

Nessas áreas, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação (§ 3.º do art. 43).

A Constituição estabeleceu, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e democrática, da garantia do desenvolvimento nacional e da promoção do bem-estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º e incisos).

Dentre as inúmeras competências do governo da União, inclui-se a de “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 21, alínea IX). Isso significa que a organização do espaço brasileiro foi acolhida na Carta como um mecanismo auxiliar com emprego possível na administração da educação.

Também ficou estabelecido que os Estados federados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3.º). E a educação está entre elas.

Entre os itens que são da competência do Congresso Nacional, como desdobramento das atribuições da União, está a de dispor sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento (art. 48, inciso IV).

A redução das desigualdades regionais e sociais é um dos elementos que lastreiam a ordem econômica como a soberania nacional, a propriedade privada, a defesa do consumidor. É interessante observar que as desigualdades regionais vêm sempre vinculadas às sociais (art. 170, inciso VII). A Constituição comprova mais uma vez que o problema regional brasileiro, pelas desigualdades e desequilíbrios, é também uma questão de justiça social. Justiça social que é o ponto de equilíbrio “capaz de permitir não só a plena realização da pessoa, mas ainda, através dela, o alcance do Bem Comum” (*Manual Básico*, 1988, p. 89).

O constituinte de 1988 andou bem ao relacionar o problema regional com a questão social de fundo. No Nordeste, principalmente, as desigualdades são, a um só tempo, de natureza geográfica e social.

### 3.2 — *Linhas de ação*

Especificamente dentre muitas alternativas da política regional, visualizando a educação, duas merecem ser enfatizadas pelo alcance e extensão que possam ter como instrumentos de correção: descentralização da administração educacional e educação não-formal.

### 3.2.1 — *Descentralização da administração educacional*

Uma das formas de atenuação dos desequilíbrios regionais está na descentralização dos serviços educacionais. Para que a educação possa atingir o maior número das respectivas faixas etárias, diminuindo as desigualdades, a descentralização proporciona a maior aproximação da população escolar com os centros de decisão.

Possuindo o Brasil uma estrutura federativa de governo — União, Estados e Municípios —, lógico seria que os sistemas educacionais acompanhassem as esferas e os limites da organização política. A cada um nível corresponde um conjunto de atribuições e competências. Em decorrência dessa organização, os sistemas de educação se constituem em federal, estaduais e municipais, conforme o disposto na Constituição (art. 211). Leve-se em consideração que a instância regional, embora valorizada, ainda não foi definida politicamente entre a União e os Estados para fins de execução administrativa.

O sistema federal se caracteriza por ser eminentemente de educação superior, mantendo também as escolas técnicas, além do Colégio Pedro II. A União administra e financia universidades e estabelecimentos isolados de ensino superior; além disso, fiscaliza e inspeciona as instituições de ensino de 3.º grau particulares e orienta pelas normas, pelos processos de autorização e reconhecimento, as escolas de nível superior. A União organiza o seu próprio sistema, que tem caráter supletivo, devendo estender-se nos estritos limites das deficiências locais e estaduais.

Sucessivas leis, interpretando as Constituições de 1946, 1967 e 1969, acentuaram a descentralização pela possibilidade de os Estados e de o Distrito Federal organizarem, eles próprios, os seus sistemas, tendo à frente os respectivos Conselhos de Educação. A Constituição Federal de 1988 foi mais além e estendeu ao Município a possibilidade de organização do sistema municipal de educação. O que se espera é que a descentralização do ensino se efetive pela articulação racional dos sistemas federal, estadual e municipal, criando, assim, a possibilidade de maiores oportunidades educacionais.

Efetivada a maior descentralização, há a possibilidade de melhor atendimento à crescente demanda de ensino tanto das áreas urbano-periféricas como rurais. A primeira demanda é expressiva, armada do poder de pressão, exercido pelos meios de comunicação social. A segunda é de repercussão mais lenta em correspondência com o atraso do meio rural.

As duas alternativas condicionam políticas diferenciadas. Uma é dirigida para o crescimento das oportunidades educacionais nos maiores centros urbanos e outra deve objetivar a dispersa população rural. No atendimento

urbano, deve-se levar em consideração alguns pontos emergentes. Talvez o mais expressivo seja a concentração das populações nos conjuntos habitacionais e nas periferias, pelo elevado número de analfabetismo. Áreas de grande carência educacional localizam-se em bairros mais distantes do centro. Nesses últimos, geralmente, as populações não se encontram organizadas como nos primeiros, mas, nem por isso, devem deixar de merecer igual atenção do Poder público. Muito pelo contrário, embora a demanda seja expressiva, não dispensará a sua avaliação para fins de localização de escolas com vistas à redução dos déficits educacionais.

A descentralização, permitindo um atendimento mais próximo, poderá permitir a maior entrada de contingentes de alunos nas escolas.

Quanto à situação da escola situada no campo, bem mais aberta e integrada na paisagem rural, terá, além da função educativa, uma outra também importante: a função gregária. A escola, nessa situação, é talvez a única presença do Poder público no meio rural.

Os objetivos da educação, numa política regional, serão atingidos, se contarem efetivamente com o concurso do governo local, atuando especialmente no campo. É o município o detentor dos canais normais de comunicação com a população rural, distinguindo-se entre essas as estradas vicinais que ligam os povoados. Somente por intermédio das prefeituras, em regiões empobrecidas, podem-se atingir os objetivos da escolarização rural. O suporte administrativo local é assim extremamente útil para fazer a educação chegar até o interior dos municípios. E, então, passa-se a constituir fator de diminuição das disparidades regionais pelo aumento das oportunidades educacionais que enseja ao maior número de alunos.

### 3.2.2 — Educação não-formal

Uma segunda maneira de minimização das desigualdades regionais apóia-se na educação não-formal, direcionada para a alfabetização no meio rural.

Em seu trabalho sobre *A crise mundial da educação*, PHILIP COOMBS (1968) distingue duas situações bem distintas para a educação não-formal: nos países industrializados e nas regiões em desenvolvimento. Essa segunda situação, visualizada por PHILIP COOMBS, diz respeito de perto ao tema deste trabalho, principalmente no que se refere ao analfabetismo. Para o autor, neste grupo de nações, a educação não-formal tem como prioridades proporcionar a um maior número de agricultores, operários, pequenos comerciantes e outras pessoas que nunca entraram em uma sala de aula, um conjunto de conhecimentos e habilidades a serem utilizados em benefícios de seu próprio desenvolvimento e de seu país, incluídos neste grupo os iletra-

dos, que deverão receber alfabetização funcional; bem assim, melhorar a capacidade de pessoas especialmente qualificadas, como, por exemplo, os professores que já estejam empregados no setor, de forma que possam realizar melhor seu próprio trabalho.

Em ambas as situações, todavia, COOMBS observa que há dificuldades para coordenar as entidades ou enquadrar a educação não-formal no planejamento educacional.

Particularizando a situação da educação não-formal em regiões em via de desenvolvimento, LA BELLE e VERHINE (1975) comprovam como ela é altamente recomendada. Segundo os mesmos, as décadas de 50 e 60 foram marcadas, em todo o mundo, pela expansão dos serviços escolares, que deveriam acompanhar o crescimento populacional. Acredita-se, então, que a simples escolarização nos países em desenvolvimento já seria bastante para atender a mudança social e ao crescimento nacional. A experiência com suas implicações naturais, próprias de uma sociedade em transformação, desencantou educadores e cientistas sociais, uma vez que as escolas formais não atingiram plenamente a meta a que se propunham. A busca de novas alternativas e de novos caminhos iria corroborar, como realmente corroborou, para o robustecimento da educação não-formal que, sem prejuízo da educação formal, transformou-se numa opção necessária aos países em desenvolvimento, sempre carentes de recursos financeiros. No particular, vale ressaltar que somente na América Latina houve um aumento no período de 1970 a 1980 de mais de 40 milhões de crianças em idade escolar. Em 1980, ainda na América Latina, os gastos com a educação foram três vezes superiores aos recursos empregados em 1965 (LA BELLE e VERHINE, 1975).

A educação não-formal, pelo seu cunho pragmático e pela sua versatilidade, oferece às áreas rurais maiores benefícios do que a educação formal; pelo menos, essa é a conclusão de estudos mais recentes sobre a educação não-formal nesse tipo de área. Talvez a educação não-formal possa ser mais eficaz para gerar trabalho, produtividade e renda entre trabalhadores adultos do campo, artesãos, artífices e pequenos empresários, quando coordenada com outras tentativas de desenvolvimento rural. De qualquer maneira, vale registrar que muito embora a educação não-formal abra espaço à transmissão de habilitações e valores necessários à elevação dos padrões de vida e renda, em contrapartida, porém, por motivo óbvio, ela não oferece o mesmo *status* e, conseqüentemente, salvo algumas exceções, o mesmo rendimento auferido pelos que se habilitaram em estabelecimentos de ensino formal.

O Brasil, graças ao seu território de dimensões continentais e às regiões diferenciadas, sustenta uma variada gama de modalidades de educação não-formal. Essas modalidades atendem à clientela que não pôde concluir seus estudos regulares ou, mesmo que tendo realizado estudos formais, precisam de treinamento especializado ou de outras modalidades de educação não-

formal, como é o caso dos muitos processos de alfabetização. A política educacional, expressa na Lei n.º 5.694, de 1971, tem reconhecido esse tipo de educação com o ensino supletivo. Em conseqüência, a partir de 1972, o Ministério da Educação e as Secretarias Estaduais de Educação estabeleceram divisões de ensino supletivo para implementar e avaliar as atividades de educação não-formal.

#### 4 — *Conclusões e recomendações*

Assim como os desequilíbrios regionais estão ligados ao processo de desenvolvimento econômico e social, do mesmo modo, os sistemas educacionais atingem níveis razoáveis de atendimento, no Sudeste e no Sul, e apresentam índices muito abaixo da média nacional no Norte e Nordeste.

Na identificação dos desequilíbrios, este trabalho demonstrou que a taxa de analfabetismo, em 1900, era de 65,30% e, em 1988, foi estimada em 17,69%. Assim, globalmente encarada, não se percebem as diferenças concernentes às regiões. A taxa de escolaridade, a média de anos de estudo, a distorção série/idade, a formação de docentes e a distribuição da graduação e da pós-graduação foram outros indicadores empregados para a caracterização dos desequilíbrios em educação.

Na análise dos problemas regionais, levou-se em conta o efeito da tecnologia, produzido nos centros de excelência das regiões mais ricas, acentua as diferenças entre as regiões. Não se pode deixar de considerar que a política de incentivos fiscais e financeiros regionais não compensa as vantagens dos gastos de capital da União nas regiões mais desenvolvidas.

Como corretivos, dentre as muitas alternativas de política educacional, sobressaem duas linhas de ação. Primeiramente, a descentralização da administração educacional se afigura como uma possibilidade de aproximação da população escolar com os centros de decisão, conseqüentemente, com maior poder de pressão da comunidade sobre as lideranças do ensino. Em segundo lugar, considerando a necessidade de alfabetização e de escolaridade, papel destacado é atribuído à educação não-formal com vistas aos contingentes de iletrados ou semi-alfabetizados nas áreas urbanas, periféricas e rurais.

É preciso atentar, para as novas perspectivas constitucionais, de 1988, que colocaram a região como uma das categorias do Estado brasileiro. O que significa um novo impulso no processo de regionalização.

#### *Recomendações*

1. Além dos indicadores utilizados, outros devem ser pesquisados, como salário de professor, despesas e custos de ensino, para melhor verificação dos desequilíbrios entre as diversas regiões e unidades da Federação.

2. Apesar de os indicadores evidenciarem as desigualdades, todavia, não existe órgão regional com competência para atacar, administrativamente, os problemas educacionais, iniciativa que deve ser providenciada.

3. Também se recomenda às unidades da Federação e aos Municípios que estabeleçam políticas com vistas à diminuição dos desequilíbrios regionais em educação, nas áreas respectivas de suas jurisdições e competências político-administrativas.

4. As perspectivas abertas ao desenvolvimento regional e aos direitos educacionais pela Constituição Federal de 1988 devem ser desdobradas não somente na lei de diretrizes e bases da educação nacional, em discussão, no Congresso, mas também pelas Constituições estaduais e pelas leis orgânicas dos Municípios, devendo todos esses documentos legais objetivarem a descentralização.

5. Além dos mecanismos tradicionais da escolarização, outras alternativas devem ser empregadas para a maior eficácia do processo educacional, como educação não-formal, educação à distância combinada com a educação de adultos, devidamente apoiadas na televisão educativa, na mala direta e outras modalidades do ensino por correspondência.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Manuel Pinto de. *Conceito de região de planejamento*. Salvador, Universidade da Bahia, 1958.

ALMEIDA, Rômulo B. *A integração econômica nacional e os desequilíbrios regionais*. CE-IL/86.T3. Rio de Janeiro, ESG, 1986 (Conferência pronunciada em 31-7-86, na ESG, Rio de Janeiro).

ANDRADE, Manuel Correia de. *O Nordeste e a questão regional*. São Paulo, Ática, 1988.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas. *Normas ABNT sobre documentação*. Rio de Janeiro, 1978.

AZEVEDO, Julia. *Regionalização do ensino: mecanismo de interação setorial (Educação/Cultura)*. Rio de Janeiro, Escola Superior de Guerra, 1987 (TE-87, Tema, 251).

BOAVENTURA, Edivaldo M. *Incentivos ao desenvolvimento regional*, tese de concurso para livre docente de Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade (Federal) da Bahia. Salvador, 1964.

———. *Tempo de educar*, pronunciamento sobre educação e cultura, 1984 e 1985. Salvador, Secretaria de Educação e Cultura, 1987.

———. *Tempos construtivos*. Salvador, Edições Arpuador, 1987.

———. *Como ordenar as idéias*. São Paulo, Ática, 1988.



- BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria-Geral. Secretaria de Articulação e Estudos de Planejamento. Serviço de Estatística da Educação e Cultura. *Estatísticas educacionais Brasil — 1985/88*. Brasília, SEEC, 1988.
- CASSIMIRO, Maria do Rosário. *A importância da educação na conquista e manutenção dos objetivos nacionais brasileiros*. Rio de Janeiro, Escola Superior de Guerra, 1986 (TE-86, Tema 283).
- COOMBS, Philip H. *La crise mondiale de l'éducation*. Paris. Press Universitaire de France, 1968.
- CORREIA, Roberto Lobato. *Região e organização espacial*. São Paulo, Ática, 1987.
- ESCOLA Superior de Guerra (Brasil). *Manual básico*. Rio de Janeiro, ESG, 1988.
- FRIEDMANN, John R.P. *Introdução ao planejamento regional*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1960.
- FORBES, D. K. *Uma visão crítica da geografia do desenvolvimento*. Rio de Janeiro, Bertrand, 1989.
- JAGUARIBE, Hélio et alii. *Para um novo pacto social. Brasil, 2000*. Rio de Janeiro, Salamandra, 1986.
- . *Brasil: reforma ou caos*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.
- LA BELLE, Thomas J. & VERHINE, Robert. — Non formal education and occupations stratification: implication for Latin América. *Harvard Educational Review*, 45(3) : 160-190, 1975. A Special Issue: Education and Development.
- LEITE, Dante Moreira. *O caráter nacional brasileiro. História de uma ideologia*. 2ª ed., S. Paulo, Pioneira, 1969.
- MOREIRA, Evilásio J. da S. Rabello. *Desequilíbrios regionais sob o enfoque econômico. Políticas e estratégias para reduzi-las*. Rio de Janeiro, Escola Superior de Guerra, 1986 (TE-86, C. Econômico, T. 98B).
- MOTA, Fernando. *Manual de localização industrial*. Recife, BNB, 1960.
- MYRDAL, Gunnar. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Rio de Janeiro, MEC/ISEB, 1960, p. 43.
- ROBOCK, Stefan H. *O desenvolvimento econômico do Nordeste*. Fortaleza, Banco do Nordeste do Brasil, 1959.
- ROCHA, Alexandre Sérgio da. *O homem e a liberdade do homem*. Rio de Janeiro, Escola Superior de Guerra, 1988 (LS9-88).
- RODRIGUES, José Honório. *O caráter nacional*. Rio de Janeiro, ESG, 1980, 23 p. (T109-80).
- SOARES, Moacir Bretas. *Dicionário de legislação do ensino*. Rio de Janeiro, FGV/INDOC. 1981.
- TORRES, Cleantho da C. *Desequilíbrios regionais sob o enfoque econômico. Políticas e estratégias para reduzi-los*. Rio de Janeiro, Escola Superior de Guerra, 1986 (TE-86, Deseq. Reg. T. 98).
- VITA, Álvaro de. *Nossa Constituição*. São Paulo, Ática, 1989.
- WILLADINO, Gildo. *Atlas da educação no Brasil*. Rio de Janeiro, MEC/FAE, 1985.
- . *Problemática educacional da Bahia. Aspectos quantitativos*. Salvador (s.d.), mimeo.

# A biblioteca legislativa e seus objetivos

EDUARDO JOSÉ WENSE DIAS

Assessor da Assembléia Legislativa do Estado  
de Minas Gerais. Professor Adjunto da Uni-  
versidade Federal de Minas Gerais

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Tipos de bibliotecas e seus objetivos. 3. Implicações de uma biblioteca legislativa objetivar atender o público em geral. 4. Uma alternativa de prestação de serviços bibliotecários ao público externo. 5. Conclusão.*

### 1. *Introdução*

Na Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais aventou-se a possibilidade de a sua biblioteca passar a ter como um de seus objetivos o de atender também ao público externo. Neste artigo, analisamos as possíveis repercussões dessa mudança de objetivos no funcionamento da biblioteca.

Para além da situação específica sob análise, as considerações esboçadas servem também, de modo geral, a qualquer outro tipo de biblioteca às voltas com o problema de definição de seus objetivos.

### 2. *Tipos de bibliotecas e seus objetivos*

Uma das decisões mais importantes em qualquer organização é a de definir os seus objetivos. Pouco pode ser feito se os propósitos de existência da organização não estão claros. É sempre em função desses objetivos que

tudo o mais deve ser feito na organização: a divisão do trabalho, o dimensionamento dos recursos humanos necessários, a definição dos serviços ou produtos a serem oferecidos. Além disso, os objetivos são peça indispensável na avaliação do sucesso da organização: a consecução dos objetivos é a medida exata desse sucesso.

Evidentemente, esses princípios aplicam-se também a bibliotecas, que são organizações com finalidade própria. Tradicionalmente, classificamos as bibliotecas em alguns tipos:

- Públicas
- Escolares
- Universitárias
- Especializadas
- Nacionais

Essa distinção é necessária porque cada tipo de biblioteca tem objetivos específicos, e as diferenças de objetivos implicam em práticas e serviços igualmente diferentes. Por exemplo: a biblioteca pública serve ao público em geral; em conseqüência, sua coleção de livros deve ser a mais geral possível e a um nível compatível com a heterogeneidade de sua clientela. Uma biblioteca universitária, por outro lado, possui uma clientela bem mais específica: alunos e professores. Conseqüentemente, os livros de uma biblioteca universitária serão de um nível mais complexo que os de uma biblioteca pública.

A biblioteca legislativa situa-se claramente na categoria das bibliotecas especializadas. O objetivo principal de uma biblioteca especializada é o de satisfazer as necessidades de informação da instituição que a mantém ou à qual está vinculada. Essa é uma definição que se observa na literatura e na prática da biblioteconomia e da ciência da informação. Entretanto, nem todas as organizações são idênticas. Algumas são grandes, outras são pequenas; algumas são públicas, outras são privadas. E dentro de cada uma dessas categorias ainda seria possível identificar diferenças adicionais. Em última análise, cada organização tem características próprias que podem afetar a maneira como ela vai proceder no sentido de atingir seus objetivos.

### 2.1. *Objetivos e eficácia*

Os recursos de que dispõe qualquer biblioteca — especialmente bibliotecas especializadas — são geralmente insuficientes para o grau de sofistica-

ção de serviços esperado pelos usuários. Para estes, o ideal seria a biblioteca ter *todos* os livros e outros materiais que os usuários pudessem precisar, e tê-los sempre disponíveis, na forma e apresentação mais conveniente, e no tempo e lugar também mais convenientes. Não há biblioteca que possa fazer isso, nem mesmo bibliotecas como a do Congresso americano, reconhecida como a maior e melhor biblioteca do mundo. As facilidades esperadas pelos usuários podem ir por caminhos não muito fáceis de mapear, mas as dificuldades das bibliotecas em atender a essas facilidades estão *todas relacionadas com o enorme volume de informação hoje disponível no mundo*. Não se trata apenas da tarefa de armazenar essas informações — o que já seria tarefa monumental — mas também de organizar e acessar essa informação. Para se ter uma idéia dessa tarefa, o acesso inclui atividades como as de sintetizar e traduzir informação.

Por isso, podemos dizer que uma das tarefas principais do administrador de uma biblioteca deveria ser a de mostrar aos usuários que o que lhes está sendo oferecido é o máximo que se pode obter com os recursos disponíveis. A confiança do administrador da biblioteca em fazer uma afirmativa dessas está calcada, logicamente, num conhecimento e controle adequados da sua biblioteca e dos recursos que administra.

Dentro dessa linha de raciocínio, a conclusão seguinte é mais do que óbvia: em princípio, qualquer desvio dos recursos para atender a objetivos outros que não aqueles específicos da biblioteca representa uma redução da capacidade da biblioteca atender à expectativa dos usuários; conseqüentemente, é de se esperar uma satisfação dos usuários menor do que ocorreria se a biblioteca concentrasse a aplicação de seus recursos nos objetivos específicos de sua atuação. *Exemplificando: se a biblioteca dispõe de uma determinada verba e decide adquirir monografias quando deveria, nas circunstâncias, empregar a mesma verba na aquisição de obras de referência, é claro que uma decisão menos ótima como essa tem um impacto negativo qualquer na prestação de serviços.*

## 2.2. *Objetivos de uma biblioteca legislativa*

Já vimos que, como qualquer outra biblioteca especializada, os objetivos de uma biblioteca legislativa são os de prover a informação de natureza técnico-científica necessária ao órgão legislativo a que está vinculada. Haverá características próprias em cada órgão, determinadas por fatores

como o nível do órgão (municipal, estadual, federal) e a sua estrutura, mas existe evidentemente algo de comum entre todos os órgãos legislativos, o que determina que as bibliotecas legislativas tenham também algumas características em comum entre si. Assim, é fato evidente que a coleção dessas bibliotecas pode definir-se como de concentração na área de ciências sociais, de uma forma ampla. Não faria sentido, por exemplo, que elas possuísem livros especializados em áreas como medicina ou engenharia. A natureza da coleção, por sua vez, determina outros tantos parâmetros como, por exemplo, a importância de materiais mais antigos, se se compara uma biblioteca dessas com uma biblioteca da área de ciências exatas ou naturais.

Assim, a partir de elementos como os acima mencionados, vai-se delineando um perfil da biblioteca legislativa que procura ajustar-se ao máximo aos objetivos principais por ela visados. Fossem outros os objetivos, outro certamente seria o perfil.

### 2.3 — *O caso da biblioteca do Congresso americano*

É particularmente importante notar, aqui, o caso sempre lembrado da Library of Congress, a biblioteca do Congresso norte-americano. À primeira vista, trata-se de uma situação atípica, porque está aberta à consulta do público em geral. Entretanto, há alguns pontos a observar.

O fato de a biblioteca estar aberta ao público não quer dizer que ela seja uma biblioteca pública, pelo menos no sentido em que o termo é usado pelos especialistas em biblioteconomia. O conceito de biblioteca pública carrega a conotação de acesso de todos à informação, democratização da informação. É claro que têm que ser mantidas pelo governo. Por outro lado, quaisquer bibliotecas, mesmo particulares, podem ser abertas ao público. A biblioteca do Congresso americano não é uma biblioteca pública nesse sentido técnico do termo, mas uma biblioteca nacional. Embora as bibliotecas nacionais também sejam mantidas pelo governo, os seus objetivos são muito diferentes dos de uma biblioteca pública. O objetivo principal de uma biblioteca nacional é o de servir de depositária de toda a produção intelectual de uma nação, bem como de documentos publicados fora do país que tratem de temas relacionados com o país.

Conforme observa BERRY, apesar do nome “Biblioteca do Congresso”, ela é reconhecida nos Estados Unidos e no resto do mundo como, de fato,

a biblioteca nacional dos Estados Unidos. Por conseguinte, devemos concluir que ela, na verdade, não é uma biblioteca legislativa. Com efeito, aqueles familiarizados com a situação sabem que o órgão que exerce tais funções é o Congressional Research Service (CRS), que é apenas um departamento da biblioteca. Na verdade, o CRS é um centro de informação, com vários especialistas (economistas, sociólogos, historiadores etc.) encarregados da tarefa de analisar informação a partir das necessidades dos congressistas. Como qualquer centro de informação, o CRS conta com uma biblioteca que seria, estritamente falando, o que poderíamos chamar de biblioteca do Congresso americano.

A questão fundamental, entretanto, é: por que o Congresso americano mantém uma biblioteca nacional quando na maioria dos países é o Poder Executivo que se encarrega disso? A explicação é histórica. Para entendê-la é necessário lembrar que os diferentes tipos de bibliotecas se complementam; muitas bibliotecas, mas particularmente bibliotecas especializadas, dependem de recursos informacionais externos, como foi acima explicado, pois nenhuma é auto-suficiente, nenhuma pode comprar e manter todos os livros de que os leitores precisam, nem oferecer todos os serviços que lhes são demandados. Entretanto, quando o Congresso americano estabeleceu sua biblioteca, não havia outras a que ele pudesse recorrer. Por essa razão, a biblioteca do Congresso teve que expandir suas coleções e, assim, tornou-se de fato uma biblioteca com um propósito muito mais amplo que o de servir apenas ao Congresso. Por isso, mais tarde, na estrutura da biblioteca, foi criada uma outra biblioteca só para atender ao Congresso. Como bem observa COLE, "as funções da biblioteca do Congresso foram derivadas de suas coleções, e não o contrário." Em outras palavras, a biblioteca do Congresso resolveu estender suas coleções e serviços ao público externo porque tinha coleções e serviços que poderiam ser de real utilidade para esse público.

### 3. *Implicações de uma biblioteca legislativa objetivar atender o público em geral*

As bibliotecas legislativas, como de resto parece ser o caso da maioria das bibliotecas especializadas do setor público, estão, de modo geral, abertas à utilização por pessoas não pertencentes ao órgão a que a biblioteca está vinculada. Trata-se de uma liberalidade que parte do pressuposto de que essa utilização não vai prejudicar o funcionamento normal da biblioteca.

Além do mais, essa liberalidade está perfeitamente sintonizada com o princípio, já lembrado, de que nenhuma biblioteca é auto-suficiente; assim, deveria ser do próprio interesse delas atenderem a esses usuários externos para que os seus usuários também fossem atendidos em outras bibliotecas. Quando muito, pode haver a exigência de uma autorização especial para que a biblioteca seja utilizada.

Situação diferente seria aquela de a biblioteca decidir ter como objetivo explícito o de atender a essa clientela externa. Qualquer órgão do Poder Legislativo pode, evidentemente, estabelecer como objetivo explícito para a sua biblioteca o de atender a usuários externos. Entretanto, muitas são as implicações de se acrescentar um objetivo como esse aos objetivos tradicionais da biblioteca. Começamos com uma pequena nota sobre o que poderia visar uma decisão dessa natureza e depois passamos a considerações sobre as implicações de natureza administrativa.

### 3.1. *Por que abrir a biblioteca ao público externo*

O conceito de poder legislativo, na medida em que os parlamentares são representantes do povo, por este eleitos, já pressupõe um relacionamento muito íntimo entre o povo e seus representantes. Tal idéia está refletida em expressões populares tais como "casa do povo", freqüentemente utilizada para se referir aos Parlamentos. Não se limitam os parlamentos, entretanto, a serem "casas do povo" no sentido de que são um reflexo de seus representados e das múltiplas facetas que caracterizam o povo. Na verdade, muitas vezes acabam por abrigar o povo no sentido literal da palavra, seja quando os parlamentares recebem seus representados nos gabinetes e atendem, inclusive, a solicitações de ordem pessoal, seja quando a instituição acolhe grupos que, por razões de ordem diversa, resolvem se instalar fisicamente nas dependências do Parlamento.

Não sei se estaríamos exagerando ao sugerir que poderíamos estender esse último exemplo do Parlamento como casa do povo a situações como a que se discute neste artigo. Ou seja, uma biblioteca legislativa, ao se dispor a atender a pessoas não pertencentes ao quadro parlamentar ou funcional da casa legislativa, estaria acolhendo esses deserdados intelectuais que não teriam outra biblioteca à qual recorrer.

Dentro dessa visão de *marketing*, uma das funções diretamente beneficiadas seria a chamada função de mobilização de consenso, que parte

do pressuposto de que "as instituições legislativas devem atuar como órgãos auxiliares na mobilização do apoio popular às políticas desenvolvidas pelo Executivo" (SISSON & SNOWISS, p. 40). É premissa básica que para exercer essa função o Legislativo precisa ter recursos e apoio popular, o que só será possível se a instituição e a comunidade a que está vinculada mantiverem um bom relacionamento. Acredita-se que a prestação de serviços, tais como o de um serviço de informação bem organizado e eficiente, represente importante contribuição no sentido de um relacionamento positivo. Mas é necessário que os objetivos de um tal serviço estejam bem definidos. Como vimos, uma biblioteca pode ter objetivos bem diversos. Dizer simplesmente que se vai abrir a biblioteca ao público externo não é uma forma útil de definir os objetivos de uma biblioteca.

### 3.2. *Aspectos administrativos*

Em primeiro lugar, é necessário atentar para o fato de que a comunidade onde se localiza o órgão legislativo pode já estar sendo atendida por bibliotecas públicas. No caso de Belo Horizonte, a população é atendida tanto por uma biblioteca municipal quanto pela biblioteca estadual. A qualidade dos serviços oferecidos por essas bibliotecas poderia ser um critério a ser considerado pelo órgão legislativo ao decidir se estende seus serviços bibliotecários ao público externo. Entretanto, o órgão legislativo poderia tomar ainda, no caso, uma postura de demandar a melhoria dos serviços das bibliotecas públicas. Poderia, por exemplo, aprovar leis que favorecessem o desenvolvimento desses serviços; movimentar uma campanha comunitária em prol da melhoria dos serviços; interceder junto ao Executivo etc. Caso, entretanto, o Legislativo decida estudar a hipótese de ele próprio oferecer tais serviços, a análise deve se concentrar na seguinte questão: justifica o Legislativo oferecer um serviço que, por sua natureza, é de competência do Executivo?

Como deve acontecer no caso de qualquer tipo de biblioteca, a decisão deve ser baseada nas necessidades de informação do usuário em potencial. No caso, acreditamos que há três grupos principais que poderiam ser visados:

1) o público em geral, ou seja, os usuários potenciais de bibliotecas públicas;

2) os estudantes de primeiro e segundo graus. Esta é uma categoria muito mal servida, de acordo com a experiência de muitas bibliotecas públi-



cas que, na prática, têm se transformado em bibliotecas escolares, tal o número de estudantes que as procuram;

3) pesquisadores e outras categorias interessadas em o que se publica na comunidade ou sobre a comunidade à qual o órgão legislativo está vinculado.

Qualquer que seja a categoria escolhida, é bom lembrar que para atingir a finalidade última dessa mudança de objetivos, o padrão de serviços oferecidos teria de ter um mínimo de qualidade. Caso contrário, é pouco provável que a finalidade última ("melhoria no relacionamento com a comunidade" ou "melhoria da imagem do Legislativo") fosse atingida. Em seguida, deve-se atentar para o fato de que a coleção (livros, periódicos etc.) da biblioteca terá características bem diferentes, dependendo do objetivo estabelecido. Para atender apenas ao próprio órgão legislativo, a coleção será uma; para atender a uma clientela externa, qualquer que seja ela, será outra. Entretanto, como bem observa BUDD e DICARLO, para que uma biblioteca satisfaça os seus usuários, não basta que possua livros e periódicos. A biblioteca deve oferecer ainda "um lugar apropriado ao estudo e à pesquisa, fornecer acesso tanto aos materiais que possui quanto a materiais que não possui, providenciar uma organização dos materiais, e oferecer serviços pessoais e de referência tão eficientes e precisos quanto possível".

Assim, é particularmente importante lembrar que os novos usuários da biblioteca necessitarão, eventualmente, de cópias xerox e, possivelmente, outros tipos de serviços. Esses serviços são geralmente fornecidos gratuitamente a parlamentares e funcionários. Se a decisão for no sentido de que o usuário externo deverá pagar por esses serviços, será necessário que um sistema de cobrança e arrecadação seja implantado na biblioteca. Haverá, provavelmente, necessidade também de ampliar o espaço da sala de leitura, geralmente dimensionada para atender apenas à clientela interna.

#### 4. *Uma alternativa de prestação de serviços bibliotecários ao público externo*

Se o órgão legislativo decidir que deve oferecer serviços bibliotecários à comunidade em geral, parece-nos que a melhor alternativa, à vista das considerações acima feitas, seria a de criação de um órgão próprio, uma outra biblioteca que tivesse essa finalidade precípua. Tendo em vista o

objetivo último dessa nova biblioteca, é provável que sua clientela-alvo não fosse limitada a qualquer dos três grupos acima mencionados mas que procurasse atingir de modo geral todo o público da comunidade. Pela própria natureza dessa clientela, essa biblioteca estaria conseqüentemente adquirindo um perfil de biblioteca pública com implicações a que já fizemos referência no começo deste artigo. Uma das mais importantes diz respeito à natureza da coleção, do acervo, porque o tipo de livros e de outros materiais bibliográficos existentes numa biblioteca são fundamentais para os tipos de serviços que podem ser oferecidos aos leitores. Mas há outras implicações.

O acervo da biblioteca pública do Legislativo seria como o de qualquer outra biblioteca pública, isto é: *a)* cobertura temática ampla, incluindo todo tipo de assunto, inclusive obras de ficção (romances, poesia etc.) e *b)* espectro relativamente amplo no tocante ao nível de material, mas provavelmente sem incluir obras altamente especializadas.

No que diz respeito a serviços, um dos mais comuns em bibliotecas públicas é a existência de um setor infantil, onde não devem faltar atividades importantes no atendimento a essa clientela, tais como a Hora do Conto, para dar um exemplo.

Um princípio básico de bibliotecas públicas é que o prédio que as abriga se situe num local de fácil acesso a seus leitores. É provável que a biblioteca de que estamos falando fique bem situada se se localizar no próprio prédio do Legislativo, pois este também precisa estar em local de fácil acesso a toda a comunidade. Caso contrário, essa questão da localização é aspecto também a ser considerado.

No que diz respeito à estrutura organizacional da biblioteca, parece-nos que não seria problema que essa nova biblioteca ficasse subordinada ao mesmo departamento ao qual a biblioteca legislativa estivesse subordinada. Embora haja diferenças entre as duas bibliotecas, como estamos tentando demonstrar, há também aspectos comuns que podem facilitar a administração conjunta das duas. Mesmo no caso do pessoal, é provável que técnicos lotados numa ou noutra possam ser deslocados de uma para outra sem problemas, inclusive o pessoal de chefia (PERSON).

Apesar dessa possibilidade de aproveitamento de pessoal de uma para outra biblioteca, é bom ressaltar que haverá necessidade de algum pessoal com treinamento e experiência em especialidades não existentes na biblio-

teca legislativa. Posso lembrar aqui o exemplo já citado do setor infantil que requer pessoal com habilidades específicas, diferentes daquelas exigidas nos outros setores da biblioteca.

## 5. Conclusão

Concluindo, devemos dizer que qualquer órgão do Poder Legislativo pode, de fato, passar a oferecer serviços bibliotecários à comunidade em geral. A forma aconselhável, entretanto, seria através de um órgão próprio, criado com essa finalidade, que é diferente da finalidade da biblioteca legislativa. Inclusive, a finalidade teria que ser melhor explicitada, de vez que dizer apenas que a biblioteca será aberta ao público pouco ajuda em termos de definição dos objetivos de uma biblioteca.

Essa recomendação é feita com base em princípios da biblioteconomia e ciência da informação, referendados pela prática. Tanto o novo órgão quanto a biblioteca poderiam estar até numa mesma estrutura, por exemplo, subordinados a um mesmo diretor ou departamento. Mas, repetindo, os objetivos do novo órgão serão diferentes dos objetivos da biblioteca e, principalmente por isso, diferentes serão também suas coleções, seus serviços, seus recursos humanos.

## BIBLIOGRAFIA

- BERRY, Paul L. National Libraries in General and in the United States. In: *National Libraries*. Edited by Maurice B. Line & Joyce Line. Londres, Astlib, 1979, pp. 185-194.
- BUDD, John & DICARLO, Mike. Measures of User Evaluation at Two Academic Libraries: Prolegomena. *Library Research*, 4(1):71-84, Spring 1982.
- COLE, John Y. For Congress & The Nation; the dual nature of the Library of Congress. *Quarterly Journal of the Library of Congress*, 1972, pp. 119-38.
- PERSON, Ruth. *Middle managers in academic and public libraries: managerial role concepts*. Ann Arbor, MI: University Microfilms International, 1980. (Tese de doutorado).
- SISSON, Richard & Snowiss, Leo. O poder legislativo no contexto da modernização: In: Conferência Internacional sobre Desenvolvimento do Poder Legislativo, 2., Albany (N.Y.), 1975. *O Poder Legislativo na sociedade contemporânea*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1977, pp. 29-44.

# Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina. Protección de los Acreedores

Dr. DANIEL E. MOEREMANS  
(LLM Münster/Alemanha Federal)

## SUMARIO

### *A. Recepción de la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina.*

#### *1. Introducción.*

#### *II. Las sociedades unipersonales en la doctrina argentina.*

#### *III. Fundamento de la responsabilidad limitada.*

##### *1. Introducción.*

##### *2. Requisitos.*

#### *IV. La sociedad unipersonal en la legislación societaria.*

#### *V. Proyecto de unificación: Posibilidad de constitución de sociedades unipersonales.*

### *B. Protección de los acreedores.*

#### *I. Introducción.*

#### *II. Capital mínimo.*

#### *III. Suscripción e integración del capital.*

#### *IV. Conservación del capital social.*

#### *V. Responsabilidad del Gerente. Posibilidad de autocontratación.*

#### *VI. Responsabilidad por control, penetración de la personalidad jurídica.*

##### *1. Responsabilidad derivada del art. 54 de la Ley de Sociedades: Inoponibilidad de la persona jurídica.*

##### *2. Extensión de la quiebra (art. 165 de la Ley de Concursos).*

#### *VII. Obligaciones contables de la sociedad controlada.*

### *C. Conclusiones.*

## A. *Recepción de la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina.*

### I. *Introducción*

El 15 de Julio de 1987 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó el Proyecto de Legislación Civil y Comercial de la Nación, que unifica las obligaciones civiles y comerciales (1). Para realizar la misma, el Proyecto procede a derogar el Código de Comercio (art. 3), creando un cuerpo legislativo único en seno del Código Civil, criterio acertado, pues el derecho civil constituye el derecho general que atiende a todas las relaciones jurídicas. Ello se compatibilizaría, por otro lado, con la "civilización" del derecho mercantil (2).

En el Campo Societario el Proyecto introduce importantes reformas, a pesar de la aparente voluntad en contrario de los redactores, ya que la unificación del régimen societario impone introducir la "menor cantidad posible de cambios en la vigente en la ley 19.550. De allí que las modificaciones que se le hacen sean sólo las necesarias para asegurar su armoniosa integración con las disposiciones que ahora se incorporan a C.C. (3). Esta manifestación se ve contradicha por las modificaciones introducidas en el régimen del contrato de sociedad, regulado en el código civil, en la modificación de normas que inciden en el campo societario y principalmente en los artículos de la Ley de Sociedades que fueron derogados o modificados (4).

Entre las modificaciones se destaca la intención de convertir a la sociedad simple en categoría residual de las sociedades comerciales (5).

(1) Véase Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Proyecto de Separata del Código Civil, Ed. Zavalla, Buenos Aires, 1988. Sobre la conveniencia de la unificación véase Cámara, Derecho Societario, Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Buenos Aires, 1985, pp. 42 y ss.

(2) Cámara, ob. cit., p. 66. Algunos autores prefieren hablar de un proceso contrario, es decir de la comercialización del derecho civil. Véase al respecto Cámara, ob. cit., pp. 41 y ss.; Palmero, La Persona Jurídica en el Proyecto de Unificación, RDCO 1987, p. 818. El método utilizado por el Proyecto tiene sin embargo deficiencias remarcables. Véase al respecto Cámara. El Método de la Reforma de la Legislación Civil y Comercial, RDCO 1987, pp. 739 y ss.

(3) Véase al respecto Notas Explicativas, Proyecto de Ley de Unificación Civil y Comercial de la Nación, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 52; Suarez Anzorena, Veiga y otros: El Proyecto de Unificación y el Universo Societario, en: Revista "La Ley" de los días 27/11/87, y 30/11/87; Richard, Sociedad y contratos asociados, Buenos Aires, 1987.

(4) Según el art. 1 del Anexo I se derogan los arts. 17, 25, 26, 361 al 366 y 384 de la Ley de Sociedades Comerciales y se modifican los arts. 1, 5, 6, 21 al 24, 30, 34, 35, 61, 74, 75, 77, 94, 146, 165, 367 y 377. Véase Anexo I, A-85 de la Reforma a la Legislación Complementaria en: Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Ed. Zavalla, Buenos Aires, 1988.

(5) Al respecto véase Manóvil, las simples "sociedades" y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria, Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires III, Buenos Aires, 1988, pp. 11 y ss.; Suarez Anzorena, Veiga y otros, ob. cit.

Esta sociedad sería persona jurídica o no, según los casos, no requiere ser registrada ni llevar contabilidad o producir estados contables. Estas deficiencias, entre otras, hicieron despertar arduas críticas en la doctrina nacional <sup>(6)</sup>.

Un segundo aspecto controvertido se presenta con relación a las SRL y SA unipersonales. La recepción de estos tipos societarios acompaña las nuevas tendencias en el derecho comparado. En Latinoamérica las sociedades unipersonales no habían encontrado mayor cabida en los derechos positivos, a pesar de su amplia repercusión en la doctrina <sup>(7)</sup>. Existían en las legislaciones americanas varias posturas <sup>(8)</sup>: algunos países (Colombia, Uruguay, México) negaban terminantemente la posibilidad inicial o derivada de la existencia de tal sociedad. En caso de que una sociedad se convirtiera en unipersonal por cualquier motivo (muerte de los restantes socios, receso de los mismos, etc.), la misma se disolvía *ipso iure*, sin ninguna posibilidad de rehabilitación o recomposición de la pluralidad. Otros países (como por ej. Venezuela) prohibían la constitución de sociedades unipersonales. Sin embargo en caso de unipersonalidad sobreviniente conserva la sociedad tanto el carácter de persona jurídica cuanto la limitación de responsabilidad limitada del socio único. Otros países (como por ej. Argentina) adoptaron un sistema intermedio no exigiendo la disolución de la sociedad durante un plazo determinado, pero haciendo ilimitadamente responsable al socio único durante ese período. Finalmente había países cuyas legislaciones habían recibido expresamente la posibilidad de limitar la responsabilidad del empresario individual. Tales son los casos de Costa Rica, cuyo código de comercio de 1961 en los arts. 521 a 528 legisla el instituto <sup>(9)</sup>.

En 1966 Panamá acoge la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada <sup>(10)</sup>. En 1976 Perú legisla sobre la Sociedad de Responsabili-

(6) Basta ver Manóvil, ob. cit., pp. 11 y ss.; Suarez Anzorena/Veiga y otros, ob. cit.

(7) Véase Maisch vn Humboldt, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Proyecto de Ley Tipo para América Latina, Lima, 1970; Stratta, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, 1961, pp. 33 y ss.; Rotondi, Zur Haftungsbeschränkung des Einzelkaufmanns, ZHR, Band 131 (1968), p. 336; Sola Cafizares, necesidad de la revisión del Estatuto de las Empresas Modernas, LL T., 46, Buenos Aires 1947, pp. 906 y ss.

(8) Palmero, Empresas Multinacionales en: RDCO 1976, pp. 392-394.

(9) Estos artículos regulan a la Empresa como entidad que tiene su propia autonomía como persona jurídica independiente y separada de la persona física que llegue a ser dueño de ella. También se legisla sobre la fundación de la empresa, la limitación de la responsabilidad al patrimonio de la empresa, su transmisibilidad, liquidación y quiebra. En 1964 (a través de la Ley 3.284, arts. 9 al 16) se trasladó la ubicación de las normas sobre la empresa individual, separándolas de las sociedades y colocándolas en la parte relativa a la persona del comerciante. Estas disposiciones sufren por la Ley 4.327 del 17/2/89 una nueva reforma.

(10) Esta empresa debe contar con un capital mínimo de 1000 balboas. Debe constituirse por escritura pública con inscripción en el registro mercantil. Establece el derecho de oposición de los acreedores personales y la caducidad de la inscripción. También regla la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de la empresa y la liquidación de la misma.

dad Limitada Unipersonal, limitada empero a la Pequeña Empresa<sup>(11)</sup>. En Brasil<sup>(12)</sup> la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 251 a 255) de 1976 permite la constitución de sociedades totalmente controladas (Wholly-Owned Subsidiarity) mas no la constitución de sociedades unipersonales que tienen como socio único a una persona física; el socio único debe ser una sociedad. Este tipo de sociedad puede constituirse mediante dos procedimientos: por acto público ante notario o por absorción en el capital de una compañía de la totalidad de las acciones de una sociedad pre-existente. Cabe acotar que la sociedad controlante debe ser brasileña, entendiéndose por tal a la constituida y domiciliada en Brasil. Por último en Paraguay se permite en 1983, según Ley 1034 (Ley del Comerciante), la creación de empresas unipersonales de responsabilidad limitada<sup>(13)</sup>.

## II. *Las sociedades unipersonales en la doctrina argentina*

El tema de las sociedades unipersonales ha despertado una amplia controversia en la doctrina nacional<sup>(14)</sup>. Los opositores de esta forma societaria se basan en argumentos nétamente teóricos y otros que hacen al funcionamiento y a los abusos a que pueden dar lugar este tipo societario<sup>(15)</sup>. Desde el punto de vista teórico, se sostiene que la sociedad unipersonal es una contradicción en adiecto, ya que al ser la sociedad un contrato, se requieren por lo menos dos personas para su conclusión. También se argumentó con la teoría del patrimonio, según la cual toda persona (física o jurídica) tiene un patrimonio (pero sólo uno) y todo patrimonio tiene sólo un titular. En el caso de las sociedades unipersonales la sociedad no es el resultado de un contrato y por hipótesis una única

---

(11) La ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada se encuentra reglada por el D.L. 21.621, del 14 de Septiembre de 1976. El art. 1 establece que "La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de pequeña empresa al amparo del D.L. 21.435. Qué se entiende por pequeña empresa, es lo que establece el D.L. 23.189, del 19 de Julio de 1920, art. 3. Al respecto puede verse Montoya Manfredi, Derecho Comercial T. I., Lima-Perú 1982.

(12) Véase Comparado, *Industrialisierung und Recht in Brasilien*, Frankfurt a/M 1981, p. 101; el mismo, *Evolución de los grupos de sociedades en el derecho brasileño desde la promulgación de la ley de sociedades por acciones de 1966*, RDCO 1983, p. 225.

(13) Véase Etcheverry, *La Ley del Comerciante de Paraguay*, E.D. t. 113, pp. 834 y ss.

(14) Sola Cañizares, ob. cit. pp. 906 y ss.; Un análisis detallado sobre los distintos trabajos monográficos puede verse en Rotondi, ob. cit. pp. 336 y ss., y en Stratta, ob. cit. pp. 39 y ss.

(15) Basta ver en este sentido Orgaz, *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires 1948, pp. 303 y ss.

persona es titular de dos patrimonios<sup>(16)</sup>. También se sostuvo<sup>(17)</sup> que la personalidad jurídica sólo es reconocida por el ordenamiento jurídico al hombre en su accionar individual o colectivo. La imputación diferenciada de que gozan las sociedades estaría causada sólo por la actuación colectiva. Es por ello que la sociedad de un solo socio sería un negocio jurídico sin causa, o sea, un negocio jurídico nulo o imposible<sup>(18)</sup>.

Desde el punto de vista de los problemas que acarrearía el funcionamiento de las sociedades unipersonales, se sostuvo que éstas no son deseables porque tienden a socializar las pérdidas, mientras sus titulares gozan plenamente de las ganancias.

“En un análisis económico, quien en definitiva soportará el riesgo es el consumidor, ya que el acreedor incrementará su cálculo de costos por el mayor riesgo que importa la limitación de responsabilidad del deudor; sin que ese consumidor participe en proporción en el éxito de ese empresario de responsabilidad limitada (salvo que se sostenga que lo hace a través de la prosperidad general)”<sup>(19)</sup>.

Los acreedores más débiles se encuentran igualmente en situación de riesgo. Ellos tendrán que soportar exclusivamente el colapso económico de la empresa. Los grandes acreedores requerirán las garantías necesarias al empresario individual a los efectos de asegurar sus créditos<sup>(20)</sup>.

En cuanto a tema de los abusos, las sociedades unipersonales serían un recurso técnico que puede ser fácilmente utilizado para defraudar a los

---

(16) Véase Orgaz, ob. cit., p. 308; Dobson, *El Abuso de la Personalidad Jurídica en el derecho privado*, Buenos Aires, 1985, pp. 500 y ss; Le Pera, *cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Buenos Aires, 1974, p. 95; el mismo, *Joint Venture y Sociedad*, Apéndice: Principio y Dogma en la Ley de Sociedades Comerciales, Buenos Aires, 1984, pp. 249 y ss.

(17) Colombres, *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 35.

(18) Respecto del tema sociedad unipersonal y personalidad jurídica pueden verse el análisis de Fezer, *Die Einmanngründung der GmbH*, JZ 1981, pp. 609 y ss. También Rotondi, ob. cit., p. 359. Este autor comenta que existe en la doctrina diversas opiniones sobre la cuestión. Para algunos la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal sería un patrimonio de afectación. Otros sostienen que la sociedad sería en realidad una universalidad jurídica. Por último, un tercer grupo le asigna el carácter de persona jurídica. Para el autor mencionado la discusión no tiene mayor sentido porque lo que se debe hacer notar es simplemente la absoluta independencia del patrimonio de la sociedad, con relación al patrimonio del socio, lo que ocurre ya en el caso de las sociedades anónimas.

(19) Halperín, *Curso de Derecho Comercial*, Vol. I, Buenos Aires, 1975, p. 112.

(20) Halperín, ob. cit. p. 112; en igual sentido Bisbal i Méndez, *La Sociedad Anónima Unipersonal en: La Reforma de la Ley de S.A.*, Madrid, 1987, pp. 71 y ss.



acreedores, incrementando con ello además los litigios, ya que en caso de desastre económico, los acreedores buscarán perseguir el patrimonio exento, acreditando el fraude del empresario u otras violaciones del régimen legal. Por último, desde el punto de vista moral, este instituto quebraría el principio fundamental de la responsabilidad plena del sujeto por sus actos, introduciéndose otro elemento mas que actuaría en gran detrimento de la honestidad y del respeto por los intereses ajenos (21).

Los argumentos teóricos en contra del reconocimiento de las sociedades unipersonales fueron rebatidos de diferentes maneras: que la sociedad unipersonal no sea un contrato no significa que la figura no pueda ser subsumida en otro género o como otra categoría independiente (22). En cuanto a la teoría del patrimonio se sostuvo que tratándose de sociedades unipersonales no estaríamos enfrentados con una persona con dos patrimonios sino con dos personas distintas (el socio único y la sociedad), por

---

(21) Halperín, ob. cit., p. 112; en sentido concordante Castro y Bravo (La Persona Jurídica, 2da. Edición, Madrid, 1984, p. 38) quien sostiene que desde el punto de vista de la justicia sería inadmisibles que se consienta la irresponsabilidad *ad libitum*, de quien por profesión arriesga bienes ajenos, que se pudiera así arruinar a los demás por actos imprudentes y dolosos y sin peligro de la propia ruina. El sistema de la falsa S.A. (con pluralidad de socios en el papel) tendría, según este autor, por lo menos el pudor de ocultarse mediante la simulación; la Empresa individual de responsabilidad limitada vendría descaradamente a legalizar el fraude.

(22) Le Pera, Sociedades Unipersonales y Subsidiarias totalmente controladas, RDCO 1972, p. 15; el mismo, Principio y dogma..., ob. cit., pp. 249 y ss.; el mismo, Estatuto del Comerciante, RDCO 1987, p. 803. Allí Le Pera sostiene que si tomamos la palabra "sociedad" en sentido originario, es claro que la sociedad de un socio es impensable. Sin embargo se trataría de un problema nominal. En una futura reforma, continúa el autor, sería posible sustituir el nombre "sociedad" por el de "empresa", lo que además de solucionar el problema permitiría insinuar algunos otros desarrollos interesantes. En cuanto al acto generador de una sociedad unipersonal, él sostiene que se trata de una declaración unilateral de voluntad. En sentido coincidente la ley peruana mencionada supra. En Alemania la sociedad unipersonal es considerada por algunos autores como un contrato particular: el contendría no sólo una declaración de voluntad acerca de la creación de una sociedad, sino también el estatuto de la sociedad. La creación de la sociedad surgiría de un negocio jurídico unilateral. La declaración de voluntad tendería a la creación de la sociedad como persona jurídica. Esta declaración de voluntad podría ser definida como un negocio jurídico de Organización. Véase al respecto Fezer, Die Einmanngründung der GmbH, JZ 1981, p. 613; véase también el Decreto N. 248 del 25 de Agosto de 1986 de Portugal (Rivista della Società, Milano 1986, pp. 848 y ss.), que fiel a la naturaleza contractual de la sociedad regula el instituto bajo el nombre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Sobre esta última ley también puede verse Manóvil, Establecimiento individual de Responsabilidad limitada (Breve Glosa de un aventurado paso legislativo en Portugal), Revista La Ley del 5 de Junio de 1987, p. 3.

lo que en definitiva no se violentaría ningún principio<sup>(23)</sup>. En cuanto a las dificultades derivadas del funcionamiento de las sociedades unipersonales se argumentó que la problemática en definitiva se vincula estrechamente con el de las sociedades subsidiarias totalmente controladas, sin que nadie haya afirmado la necesidad de prohibición de las mismas. Este último fenómeno se presenta porque al no establecer la ley un mínimo de participación en el capital social, se constituyen sociedades en las cuales otra sociedad (sociedad madre) posee el 99% del capital y el resto de los accionistas el 1%<sup>(24)</sup>. Se afirmó incluso que el propio Estado Nacional y sus Empresas cotidianamente negocian, autorizan, contratan o registran sociedades que declaradamente no son la unión de dos o más personas sino subsidiarias totalmente controladas<sup>(25)</sup>.

La prohibición de este tipo societario implicaría un divorcio entre la normatividad y la normalidad o entre la norma y la praxis. Las sociedades

---

(23) Este argumento fue combativo por Orgaz, ob. cit., p. 309. El sostiene que si bien los juristas modernos han afirmado la posibilidad de que una persona tenga más de un patrimonio, ninguno de esos juristas pretendió nunca que la posibilidad de dividir el patrimonio pueda dejarse librada a la exclusiva voluntad de los particulares. Castro y Bravo (ob. cit., p. 37), criticando la posibilidad de que la empresa individual tenga un patrimonio independiente, afirma que para que haya patrimonio separado se requeriría: a) un destino especial de los bienes, causa jurídica de la separación, b) creación de una titularidad especial, cuyas facultades están a servicio del especial fin del patrimonio, c) mantenimiento formal de la separación. De estos requisitos carecería la Empresa individual de responsabilidad limitada. Sería un absurdo hablar de dos patrimonios o de dos personalidades, una física y otra jurídica, sin más ratio que la conveniencia del mismo interesado, con titularidades de igual carácter e ilimitadas (arbitrio individual) y sin más posibilidad práctica de regular el paso de bienes de un patrimonio a otro. Los resultados que se obtendrían, según este autor, pudieran ser curiosos: préstamos, letras de cambio, hipotecas, pleitos, transacciones y quizá hasta hurtos entre ambos patrimonios. Nosotros consideramos que aún siguiendo la teoría de Castro y Bravo sobre los requisitos para que exista un patrimonio separado, los mismos se encontrarían presentes en la SRL unipersonales. La negación de tal circunstancia no pasa de ser una petición de principios.

(24) Esta es la situación normal en nuestro país con relación a las sociedades hijas de empresas multinacionales: Así en el caso Parke Davis (C.S.J.N. 31/7/73) se comprobó que la sociedad madre era titular del 99,95% del capital social. En el caso Mellor Goodwin (C.S.J.N. 18/10/73) la sociedad madre poseía el 99% del capital. En el famoso caso Swift, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (Sala C, fallo del 6/6/72) expresó que Deltec era propietaria del 99% del paquete accionario de Cia. Swift de la Plata S.A. En re Ford Motor S.A. (C.S.J.N. 2/5/74) se manifestó que en acto de constitución de la sociedad se suscribieron 2.000.000 de acclo/nes, de las cuales sólo 900 lo fueron por varias personas físicas, siendo las restantes por Ford Motor Co., al igual que las sucesivas emisiones. Véase Dobson, ob. cit., pp. 502 y ss.

(25) Le Pera, Pclo. y Dogma..., ob. cit., pp. 249 y ss.; Según Satanowsky (Tratado de Derecho Comercial T. III, Buenos Aires, 1957, p. 311) en tal supuesto estaríamos en presencia de un acto fiduciario, modalidad del negocio jurídico indirecto. Tal actuación, que buscaría limitar la responsabilidad no sería inválida. Esta posición sin embargo no encontró eco en la doctrina nacional. Críticas al respecto puede verse en Colombes, ob. cit., p. 32.

unipersonales serían un hecho cotidiano, la forma normal que emplea todo comerciante o industrial para el ejercicio de su actividad empresarial individual, y además una figura corriente en el capítulo de las agrupaciones de empresas<sup>(26)</sup>. La prohibición de las sociedades unipersonales fundada en el temor de los abusos a que puede dar lugar, peca, según Le Pera<sup>(27)</sup>, por exceso y por defecto. Por exceso porque la prohibición afectaría a situaciones que según las pautas sociales no merecen reproche alguno. Por ej. la del empresario individual que organiza su actividad a través de una SRL aportando a la misma un capital quizás superior al capital aportado por los fundadores de una S.A.<sup>(28)</sup>, o la de los grupos de sociedades (Wholly-Owned Subsidiaries) que se organizan de esta manera por diversas razones: ventajas impositivas u organizativas o simplemente históricas, cuando por ej. la sociedad dependiente era una sociedad independiente antes de su adquisición por el grupo. Por otro lado pecaría por defecto, porque el mismo problema funcional se presenta incluso en el caso de las sociedades simplemente controladas (pero no Wholly-Owned). Los argumentos esgrimidos en contra del reconocimiento de las sociedades unipersonales por las dificultades que acarrea desde el punto de vista práctico (la socialización de los riesgos y la falta de responsabilidad por los actos propios), son temas que se refieren en definitiva al fundamento de la responsabilidad limitada, tema que analizaremos a continuación.

### III. Fundamento de la responsabilidad limitada

#### 1. Introducción

El fundamento de la responsabilidad limitada ha despertado controversias en la doctrina desde su aparición en el mundo jurídico. La responsabilidad limitada no pertenece, tal como lo hemos manifestado<sup>(29)</sup> necesariamente al concepto "persona jurídica". En nuestro país se puede apreciar más claramente este fenómeno ya que las sociedades regladas en la Ley 19.550 son personas jurídicas; sin embargo sólo algunas de ellas gozan

(26) Este argumento fue contestado por Halperín (ob. cit., p. 112), en el sentido de que la violación de la ley no es un argumento de valor ni serio: con el mismo criterio, según este autor, debiera legislarse el tráfico de drogas, el contrabando, etc. en razón de su difusión. No se habría demostrado que las violaciones a la ley sean merecedoras de una regulación jurídica que tutele ese interés. Esta crítica no parece, sin embargo, exagerada, pues el derecho no puede desconocer un fenómeno económico que no es ilegítimo ni ilícito per se.

(27) Le Pera, *Sociedades Unipersonales...*, p. 12.

(28) Véase igualmente Rotondi, ob. cit., pp. 336 y ss.

(29) Moeremans, *Die Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften, Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschen un argentinischem Recht*, Diss. Münster 1989, p. 18; el mismo *Extensión de la responsabilidad de los socios en la sociedades de capital en virtud del "disregard of the legal entity"*, RDCO 1989, pp. 713 y ss.; Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* Bd. 1, München 1980, p. 202; Dobson, ob. cit., p. 63.

del privilegio de la responsabilidad limitada. Una mirada histórica en la Sociedad Anónima demuestra que la responsabilidad limitada es resultado de una joven positivización<sup>(30)</sup>.

La recepción tardía de la responsabilidad limitada fue ocasionada por el liberalismo del siglo XIX. La responsabilidad ilimitada era la otra cara de la libertad. Quien quería formar una sociedad debía correr con el riesgo<sup>(31)</sup>. Esta regla encuentra su correspondiente en el campo de la administración de la sociedad. En las sociedades de personas, responden normalmente quienes son llamados a administrar la sociedad y quienes tienen la representación de la misma: El socio comanditario no responde, según el derecho argentino mientras no realice actos de administración (art. 137 de la Ley de Sociedades). En las sociedades de capital, los socios no son llamados ni a administrar la sociedad ni a representarla; a ello sólo están legitimados los órganos sociales. La falta de responsabilidad es un correlato de la imposibilidad de influenciar en las actividades de la empresa<sup>(32)</sup>. A través de la responsabilidad ilimitada debía también impedirse la concentración del capital como fuente de poder.

La responsabilidad limitada no era entonces querida, ella perjudicaba la libre competencia, llevaba a la creación de monopolios, conculcaba el derecho de libertad y dañaba el bienestar general<sup>(33)</sup>. A esas argumentaciones contrarias a la recepción de la responsabilidad limitada se confrontaron empero dos elementos que hicieron que la responsabilidad limitada haya sido introducida y recibida en la legislación. Primero — razón externa — el riesgo excesivo, riesgo que sin la posibilidad de limitar la responsabilidad no hubiera sido suportado<sup>(34)</sup>. El empresario puede quizá influir en la dirección de la empresa, pero ello no significa que él esté en la situación de dominar los riesgos propios que trae aparejada la actividad de aquélla, y segundo — razón interna — la poca posibilidad que tenían los accionistas de influenciar sobre las decisiones sociales<sup>(35)</sup>.

## 2. *Requisitos*

La Responsabilidad Limitada es entonces un privilegio que el ordenamiento jurídico establece a favor de determinadas personas (socios con

---

(30) GroBfeld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenkonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen 1968, pp. 103 y ss.

(31) Limbach, *Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit*, GmbH-Rdsch 1967, pp. 71 y ss.

(32) Biaurock, *Einfluß im Unternehmen und die gesellschaftliche Haftungsstruktur*, FS Stimpel 1985, pp. 553 y ss.

(33) Halperín, ob. cit., p. 112; GroBfeld, ob. cit., p. 107; Karsten Schmidt, *Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaft*, Bonn 1972, pp. 108-110.

(34) Conf. Garrigues, ob. cit. p. 693.

(35) GroBfeld, ob. cit., p. 107.

responsabilidad limitada), a los efectos de que ellos pueden visualizar, calcular y limitar el riesgo de su inversión<sup>(36)</sup>. Tal privilegio se otorga ya sea por la falta de ingerencia en la administración de la empresa, ya sea en razón de la imposibilidad de dominar todos los riesgos que trae aparejada la actividad societaria. Con ello el legislador pretende fomentar actividades de intercambio y/o producción de bienes y servicios<sup>(37)</sup>. Ahora bien, la desventaja de la responsabilidad limitada radica en la ya mentada posibilidad de socialización de los riesgos, riesgos que son suportados por los consumidores, acreedores pequeños y a veces también por los accionistas minoritarios. Es por ello que los derechos positivos exigen normalmente, para que determinados sujetos gocen de la limitación de responsabilidad, los siguientes requisitos: a) reglas severas relacionadas con la integración del capital (obligación de integración mínima, valuación de aportes no dinerarios, etc.); b) reglas destinadas a la conservación del capital (por ej. prohibición de distribuir dividendos no devengados); c) prohibición de subcapitalización<sup>(38)</sup> (la sociedad debe estar dotada con el capital necesario para cumplir con el objeto social, es decir, debe haber una razonable relación entre el capital social y el fin económico de la sociedad)<sup>(39)</sup>; d) la obligación de solicitar la apertura del concurso en caso de insolvencia. Por último cabe acotar que la limitación de responsabilidad también serviría para sanear empresas que se encuentren en crisis y localizar la empresa insolvente en el contexto de una agrupación de empresa<sup>(40)</sup>.

---

(36) Blaurock, ob. cit. p. 553. En contra Richard, ob. cit. pp. 47-51 para quien la responsabilidad limitada constituye un privilegio para los acreedores de los socios. El sostiene que el bien jurídico tutelado con la separación patrimonial no es la limitación de responsabilidad del propietario de la empresa, sino "los intereses de quienes se vinculan con el mismo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota" (p. 49). Según nuestra opinión este autor confunde el fundamento con la legitimación de la responsabilidad limitada. En efecto, que los acreedores sociales puedan cobrar sus créditos con preferencia a los acreedores particulares del socio no es un privilegio sino el reverso del privilegio otorgado por la ley a quienes gozan de la responsabilidad limitada, es decir del hecho de que aquéllos acreedores no podrán accionar contra el patrimonio privado del socio.

(37) Véase Fezer, nota 16 quien sostiene que la necesidad económica de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada como una forma de organización empresarial se vé probada por la amplia difusión de la misma; véase también Dobson, ob. cit., pp. 63-64. Wiedemann (Gesellschaftsrecht Bd. I München 1980, p. 727) sostiene que la responsabilidad limitada permite la participación en el mercado de pequeñas y medianas empresas. Esta afirmación ha sido criticada por Roth (Zur "economic analysis" der beschränkten Haftung, ZGR 1986, pp. 371 y ss) quien sostiene que principalmente son las grandes empresas quienes disfrutan de este privilegio.

(38) Karsten Schmidt, ob. cit., p. 398.

(39) Blaurock, ob. cit., p. 553.

(40) Wiedemann, ob. cit., p. 727.

#### IV. La Sociedad Unipersonal en la Legislación societaria

El Código de Comercio, vigente en materia societaria hasta la sanción en 1972 de la Ley 19.550, definía a la sociedad en el art. 282, como un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pudiera resultar. Es decir, se requería para que se constituyera una sociedad la presencia de dos o más personas. La pluralidad se debía mantener durante toda la existencia de la misma (41).

Con posterioridad a la sanción del Código de Comercio fueron presentados sin éxito diversos proyectos legislativos tendientes a la recepción de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal. Ejemplos son el del Senador Guzman en 1929 (42), en oportunidad de discutirse la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada de 1932 (Ley 11.645); el del Diputado Oscar Rosito presentado en 1940 bajo el título de "Empresa Unipersonal con responsabilidad limitada" (43). En el año 1949 el Senador Gomez de Junco presentó otro proyecto denominado "Responsabilidad Limitada Personal", el cual sólo logró media sanción (44).

La Ley de Sociedades 19.550, de 1972, no aceptó la posibilidad de constitución de sociedades unipersonales. Según el art. 1:

"Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción de bienes y servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas."

La ley rechaza también la posibilidad, tal como lo apuntamos, que la sociedad devenga unipersonal, conforme surge del art. 94, inc. 8. Sin embargo cuando ello ocurre la sociedad no se disuelve *ipso iure* sino que debe el socio único en el plazo de 3 meses reconstituir la pluralidad, es decir, incorporar nuevos socios. Caso contrario la sociedad se disuelve. Durante el plazo en que la sociedad es unipersonal responde el socio único solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales (art. 98, inc. 4 2da. parte).

---

(41) Véase Alconada Aramburú, Código de Comercio y Leyes complementarias anotadas, Buenos Aires, 1968, p. 193.

(42) El art. 9 propuesto por el Senador Guzmán establecía que "las empresas o entidades formadas por una sola persona podrán constituirse igualmente con capitales limitados, sujetándose en todas sus partes a las prescripciones de la presente ley". Véase Rotondi, ob. cit. p. 336.

(43) Véase Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación del 11 de Septiembre de 1940, p. 2.801.

(44) El Texto del Proyecto puede verse en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 7 de Julio de 1949.

## V. Proyecto de Unificación: Posibilidad de constitución de sociedades unipersonales

El sector de la doctrina nacional que bregaba por el reconocimiento de las sociedades unipersonales logra imponerse finalmente en el Proyecto de Unificación. El art. 1 de la ley de sociedades es reformado, redefiniéndose a la sociedad de la siguiente manera:

“Habrá sociedad a los fines de esta ley cuando *una o más personas*, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en su capítulo 2, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.”

Agrega la segunda parte que las disposiciones de esta ley sólo se aplican a los tipos legislados en su capítulo 2, es decir, a las sociedades colectivas, comandita simples, capital e industria, SRL, SA, SCA. En una primera lectura pareciera que todas las sociedades comerciales pueden constituirse con un sólo socio. Pero el nuevo art. 94 al hablar de las causales de disolución, en su número 8 establece que la sociedad se disuelve por la reducción, a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el plazo de tres meses. Durante este período el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas, aclarando que lo dispuesto precedentemente no será aplicable cuando el socio único lo sea de una sociedad anónima o SRL, esto último en concordancia con los arts. 146 y 165 del Proyecto.

El art. 146 establece que la SRL puede ser constituida por un único socio, si éste es una persona física. Tratándose de S.A. el art. 165 establece en cambio que aquella puede ser constituida por acto único o por un solo socio, sea éste persona física o jurídica. Es decir, si bien acepta la constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, el socio único debe ser necesariamente una persona física. De este modo colmaría la reforma las legítimas expectativas del pequeño empresario<sup>(45)</sup>. Fuera de los mencionados artículos no se hace en el proyecto de unificación mención alguna a estos tipos de sociedades. La sociedad unipersonal, en los tipos permitidos, es sujeto de derecho (art. 2). La ley no establece un límite a la posibilidad de multiplicar los centros de imputación diferenciados, de manera tal que una sola persona física puede constituir múltiples personas jurídicas.

La recepción de las sociedades unipersonales ha sido aprobada en general por vastos sectores doctrinales<sup>(46)</sup>. Sin embargo ha sido criticada

(45) Salerno, *La Empresa ante un Proyecto de Unificar la legislación civil y comercial*, LL 1987-E, S. 1079 y ss.

(46) Suarez Anzorena/Veiga y Otros, obs. cit.; Salerno, ob. cit. pp. 1079 y ss; Richard, p. 46.

la forma en que esta incorporación se llevó a cabo, ya que la unipersonalidad propuesta por las solitarias normas mencionadas, no encuadra dentro de la actual regulación societaria, que descansa en la pluralidad ni se integra con otras previsiones específicas<sup>(47)</sup>. Ejemplo de ello se pueden encontrar con relación a la formación de la voluntad social; interés contrario del socio único, y la falta de limitación de las distintas masas de bienes que componen el patrimonio de una persona, para establecer el mecanismo de la responsabilidad patrimonial, según el carácter de las deudas contraídas y sus correspondientes garantías<sup>(48)</sup>, punto sobre nos detendremos infra. También existe una laguna para el caso de que la sociedad unipersonal no llegue a constituirse por vicio de forma o anomalías en un elemento tipificante, ya que en tal supuesto no se constituiría una sociedad simple, pues para que ésta exista se requieren dos o más personas (art. 1652 del Proyecto)<sup>(49)</sup>.

## B. *Protección de los acreedores*

### I. *Introducción*

El tema de la protección de los acreedores o del capital social es de suma importancia en el caso de sociedades unipersonales. Esta estructura societaria puede dar lugar a que la separación patrimonial no se preserve o que se cometan abusos, o tentativas de fraude a los acreedores en grado más intenso que en las sociedades plurilaterales, pues los controles internos de toda organización societaria plural aquí no funcionan, o no funcionan con la misma facilidad<sup>(50)</sup>. Debido a esta razón es que en el derecho comparado la legislación ha intensificado los mecanismos de defensa.

“Las dudas que este tipo societario despierta desde el punto de vista político-jurídico no pueden quedar sin influencias: Se deben contar con controles adecuados a fin de asegurar el tráfico negocial y en particular garantizar adecuadamente los intereses de los acreedores.”<sup>(51)</sup>

En Argentina estos mecanismos deberán ser logrados, en caso de ser convertido en ley el proyecto, a través de los instrumentos ya existentes

(47) Suarez Anzorena/Veiga y Otros, obs. cit.

(48) Conf. Salerno, ob. cit., pp. 1079 ff.

(49) Manóvil, ob. cit. pp. 81-82; En contra Richard, op. cit. p. 170 nota 1 quien sostiene que en tal caso serían de aplicación las disposiciones de la sociedad simple, de tal forma que los bienes afectados por el socio único al giro social deben afectarse preferentemente a la satisfacción de los débitos de las operaciones de la Empresa. Por la razón expuesta en el texto nosotros consideramos que en tal caso no se constituye sociedad alguna, debiendo responder el socio ilimitadamente por las obligaciones que hubiera contraído.

(50) Schmidt Karsten, *Gesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/München 1986, p. 917.

(51) Schmidt Karsten, *Gesellschaftsrecht*, p. 917.



en la ley de sociedades. Cuáles son algunos de estos instrumentos es lo que estudiaremos a continuación.

## II. *Capital Mínimo*

Ni la Ley de Sociedades ni el Proyecto de Unificación exigen, tratándose de sociedades de Responsabilidad Limitada, un capital mínimo. Esta falencia la consideramos remarcable, pues, como dijimos supra, la existencia de un capital mínimo constituye uno de los requisitos legitimantes de la responsabilidad limitada. Es decir, no basta que el capital social sea reservado para satisfacer a los acreedores sociales, sino que se requiere *ab initio* la existencia de un capital que sea suficiente para llevar a cabo el objeto social. Recordemos que como han sostenido Hommelhoff y Lutter<sup>(52)</sup>:

“E stato infatti diagnosticato che la diffusa assenza di capitali proprio di rischio costituisce uno dei motivi principali della perdita da parte di molte imprese dell'indispensabili forza di resistenza e della conseguente loro rapida caduta nel disastro economico; da un punto de vista economico generale, poi, l'assenza di adeguati capitali rappresenta un serio pericolo per gli investimenti e per le innovazioni (orientate al futuro).”

No se nos escapa que es un arduo problema determinar qué capital debe ser aportado en general, pues ello depende, como dijimos del objeto social. Sin embargo, la exigencia de un capital mínimo fijado abstractamente significa un umbral o signo de seriedad por parte de los socios<sup>(53)</sup>.

## III. *Suscripción e Integración del capital*

En las SRL el capital debe suscribirse íntegramente en el momento de su constitución. En caso de consistir el aporte en dinero, debe integrarse como mínimo el 25% y completarse en un plazo de 2 años. Su cumplimiento se acredita al tiempo de ordenarse la inscripción en el registro de comercio. Tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal creemos conveniente exigir que la integración sea completa en el momento de la inscripción o que caso contrario el 75% restante sea garantizado suficientemente por el socio único, tal como acontece por ej. en la legislación alemana<sup>(54)</sup>.

(52) Hommelhoff y Lutter, *Il diritto delle imprese e delle Società nella Repubblica Federale Tedesca (1980-1984)*, Revista de la Società, Milano, 1986, p. 120.

(53) Basta ver en este sentido en la doctrina alemana Blaurock, ob. cit., pp. 553 y ss. Ver igualmente infra: conclusiones.

(54) § 7 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada con las modificaciones de 1980. En la ley del comerciante del Paraguay se dispone que el capital se debe integrar totalmente en el acto de la constitución de la empresa. Véase al respecto Etcheverry, ob. cit. p. 836.

Tratándose de aportes en especie deben integrarse completamente y su valor se justificará conforme al art. 51 de la Ley de Sociedades<sup>(55)</sup>. Si el socio opta por realizar valuación por peritaje judicial, cesa la responsabilidad por la valuación que le impone el art. 150<sup>(56)</sup>. Al respecto sería preferible, tratándose de sociedades unipersonales, que los aportes en especie sean o bien directamente valuados a través de un perito judicial o bien a través del procedimiento establecido en el art. 53 de la ley de sociedades (aprobada por la autoridad de contralor). Ello basado en el hecho de que la responsabilidad solidaria e ilimitada que la ley impone en caso de sobrevaluación puede tener mero efecto lícito, si el socio único es o deviene insolvente sin haber cumplido su obligación.

También se establece que en el caso de transferencia de cuotas, la garantía del cedente subsiste por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento de la inscripción de la cesión. El adquirente garantiza a su turno los aportes conforme se ha manifestado supra, sin distinción entre obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción<sup>(57)</sup>. El cedente que no haya completado la integración de las cuotas, está obligado solidariamente con el cesionario por las integraciones todavía debidas. La sociedad no puede demandar el pago sin previa interpelación al socio moroso. El pacto en contrario es ineficaz respecto de terceros (art. 150). Por último los arts. 37 a 53 establecen reglas generales sobre los aportes<sup>(58)</sup>.

---

(55) El art. 51 reza: "Los aportes en especie se valorarán en la forma prevenida en el contrato o, en su defecto, según los precios de plaza o por uno o más peritos que designará el juez de la inscripción. En las sociedades de R.L. y en comandita simple para el aporte de los socios comanditarios, se indicarán en el contrato los antecedentes justificativos de la valuación. En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de 5 años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó *judicialmente*".

(56) Este artículo establece que los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes. El mismo artículo establece que la sobrevaluación de los aportes en especie, al tiempo de la constitución o del aumento del capital, hará solidaria o ilimitadamente responsables a los socios frente a los terceros por el plazo del art. 51, último párrafo.

(57) Véase al respecto Shaw, *Reformas al Régimen de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, 1986, pp. 113 y ss.

(58) El art. 37 establece que el socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas incurre en mora por el mero vencimiento del plazo, y debe resarcir daños e intereses. El art. 39 establece que tratándose de sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada. Según el art. 40 se pueden aportar derechos siempre que se encuentren debidamente instrumentados y no sean litigiosos. Tratándose de cesión de créditos, el socio responde por la existencia y legitimidad de los mismos (art. 41). También se pueden aportar títulos cotizables (art. 42), bienes gravados pero sólo por su valor deducido el gravámen (art. 43), fondos de comercio (art. 44), en cuyo caso debe procederse a realizar inventario y avalúo y dar cumplimiento a las disposiciones de la ley de transferencia de fondo de comercio.

Estos dispositivos se aplican también en caso de aumento del capital social<sup>(59)</sup>.

#### IV. *Conservación del capital social*

Disposiciones tendientes a la protección del capital social y por lo tanto a los acreedores se encuentran en el art. 13 de la Ley de Sociedades Comerciales. Este artículo en su inc. 3 establece que es nula la cláusula por la cual se asegure al socio su capital o las ganancias eventuales. En cuanto a los dividendos el art. 68 de la ley establece que éstos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto aprobado por el órgano social competente, salvo el caso previsto en el art. 224, segundo párrafo (este caso se refiere a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que se encuentran sujetas a fiscalización estatal permanente). En caso de distribuirse ganancias en violación a este artículo, las mismas son repetibles, con excepción del supuesto previsto en el art. 225 (que hace mención a que no son repetibles los dividendos percibidos de buena fé). El art. 70 de la ley establece que las sociedades de responsabilidad limitada deben efectuar una reserva no menor del cinco por ciento de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio, hasta alcanzar el 20% del capital social. Por el art. 71 no se pueden distribuir ganancias hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores. Por último el art. 94, inc. 5, exige que la sociedad se disuelva cuando se ha perdido el capital social. Sin embargo tal disolución no se produce (art. 96) si los socios acuerdan el reintegro total o parcial del capital o su aumento.

#### V. *Responsabilidad del gerente. Posibilidad de autocontratación*<sup>(60)</sup>

La SRL es administrada y representada por uno o más gerentes que pueden ser socios o no (art. 157 de la ley de sociedades). El o los gerentes tienen los mismos derechos, obligaciones, responsabilidades e incompatibilidades que los directores de las S.A. (art. 157, tercer párrafo). El art. 264 de la ley de sociedades establece cuáles son las prohibiciones e incompatibilidades.

(59) Véase Garrine, Manual de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1978, pp. 243 y ss.

(60) Este tema si bien se refiere a las relaciones internas de la sociedad, tiene implicancia con la protección de los acreedores. Para demostrarlo basta mencionar el caso fallado por la jurisprudencia de Alto Tribunal Alemán (BGHZ 33, 189). El gerente-socio de una SRL unipersonal se transmitió un automóvil de la sociedad. Al caer la sociedad en concurso el síndico demandó la restitución del vehículo. El alto Tribunal hizo lugar a la demanda afirmando que se trataba de una autocontratación que violaba lo dispuesto en el § 181 BGB. El socio sólo podría autocontratar si en el contrato social se lo hubiese autorizado a ello pero no a raíz de una decisión asamblearia. Al respecto puede verse Kübler, Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1986, p. 313.

tibilidades para ser gerentes <sup>(61)</sup>. El cargo es personal e indelegable (art. 266) y deben prestar garantía (art. 256). Según el art. 273, el gerente no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59 <sup>(62)</sup>. Tratándose de una sociedad unipersonal hay que distinguir dos casos: el gerente es el mismo socio (caso que será el más frecuente) o puede tratarse de un tercero. En este último caso la autorización expresa de que habla la ley deberá ser otorgada por el socio, quien ejercerá las funciones de la asamblea. En el primer supuesto (el socio es al mismo tiempo gerente), la ley no prevé si debe abstenerse lisa y llanamente de actuar o si puede nombrar un gerente *ad hoc*. Según nuestro parecer, el socio único debe abstenerse. En efecto, sabemos que tratándose de sociedades de responsabilidad limitada plural la actividad de competencia de un socio lo hace posible de exclusión en los términos del art. 91 de la ley <sup>(63)</sup>, pero qué ocurre cuando se trata de una sociedad unipersonal. ¿Quién será el encargado de velar por el cumplimiento del deber de lealtad del socio único? Es por ello que nosotros consideramos como conveniente establecer en este caso una genérica prohibición de realizar actos que importen competir con la sociedad, debiendo en caso contrario responder por los daños y perjuicios resultantes ex art. 59 de la ley de sociedades.

En caso de mal desempeño de sus funciones responden los gerentes ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los socios y los terceros, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (art. 274 de la ley de sociedades). En una sociedad

---

(61) Art. 264: "No pueden ser directores ni gerentes: 1) quienes no pueden ejercer el comercio. 2) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez años después de su rehabilitación. 3) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fé pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez años de cumplida la condena. 4) Los funcionarios de la Administración Pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos años del cese de sus funciones".

(62) Este artículo prescribe que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

(63) El art. 91 establece en su primera parte que cualquier socio en las sociedades mencionadas en el artículo anterior, en las de responsabilidad limitada y los comanditados de las en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa. Es nulo el pacto en contrario. Véase Zunino, Comentario del Régimen de las Sociedades Comerciales, Buenos Aires, 1987, p. 164.

de responsabilidad limitada unipersonal, si el gerente es el socio único no existe literalmente la posibilidad de poner en funcionamiento lo establecido por el art. 275 (64), en cuanto a la viabilidad de extinguir la responsabilidad interna para casos que no sean derivados de violación a la ley, del estatuto o del reglamento (65). En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, o en su defecto por los acreedores individualmente (art. 278), ello sin perjuicio de las acciones individuales que tengan los terceros contra el o los gerentes (art. 279).

En cuanto a la posibilidad de autocontratación, el art. 271 establece:

“El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones de mercado.

Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior sólo podrán celebrarse previo aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quorum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea.

Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad.

Los contratos celebrados en violación a lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueran ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero.”

Esta norma, como lo hemos manifestado, es aplicable a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada (conf. art. 157 de la ley de sociedades) (66). En el caso que analizamos (SRL unipersonales) tenemos que distinguir nuevamente entre el caso de gerente-socio único y gerente-tercero. En este último supuesto el artículo citado es aplicable *mutatis mutandis*, entendiéndose que el gerente debe solicitar autorización el socio único (que ejercerá las funciones de la asamblea), para celebrar contratos que no sean de la actividad en que la sociedad opere y que no reúnan las

---

(64) Según este texto la responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, el estatuto o reglamento y si no media oposición del 5% del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.

(65) En tal caso puede establecerse que el juez puede aprobar la gestión del socio-gerente o a través del nombramiento de síndico o de algún mecanismo similar.

(66) Véase Cámara, Derecho Societario, p. 749; Shaw, ob. cit., pp. 179 y ss.

condiciones de mercado. Caso contrario será el contrato nulo de nulidad relativa. Esta nulidad sólo puede ser declarada por el juez a pedimento del socio único, mas no por parte de un tercero contra quien la sociedad hace valer el acto<sup>(67)</sup>. El gerente debe responder, en caso de que el socio único solicite la declaración de nulidad del acto, de los daños y perjuicios que hubiera irrogado a la sociedad (art. 59 LSC).

El segundo caso (socio único-gerente) es más complicado de resolver. *Nosotros consideramos que debe interpretarse teleológicamente el artículo*, teniendo en consideración que la *ratio legis* consiste en evitar abusos del gerente que puedan perjudicar a los socios y a la integridad del capital social<sup>(68)</sup>. En el caso de sociedad unipersonal administrada y representada por el socio único cobra relevancia el segundo aspecto mencionado, es decir, la protección de la integridad del capital social y por ende la protección de los acreedores sociales. Es por ello que consideramos que el socio único-gerente puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere y siempre que se concierten en las condiciones de mercado. *Em caso contrario pensamos que debe abstenerse de contratar, siendo el contrato celebrado en infracción de la prohibición anulable a solicitud de los acreedores por tratarse de una nulidad relativa*<sup>(69)</sup>.

#### VI. *Responsabilidad por control, Penetración de la Personalidad Jurídica*

En las SRL unipersonal nos encontramos indudablemente ante una situación de control de derecho, previsto en nuestro derecho societario por el art. 33<sup>(70)</sup> de la Ley de Sociedades. Si bien este artículo se refiere literalmente a la situación de una sociedad controlada por otra, su normativa se aplica también el caso de control de una sociedad a través de una persona

---

(67) Cámara, Derecho Societario, p. 764.

(68) Cámara, Derecho Societario, p. 742.

(69) Esta solución deriva de la circunstancia de que la nulidad relativa sólo puede ser alegada por la parte a favor de quien se la estableció, en este caso los acreedores sociales. Véase al respecto Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General T. II, Buenos Aires, 1970, p. 635. La prohibición de autocontratación en el caso de sociedades unipersonales ha sido establecida en forma estricta por el § 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada alemana en la formulación de 1980. Este parágrafo en su número 4 establece que encontrándose todas las cuotas sociales en manos de un solo socio y es a su turno el único gerente, se aplican a los negocios con la sociedad el § 181 del BGB que prohíbe la autocontratación, salvo cuando el representado (en este caso la sociedad) obtiene una ventaja jurídica o se trata del cumplimiento de una obligación.

(70) El art. 33 reza: "Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias. 2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades..."

física<sup>(71)</sup>. El control también se encuentra normado en el art. 165, inc. 2, letras a) y b) de la Ley de Concursos<sup>(72)</sup>. El control de por sí no genera en el derecho argentino responsabilidad alguna<sup>(73)</sup>, ya que éste no se encuentra prohibido por la legislación argentina sino reglamentado. Sin embargo, cuando además de la situación de control se presentan otros fenómenos, los mismos pueden dar lugar a que el socio único sea directamente responsable de los perjuicios causados a los acreedores. Esta responsabilidad puede derivar de la aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad jurídica, instituto recibido con modificaciones en el art. 54, tercer párrafo de la ley de sociedades y en el art. 165 de la Ley de Concursos.

1. *Responsabilidad derivada del art. 54 de la Ley de Sociedades: Inoponibilidad de la persona jurídica*

Un sector de la doctrina, como así también el Proyecto de Unificación, parten de la idea de que los posibles abusos que pudieran derivar de la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada se resolverán a través de la aplicación del instituto de la penetración, principalmente a través del art. 54, tercer párrafo de la Ley 19.550, en su redacción conforme a la Ley 22.903<sup>(74)</sup>.

(71) Véase Manóvil, ob. cit., p. 87.

(72) El art. 165, inc. 2, prescribe que "... A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social y b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descripta en el primer párrafo de este inciso".

(73) Véase Etcheverry, Responsabilidad de la Persona Controlante en: Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1986, p. 579; Zavala Rodríguez, Derecho de la Empresa, Buenos Aires, 1972, p. 108; Otaegui, Concentración Societaria, RDCO 1987, pp. 79 y ss.

(74) Tal es la opinión entre otros de Le Pera, Sociedades Unipersonales..., p. 13 y de Richard, ob. cit., p. 47. La recepción de las sociedades unipersonales en la República Federal Alemana dió también lugar a que en la doctrina y jurisprudencia se hicieran profundas investigaciones sobre el tema de la teoría del Disregard y las sociedades unipersonales. Al respecto basta ver Schanze, Einmanggesellschaft und Durchgriffshaftung, Frankfurt a.M. 1975; Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen 1955; Sibert, Einmann-GmbH und Strohmänn-Gründung, BB 1954, pp. 417-419. Sin embargo en la actualidad tal como lo sostuvimos en nuestro trabajo (Extensión de la Responsabilidad de los Socios, ob. cit. pp. 713 y ss.), tal tendencia se ha revertido debido a los desarrollos legales y jurisprudenciales tendientes a la protección de los acreedores. Ello porque como sostiene Wiedemann en su obra "Die Unternehmengruppe im Privatrecht", (Tübingen 1988, pp. 18 y ss., en especial p. 37) la extensión de la responsabilidad a través de la teoría de la penetración (Durchgriffshaftung) se ha extendido en el extranjero en aquellos países donde las prescripciones sobre protección del capital no existen o por lo menos no en la medida en que existen en Europa. Es por ello que consideramos más apropiado perfeccionar los mecanismos de defensa que recurrir a la teoría de la desestimación.

El artículo mencionado reza:

“El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de los socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

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.”

En la primera parte de la norma se establecen las sanciones y responsabilidades por el daño causado a la sociedad en razón de la actuación culposa o dolosa del socio. En la segunda parte se establece una responsabilidad que ya se encontraba reglada en el código de comercio, aunque sin hacerse mención a los controlantes externos, innovación que trajo la Ley 22.903. Fundamento de esta responsabilidad es el deber de lealtad que tiene el socio. Además persigue la ley proteger el capital social, capital que es necesario para la actividad comercial de la sociedad y que debe ser reservado para la liberación de las obligaciones contraídas por aquélla. También, según nuestra opinión, puede ser utilizado esta parte del artículo para fundamentar analógicamente una responsabilidad del socio único por confusión de patrimonio.

El tercer párrafo del artículo considera que la personalidad jurídica de las sociedades es un recurso técnico destinado a lograr determinados fines lícitos en el marco que la ley faculta. Por ello la sociedad no debe ser utilizada para perseguir fines que sean contrarios a los establecidos en el art. 1 de la Ley de Sociedades.

Casos en los cuales se aplica el art. 54, tercer párrafo, son:

a) La actuación de la sociedad persigue fines extrasocietarios. En tal caso se presenta un abuso institucional de la sociedad. Bajo la apariencia de la actuación de aquélla se persiguen fines extrasocietarios. Como tales se interpreta aquellos fines que son contrarios al objeto establecido en el contrato social y que tienden a lograr intereses personales. Dándose el supuesto de hecho se posibilita la desestimación de la personalidad a favor de todos los acreedores.



b) La actuación de la sociedad constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fé. En el primer supuesto se encuentran incluidos los casos de fraude a la ley (*Gesetzesumgehung*). Con relación al orden público se refiere a casos en que se encuentren comprometidos principios económicos y jurídicos de raigambre constitucional <sup>(75)</sup>. En cuanto al principio de buena fé domina no sólo el derecho de sociedades sino también todo el ordenamiento jurídico.

c) El último supuesto se refiere a la utilización del instituto jurídico a fin de frustrar los derechos de terceros, es decir, estamos en presencia del llamado abuso personal. En este caso quedan comprendidos los supuestos de fraude contractual (*Vetragsumgehung*) o la transferencia de un patrimonio a una persona jurídica, a los efectos de desafectarlo como prenda común de los acreedores individuales.

En caso de presentarse los supuestos previstos por el art. 54 se producen dos consecuencias:

a) La personalidad jurídica de la sociedad no puede ser opuesta a los terceros. La actuación no será considerada como societaria, a pesar de ser formalmente tal, sino como personal de la persona que actuó (por hipótesis el socio único). En este sentido no existe en el derecho argentino el principio de responsabilidad subsidiaria, es decir, para que la imputación jurídica se realice al socio o controlante no es necesario que sociedad se encuentre en estado de insolvencia.

b) El socio o controlante debe responder en forma ilimitada por los daños causados. La solución concuerda con la opinión que sostiene que la responsabilidad derivada de la desestimación no siempre es ilimitada sino limitada a los daños causados. Como la sociedad no responde, se aparta esta solución parcialmente de la teoría del *Disregard of the legal entity*.

## 2. *Extensión de la Quiebra (art. 165 de la Ley de Concursos)*

El art. 165 de la Ley de Concursos regula en caso de extensión de la quiebra. El reza:

“La quiebra se extiende:

1. A toda persona que bajo apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;

2. A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte...

(75) Etcheverry, ob. cit., p. 594.

3. A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impide la clara delimitación de sus activos y pasivo o de la mayor parte de ellos.”

Para que la extensión de la quiebra pueda tener lugar es necesario que se cumplan los siguientes requisitos <sup>(76)</sup>:

a) Debe existir una situación de control. A pesar de que el art. 165 solamente en su inc. 2 se refiere al control, tal requisito se extiende a las otras situaciones, ya que caso contrario no se explicaría que una persona pueda actuar en interés propio (ya sea llevando a cabo negocios en interés personal, disponiendo de bienes de la sociedad como si fueran propios, o confundiendo los patrimonios [propio y social] en forma inescindible) bajo la apariencia de una actuación societaria.

b) La sociedad controlada debe haber sido declarada en quiebra.

c) El socio o controlante debe tener la intención de desviar el interés social o haber actuado en fraude de sus acreedores. Si esa intención falta debe haberse producido una confusión patrimonial inescindible.

El inc. 1 del art. 165 tiene una semejanza con el art. 54, 2do. párrafo de la ley de sociedades. Se diferencian sin embargo en que el artículo que analizamos tiende a proteger principalmente al capital social, que debe quedar reservado para satisfacer a los acreedores sociales. Las consecuencias jurídicas son por ello diferentes: En el art. 54 2do. párrafo tienen principalmente los otros socios una acción de daños y perjuicios o una acción tendiente a que el socio ingrese a la sociedad el producto de los negocios practicados. En el caso del art. 165 la consecuencia es la extensión de la quiebra.

El inc. 2 del art. 165 de la Ley de Concursos contempla el caso de abuso institucional. El abuso radica en un control que desvía el interés social, como en el supuesto del art. 54, tercer párrafo, de la ley de sociedades. Sin embargo el texto de la ley es diferente. Según el artículo que analizamos es necesario que el interés social se haya desviado a favor del socio controlante o del grupo económico. Es decir, los negocios practicados no tienden a satisfacer los intereses de la sociedad controlada, agravando de esta manera ilegítimamente la situación de los acreedores. Es ilegítimo porque el ejercicio del control no responde al modelo según el cual el accionar de los socios debe tender a obtener ganancias en el seno de la sociedad controlada y no en el patrimonio de la persona controlante o del grupo económico <sup>(77)</sup>. El control como tal no acarrea la extensión de la quiebra.

---

(76) Véase Moeremans, *Die Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften*, pp. 100 y ss.; Barbado, *Ley de Concursos Civiles y Comerciales* (anotado con Jurisprudencia), Buenos Aires, 1984.

(77) Véase Zahn, *Geschäftsleiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften in Frankreich*, Diss. Düsseldorf 1985, pp. 10 y ss.

El art. 165-11 establece que no se extenderá la quiebra a pesar de existir un grupo económico, aún manifestados por relaciones de control, si no se reúnen los demás requisitos previstos en el art. 165.

El tercer inciso del art. 165 regula el caso de confusión patrimonial. Aquí no se exige culpa por parte del controlante, pero debe existir una confusión patrimonial calificada. Causa de esta regulación es la obligación de intangibilidad del patrimonio social impuesta a los socios. La responsabilidad limitada del socio exige que él respete la autonomía patrimonial. Sólo cuando el patrimonio social se encuentra individualizado tienen los acreedores la posibilidad de ver satisfechos sus créditos<sup>(78)</sup>. Según nuestra opinión analógicamente puede utilizarse este principio (prohibición de confusión patrimonial) a otros casos, en donde no existe todavía una declaración de quiebra<sup>(79)</sup>.

Los casos analizados no son, según nuestra opinión, los únicos supuestos en que puede aplicarse el instituto en cuestión. Tal como lo hemos manifestado<sup>(80)</sup>, la inaplicabilidad del privilegio de la responsabilidad limitada deriva de la prioridad material de otras normas o principios éticos que formalmente son de igual rango. Por ej. tenemos por un lado el privilegio de responsabilidad limitada y por el otro el deber del socio de mantener la separación de su patrimonio del patrimonio societario<sup>(81)</sup>, deber éste que actúa como legitimante del primero. Si el socio no respeta dicha obligación, se produce una colisión entre ambos principios (separación de patrimonios y responsabilidad limitada). En tal caso el primero prevalece materialmente y por lo tanto se extiende la responsabilidad. Para ello se requiere una situación de control. Sin embargo este elemento no es causa suficiente, como ya lo hemos manifestado. El instituto por otro parte debe ser aplicado cuando el caso concreto no pueda ser solucionado a través de la aplicación de los principios generales del derecho civil o societario (principio de subsidiaridad).

## VII. *Obligaciones contables de la Sociedad Controlada*

Ya hicimos mención que la existencia de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal implica la existencia de una relación de control interno, según se desprende del art. 33 de la ley de sociedades. A fin de prevenir consecuencias desfavorables derivadas de esta situación, la ley exige a la sociedad controlada ciertas especificaciones contables. Entre ellas se encuentran la obligación de suministrar en el activo la siguiente informa-

(78) Véase Zahn, ob. cit., p. 169.

(79) Véase en nuestra jurisprudencia el caso "Banco de Río Negro y Neuquén c. Erjil, Ricardo Luis y Otros" del 28-8-1986, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala Ia. en: RDCO T. 20, Buenos Aires, 1987, p. 266.

(80) Moeremans, Extensión de la Responsabilidad de los socios, p. 723.

(81) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, p. 184; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, p. 224.

ción: (Art. 63-I-b) — los créditos provenientes de las actividades sociales, incluyéndose por separado los créditos con sociedades controlantes (en el supuesto que nos ocupa, los créditos que tuviera la SRL unipersonal contra el socio único). En el pasivo (art. 63-2-I-a) deberá indicarse las deudas existentes a favor de sociedades controlantes (a favor del socio único). Con relación al estado de resultados el art. 64-I-b-8 establece que aquél deberá exponer los intereses pagados o devengados, indicándose por separado los provenientes por deudas con la sociedad o persona controlante.

### C. Conclusiones

Consideramos que la recepción del instituto de la Sociedad Unipersonal en el Proyecto de Unificación es positiva, ya que ésta puede servir de instrumento para lograr una intensificación de la actividad productiva en nuestro país, sobre todo de los pequeños y medianos empresarios. También puede ser útil para asegurar la continuidad de una empresa unipersonal y su dirección en el caso de muerte de su titular<sup>(82)</sup>. Por otra parte puede llevar al “sinceramiento” de empresas que de hecho son unipersonales, ya sea porque han sido creadas a través de testaferros, ya sea porque en el campo de la agrupación de empresas, son en realidad empresas hijas (Tochtergesellschaften) dependientes en un cien por ciento de la empresa madre (Muttergesellschaft). Creemos igualmente que desde el punto de vista teórico no existe ningún impedimento jurídico para que el legislador pueda prever la posibilidad de crear una persona jurídica a través de un negocio jurídico unilateral que tiene además la característica de ser un negocio de organización (Organisationsakt)<sup>(83)</sup>.

Todo ello no significa sin embargo, que aplaudamos la forma en que se recibió en el Proyecto de Unificación el instituto mencionado. Tal como lo hemos mencionado, la recepción de la sociedad unipersonal exige una adaptación de la legislación societaria, pues ella tiene en mira sociedades plurales<sup>(84)</sup>. También exige que se intensifiquen las medidas destinadas a la protección del capital social, que debe quedar reservado para satisfacer a los acreedores sociales, ya que éstos no gozan de la protección refleja derivada de la salvaguardia de los derechos de las minorías en el campo

---

(82) Véase al respecto Hüffer, Vorgesellschaft, Kapitalaufbringung und Drittbeziehungen bei der Einmanngründung Rechtsfragen nach dem Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des GmbHG, ZHR 142 (1978), pp. 486-510.

(83) Hüffer, *ob. cit.* pp. 486-491; Fezer, *ob. cit.* p. 613.

(84) En lo atinente a la formación de la voluntad social por ej. debería haberse establecido que en las sociedades de responsabilidad limitada unipersonal, las funciones de la asamblea serán ejercidas por el socio único. Las resoluciones del socio único deberán constar en el libro exigido en el art. 73, mediante actas confeccionadas y firmadas por el socio-gerente o por el socio y el gerente-tercero, cuando no fueran la misma persona, dentro del quinto día de tomada la decisión.

societario. En este sentido coincidimos plenamente con PALMERO<sup>(85)</sup> cuando sostiene que la finalidad de las disposiciones de Proyecto

“debe consistir en la necesidad de disciplinar, regular, entrar parámetros de certidumbre, arrojar transparencia a un fenómeno patrimonial lícito, de forma tal que sin vedarlos, sin prohibirlos, pero al mismo tiempo sin ignorarlos, se compatibilicen dos valores imprescindibles de la vida jurídica: libertad y seguridad o certeza.”

En tal sentido proponemos que se incorporen en el proyecto las siguientes disposiciones, tendientes a la protección de los acreedores y por lo tanto a brindar mayor seguridad en el tráfico jurídico:

1. La denominación social debería contener la indicación “Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal” a los efectos de que los terceros conozcan que están negociando con tal tipo de sociedad. También sería aconsejable que se diese a publicidad el capital afectado a la explotación<sup>(86)</sup>.

2. Debería exigirse un capital mínimo<sup>(87)</sup>. El capital además debe guardar concordancia con el objeto de la sociedad. Caso contrario debiera establecerse una regla específica destinada a sancionar los casos de infra-capitalización o subcapitalización calificada<sup>(88)</sup>, es decir cuando los bienes aportados a la sociedad ostensiblemente son insuficientes para cumplir con el objeto social. La subcapitalización puede ser material o nominal<sup>(89)</sup>:

---

(86) Véase al respecto las Leyes peruanas y portuguesas mencionadas supra, los arts. 2-3 y 9 de la Ley francesa N. 85-697 de Julio de 1985. Sobre la Ley francesa puede consultarse Salerno, Un acontecimiento jurídico: La nueva Ley francesa de “Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada”, ED del 19 de Septiembre de 1985, pp. 1-2; Art. 5 Proyecto del Senador Gomez de Junco de 1949 (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 7 de Julio de 1949, p. 781) que establece que “en todos los documentos, facturas, anuncios y publicaciones emanados de la entidad creada por esta ley, la denominación de la persona responsable deberá ser precedida de las Palabras Entidad de Responsabilidad Limitada Individual, y la enunciación del Rubro del comercio y del capital afectado”.

(87) Véase Hommlhoff y Lutter (Il diritto delle imprese e delle Società nella Repubblica Federale Tedesca (1980-1984), Rivista de la Società, Milano 1986, p. 120.

(88) En el derecho nacional la subcapitalización puede de lege lata ser motivo para que el Juez del Registro niegue la inscripción de la sociedad, o para que se declare la disolución de la misma, según nuestra opinión, por aplicación analógica del art. 94 inc. 5. En el campo de la responsabilidad puede dar lugar a acciones en virtud del art. 54, tercer párrafo o 165. Sin embargo insistimos en la necesidad de una regla clara y precisa al respecto. Véase Wiedemann, op. cit., p. 224; Säcker/Reuter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, München 1978, p. 217. Reuter define el fenómeno de subcapitalización como una violación del mandamiento que establece que se debe dotar a la sociedad con el capital adecuado para cumplir con el objeto social; Wüst, Unterkapitalisierung und Überschuldung bei Beschränkthaftern, JZ 1985, pp. 301-308.

(89) Kübler, Gesellschaftsrecht, 2 Auf. Heidelberg 1986, pp. 245 y ss.

Es nominal cuando los socios en vez de aportar bienes suficientes a la sociedad, aquéllos otorgan los bienes en el carácter de mutuo de consumo. En el derecho alemán existen al respecto las siguientes reglas, que podrían ser recibidas por nuestra legislación<sup>(90)</sup>:

(1) Créditos otorgados por un socio a la sociedad, para que ésta pueda superar una situación financiera comprometida, en particular para que no caiga en estado de cesación de pagos, son tratados como aportes y por ello no deben ser restituidos por la sociedad (§ 30, 1, párrafo, de la Ley de Sociedades), cuando a raíz de ello se produzca un descenso en el monto mínimo del capital social (que en Alemania no puede ser inferior a DM 50.000). El mismo principio tiene aplicación cuando se ha otorgado un crédito a la sociedad con liquidez y posibilidad de obtener crédito de terceros, cuando el crédito otorgado por el socio no fue pagado con anterioridad al momento de desencadenarse la crisis de la sociedad.

(2) Otorgó a la sociedad un tercero un crédito en un punto que los socios tendrían que haber aportado capital propio, como lo haría un hombre de negocios corriente, y fue dicho crédito garantizado por los socios, el tercero sólo puede reclamar a la sociedad la restitución del crédito por la parte no cubierta por la garantía prestada por los socios. Esta norma también tiene aplicación en casos en que se aporten bienes bajo otra forma jurídica que la de un mutuo pero que económicamente equivaigan a un crédito, sea el otorgante un socio o un tercero.

(3) Se encuentra vedada la posibilidad de exigir la devolución de un crédito, los socios no pueden verificar sus créditos en el concurso de la sociedad. Si el socio obtiene la restitución del crédito a pesar de la prohibición, antes de la apertura del concurso, tiene la sociedad un crédito contra el socio para lograr la repetición de lo pagado indebidamente. Este crédito puede ser embargado por los acreedores de la sociedad.

El caso de subcapitalización material se presenta cuando los bienes son insuficientes para cumplir el objeto social y la necesidad de capital de la sociedad no se satisface ni a través de aportes no a través de créditos. En tal caso se sostiene que debería establecerse una responsabilidad por la diferencia, es decir, una responsabilidad resultante del capital existente en la sociedad y el capital que debería haber existido en el momento de constitución de la misma<sup>(91)</sup>. Esa responsabilidad debería aplicarse subsidiariamente, es decir, sólo en caso de concurso de la sociedad.

(90) Kübler, *ob. cit.* p. 248; en detalle puede verse Lutter/Hommelhof, *ob. cit.* pp. 154 y ss; los mismos, *Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung*, ZGR 1979, pp. 311 y ss; Hommelhoff, *Das Gesellschafterdarlehen als Beispiel institutioneller Rechtsfortbildung*, ZGR 1988, p. 460 ff.; Karsten Schmidt, *Forschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der Kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen*, ZGR 1980, p. 567 y ss.

(91) Säcker/Reuter, *ob. cit.*, p. 217.

3. Debiera prescribirse que, tratándose de sociedades unipersonales, la integración del capital social deba realizarse íntegramente en el momento de inscribirse la aquélla o garantizarse suficientemente su cumplimiento. Caso contrario todas las otras disposiciones tendientes a la intangibilidad del capital pueden caer en un saco roto, cuando el socio único es o deviene insolvente sin haber cumplido con su obligación<sup>(92)</sup>.

4. Debiera establecerse expresamente la responsabilidad ilimitada del socio único en caso de confusión patrimonial y confusión de esferas<sup>(93)</sup>, pues el socio sólo debe poder gozar del privilegio de la responsabilidad limitada, cuando él mismo ha cuidado de mantener la distinción de su patrimonio personal y el patrimonio societario<sup>(94)</sup>, o la diferenciación de la actuación personal de la actuación societaria.

5. Sería conveniente que la ley limitara la posibilidad de crear centros de imputación diferenciados. En la legislación comparada ello ocurre tratándose de socios únicos-personas jurídicas a los efectos de evitar el agrupamiento en cascada. Tratándose de socios únicos-personas físicas se lo establece a fin de proteger a los acreedores<sup>(95)</sup>.

6. Deben preverse normas destinadas a regular la transformación de la empresa unipersonal en una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal.

7. Por último tendría que regularse claramente el supuesto de autocontratación del socio único-gerente y los efectos en caso de contravención a lo prescripto<sup>(96)</sup>.

---

(92) Piénsese que en tal caso de nada sirve proclamar la responsabilidad personal del socio o la vía de la penetración. Véase al respecto el § 7 de la GmbHG alemana.

(93) Se habla de confusión de esferas cuando la separación jurídica entre la sociedad y el socio hacia afuera no se puede distinguir. Se presenta este caso cuando el nombre, la organización (los libros, cuentas bancarias, etc.) o un bien determinado no se encuentran suficientemente separados de los del socio, de manera tal que no puede saberse si nos encontramos frente a una actuación o un bien societarios. Al respecto puede verse Nirk, Zur Rechtsfolgensseite der Durchgriffshaftung, en: FS für Stimpel, 1985, p. 453; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, p. 224.

(94) Lutter, Die Zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 2/1982, p. 251; Karsten Schmidt, ob. cit., p. 184; Wiedemann, ob. cit. p. 224; Véase art. 11-2 de la Ley Portuguesa citada.

(95) Véase art. 36-2 de la Ley Francesa; la Directiva de la Comunidad Europea sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal; Art. 123 bis de la ley del 14 de Julio de 1987, Ley Belga relativa a la sociedad de una persona de responsabilidad limitada.

(96) En este sentido véase el art. 7 de la Ley Francesa y el art. 10 de la Ley Belga, como así también el mencionado § 7 de la GmbHG.

# La influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (\*)

ANTONIO M<sup>º</sup> LORCA NAVARRETE

Catedrático de Derecho Procesal Universidad del País Vasco (España)

Desde la perspectiva de la *protección de los derechos humanos* y la observancia de las diversas *garantías procesales*, es perfectamente válido que la tutela judicial efectiva, a través del debido proceso, neutralice un concreto “determinismo nacionalista” que pueda encorsetarlo.

Para ello resulta sumamente útil y práctico la denuncia de ese “determinismo nacionalista”, que afecta a la protección de los derechos humanos y a las propias garantías procesales, a través de *instancias jurisdiccionales supranacionales*.

En Europa es posible llevar a cabo esa denuncia a través del denominado Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). Para ello sólo se requiere, en principio, dos cosas:

— La primera, relativa a que el Estado en cuestión integre en su ordenamiento interno el *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950*.

---

(\*) Este texto formó parte de la Ponencia General presentada en las XII *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, celebradas en Mérida (Badajoz — España) el mes de Mayo de 1990.



— La segunda, condicionada a que ese mismo Estado reconozca la competencia del TEDH.

Por lo que a España se refiere, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (a partir de aquí "Convenio"), fue ratificado por Instrumento de 29 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE de 10 de octubre de ese año, reconociendo España, asimismo, la competencia del TEDH a efectos del art. 46 del Convenio. De modo que no cabe duda que el más beneficiado del amparo que ofrece, no ya el TC español, sino el TEDH, será el justiciable, con independencia de su nacionalidad, pues como establece el art. 53 del Convenio: "las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios que sean parte" y, además, según el art. 50 del Convenio: "si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra, total o parcialmente, en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada".

El TEDH se inserta dentro del denominado Consejo de Europa, en el cual se hallan perfectamente diferenciados los tres poderes: *Legislativo*, representado por la Asamblea Parlamentaria, *Ejecutivo*, compuesto por el Consejo, al que pertenecen los Ministros de Asuntos Exteriores de las naciones que forman el Consejo de Europa, y *Judicial*, o sea, *el Tribunal de los Derechos Humanos*, que está compuesto por veintitún jueces que pertenecen, cada uno, a una de las citadas naciones y que al formar parte de dicho Tribunal lo hacen elegidos como juristas destacados y no por razones políticas.

El TEDH, con sede en Estrasburgo, entiende, en razón del Convenio de 4 de noviembre de 1950, *de las reclamaciones que puedan formular los súbditos de una nación determinada contra su Gobierno y las que cualesquiera Gobiernos contra otros de otras naciones, siempre que hayan firmado las correspondientes convenciones internacionales*. Los particulares y las naciones deben hacerlo ante la *Comisión Europea de Derechos Humanos*, que las estudiará y les dará curso ante el Tribunal.

En lo que respecta a las reclamaciones de los particulares contra el país al que pertenecen, en síntesis, deben basarse en la violación de los siguientes derechos: a la libertad y a la seguridad; a un proceso justo; a no ser sometidos a torturas; al respeto a la vida privada; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de asociación y de fundar sindicatos y a tener elecciones libres. En cuanto a las naciones, estarán sujetas

al Tribunal siempre que se refieran a temas de materias internacionales que hayan sido objeto de convenciones ratificadas por los gobiernos respectivos.

Una vez presentada la reclamación por los particulares e por los Gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa al Consejo, si éste no puede llegar a poner de acuerdo a las partes en contienda, preparará un informe sobre los hechos y hará constar su propia opinión sobre el tema y pasará las actuaciones al Tribunal.

La Sala se compone de siete miembros, elegidos entre los veintiuno que forman dicho Tribunal (art. 43 del Convenio). Puede asistir a las sesiones, sin voz ni voto, el magistrado que sea nacional del Estado del que resulte ser el litigante. Se celebra *sin vista pública y se pronuncia la sentencia correspondiente*, que no puede ser recurrida, por lo que tiene el carácter de definitiva. Sus resoluciones son ejecutadas mediante su envío al órgano ejecutivo, compuesto, como se ha dicho, por todos los Ministros de Asuntos Exteriores de las naciones miembros del Consejo de Europa, el cual se encargará de que se cumplan en la nación afectada por ellas (arts. 53 y 54 del Convenio).

El TEDH, pues, posee *virtualidad práctica* en orden a la efectividad de sus resoluciones judiciales y, por tanto, su jurisprudencia es plenamente válida para hacer valer los derechos humanos entre los países signatarios del Consejo de Europa. De ahí que esa misma jurisprudencia del TEDH adquiera especial relieve y *que la misma sea fielmente seguida como barómetro que en todo momento indica y pulsa la credibilidad democrática de los países signatarios del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*.

En España va siendo cada vez más frecuente que la jurisprudencia emanada del TEDH sea tenida en cuenta por el propio Tribunal Constitucional (TC) español y en ese ámbito es posible, además, *distinguir entre la aplicación directa* de esa jurisprudencia, de un lado y de otro, lo que se podría llamar el *efecto reflejo o interpretativo* de esa misma jurisprudencia del TEDH, que no implica su aplicación directa y sí, en cambio, un uso "ilustrativo" en orden a la solución de las cuestiones planteadas ante el TC.

Y todo ello, en fin, como consecuencia del criterio que establece el art. 10,2 C., según el cual: "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", lo que supone que la C, española se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas.

En ese contexto la utilización por el TC de la Jurisprudencia del TEDH responde al siguiente cuadro sistemático:

---

1.981	5/1.981, de 13 Feb	art. 9
	12/1.981, de 10 Abr	art. 6.1
	22/1.981, de 2 Jul	art. 14
	24/1.981, de 14 Jul	art. 6.1

---

1.982	41/1.982, de 2 Jul	art. 5.3
	62/1.982, de 15 Oct	art. 6, 10 y 18

---

1.983	18/1.983, de 14 Mar	art. 6
	19/1.983, de 14 Mar	art. 6.1
	47/1.983, de 31 May	art. 6.1

---

1.984	36/1.984, de 8 Mar	art. 6.1
	101/1.984, de 8 Nov	art. 6.1
	108/1.984, de 26 Nov	art. 5.3 y 6.2
	127/1.984, de 26 Dic	art. 5.3

---

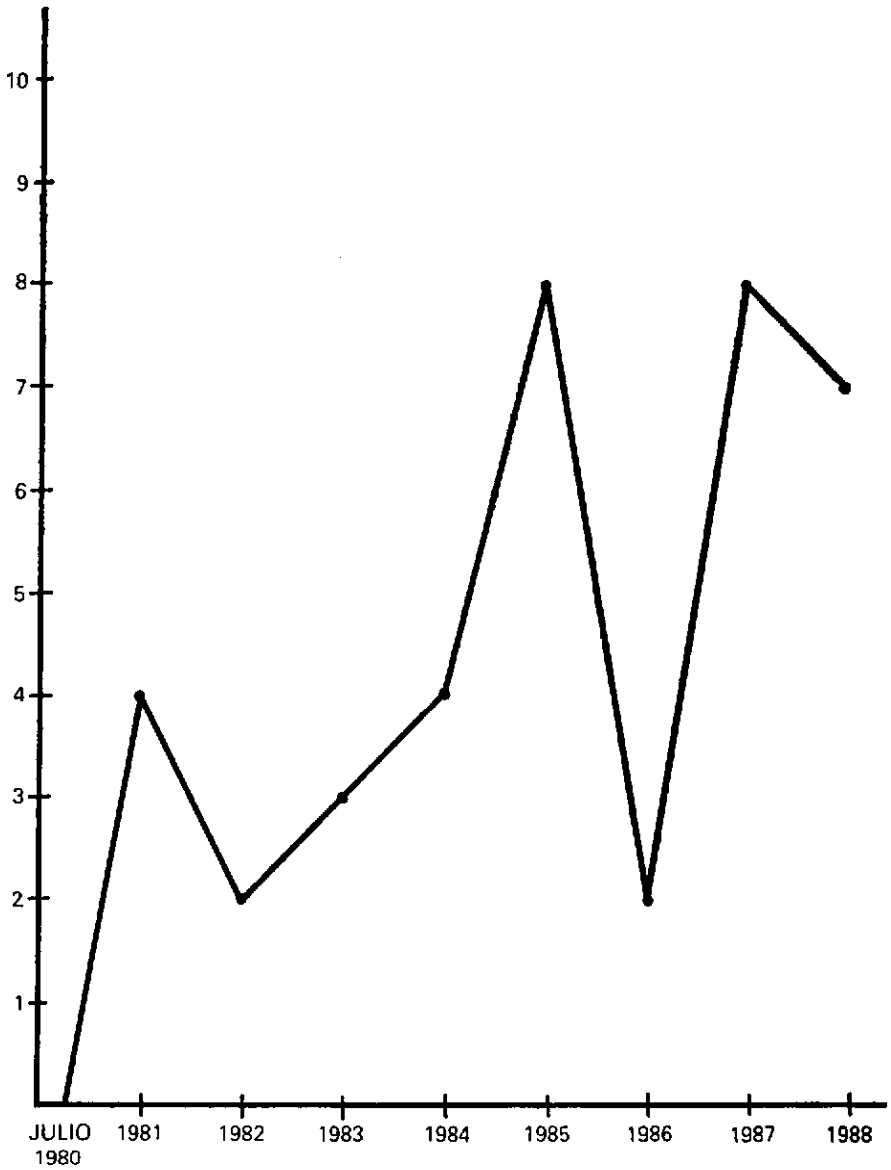
1.985	13/1.985, de 31 Ene	art. 6.1
	44/1.985, de 22 Mar	art. 6.1
	53/1.985, de 11 Abr	art. 2
	67/1.985, de 24 May	art. 11
	74/1.985, de 28 Jun	art. 6.2
	99/1.985, de 30 Sep	art. 6.1
	101/1.985, de 4 Oct	art. 6.3
	178/1.985, de 19 Dic	art. 5

---

1.986	140/1.986, de 11 Nov	art. 5.1 apart a)
	159/1.986, de 12 Dic	art. 10.2
1.987	2/1.987, de 21 Ene	art. 3, 5.1, 6, 6.1 y 6.3
	32/1.987, de 12 Mar	art. 5.3
	40/1.987, de 3 Abr	art. 5 y 6.2
	96/1.987, de 10 Jun	art. 6.1
	113/1.987, de 3 Jul	art. 6.1
	115/1.987, de 7 Jul	art. 5.1.a), 5.4, 6.3, 9, 11 y 14
	196/1.987, de 11 Dic	art. 5 y 6.3
	199/1.987, de 16 Dic	art. 5.3 y 6.1
1.988	19/1.988, de 16 Feb	art. 5 y 5.1
	37/1.988, de 3 Mar	art. 6.3
	71/1.988, de 19 Abr	art. 6.3
	85/1.988, de 28 Abr	art. 11
	112/1.988, de 8 Jun	art. 5, 5.1 y 10.1
	145/1.988, de 12 Jul	art. 6.1
	176/1.988, de 4 Oct	art. 6 y 11

Gráficamente la incidencia de la Jurisprudencia del TEDH en el TC español quedaría del siguiente modo:

CUADRO nº 1





En función de los Cuadros que preceden, el uso por el TC de la jurisprudencia del TEDH arroja los siguientes resultados:

Reconocimiento constitucional del *principio de libertad de enseñanza*, según el voto particular del Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados: D. Angel Latorre Segura, D. Manuel Díez de Velasco y D. Plácido Fernández Vargas. Se justifica según la STC 5/1981, de 13 de Febrero<sup>(1)</sup>, en el art. 27,6 C, en el cual se indica: "se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes" y en el art. 20,1,c) C, que dispone la libertad de cátedra. Ambos preceptos, según el voto particular, persiguen como objetivo el *pluralismo educativo*, definido por el TEDH en su Sentencia de 7 de diciembre de 1976 como "*esencial para la preservación de la sociedad democrática*".

*En este supuesto la jurisprudencia se justifica en el "uso ilustrativo" de la jurisprudencia del TEDH y reconoce, por vía de esa jurisprudencia, que el pluralismo educativo es esencial para una sociedad democrática.*

En la STC 12/1981, de 10 de abril<sup>(2)</sup>, se realiza, en cambio, la aplicación directa del art. 6.1 del Convenio de Roma a través de la STEDH de 17 de Enero de 1970 (caso Delcourt) y supone que, en el caso que se examinó, el recurso de casación no sólo se halla limitado por un estricto control de legalidad, sino que además, se encuentra sometido a los principios del juicio equitativo garantizados en el art. 6.1 del Convenio, según el cual "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa..."; en tal sentido toda persona tiene derecho no sólo a conocer el fundamento práctico de la acusación (*le bien-fondé en fait*), sino también a conocer su fundamento jurídico (*le bien-fondé en droit*).

La STC 22/1981, de 2 de julio<sup>(3)</sup>, sin aludir a sentencias específicas del TEDH, recoge la doctrina mantenida por el mismo en torno al art. 14 del Convenio y la interpretación que sobre el mismo ha realizado el TEDH, al señalar que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, pues el art. 14 del Convenio *no prohíbe la diferencia en el ejercicio de derechos y libertades, ya que la igualdad se viola cuando la desigualdad se halla desprovista de una justificación objetiva y razonable*. La existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una *relación razonable de proporcionalidad (principio de proporcionalidad)*.

---

(1) BJC 1981-1, p. 33.

(2) BJC 1981-1, p. 193.

(3) BJC 1981-4, p. 248.

La STC 24/1981, de 14 de julio <sup>(4)</sup>, acude en apoyo de los casos Neumeister Ringeisen y König y a la interpretación que sobre el llamado “*plazo razonable*” se halla en esas sentencias, pues el derecho a la jurisdicción es algo que no puede entenderse desligado del tiempo en que debe prestarse. En la STC que se examina se aprecia el grado de razonabilidad de las dilaciones procesales atendándose a:

- a) complejidad del asunto
- b) comportamiento de los recurrentes y
- c) modo en que el asunto ha sido llevado por las autoridades judiciales.

La STC 41/1982, de 2 de julio <sup>(5)</sup>, aplica directamente el contenido sustentado por el TEDH en cuanto a la duración de la prisión provisional, de conformidad con el art. 5,3 del Convenio, según el cual el *plazo de detención debe situarse en los límites de lo “razonable”, según las circunstancias del proceso* (STEDH caso Neumeister y Weumeister y Wemhoff). El TC atendiendo a lo que se debe entender por “razonable”, según la jurisprudencia del TEDH, entendió que el plazo de la detención se sitúa dentro del parámetro de “lo razonable”.

La STC 62/1982, de 15 de octubre <sup>(6)</sup>, insiste en que la C, ha de ser interpretada de conformidad con las Declaraciones, Tratados y Acuerdos a que alude el art. 10,2 C., por consiguiente, no sólo el Convenio de Roma, sino que el resto de Tratados y Acuerdos ratificados por España han de justificar la interpretación de la norma constitucional. En ese contexto el TC entra a examinar *el derecho de libertad de expresión* con apoyo en la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Haudyside) y llega a la conclusión, de conformidad con el art. 10,2 del Convenio, que *toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia de libertad de expresión, debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido (principio de proporcionalidad)*.

La STC 18/1983, de 14 de marzo <sup>(7)</sup>, con apoyo en la STEDH de 23 de abril de 1977 (caso Könnin) el TC entiende que el derecho a la jurisdicción no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse, sino que ha de otorgarse “*dentro de los razonables términos temporales* en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”, pero ese derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas *no es solo el proceso penal como pudiera pensarse del contexto general del art. 6 del Convenio, sino que dentro del concepto general de la*

(4) BJC 1981-4, p. 277.

(5) BJC 1982-16/17, pp. 629 y 630.

(6) BJC 1982-19, pp. 924 y ss.

(7) BJC 1983-24, p. 364.



*efectiva tutela debe plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que pueden acontecer en cualquier proceso.*

La STC 19/1983, de 14 de marzo<sup>(8)</sup>, plantea la *legitimación* de personas jurídicas en el contexto constitucional del art. 24 C., según el cual "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva... en el ejercicio de sus derechos e intereses *legítimos*...". En el caso que se planteó ante el TC, una interpretación *extensa* del art. 6 del Convenio (caso Buchholz STEDH de 6 de mayo de 1981), implica reconocer el derecho a la tutela judicial no sólo en el ámbito de las relaciones civiles y penales *expresamente* contempladas en el art. 6 del Convenio, *sino, además, las actuaciones procesales que se sigan ante órganos competentes en materia laboral.*

La STC 47/1983, de 31 de mayo<sup>(9)</sup>, con apoyo, entre otros, en el art. 6,1 del Convenio lo aplica en la medida en que en el mismo se establece la exigencia de que la *composición* de un órgano judicial venga establecida por Ley y, por tanto, que *se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros.* Por ello el art. 6,1 del Convenio quedaría burlado y, por tanto, inaplicable *si bastara con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes.*

La STC 36/1984, de 14 de marzo<sup>(10)</sup>, acude de nuevo a la interpretación que sobre el "plazo razonable", invocado en el art. 6,1 del Convenio, ha realizado el TEDH. Para ello se invoca la STEDH de 13 de julio de 1983 (caso Zimmermann y Steiner) en la que se señalan como criterios a tener en cuenta:

- a) la complejidad del litigio
- b) la conducta de los litigantes y las autoridades judiciales
- e) las consecuencias que del proceso presuntamente demorado se siguen para los litigantes

En el caso que se examina por el TC, y por aplicación de la jurisprudencia del TEDH, obligaba a concluir que se había producido una violación del plazo razonable.

La STC 101/1984, de 8 de noviembre<sup>(11)</sup>, acoge la doctrina del TEDH acerca del derecho de toda persona a que su causa sea juzgada *por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley* (art. 6.1

(8) BJC 1983-24, p. 368.

(9) BJC 1983-26, pp. 707 y 708.

(10) BJC 1984-36, p. 573.

(11) BJC 1984-43, p. 1.337.

Convenio), que se extiende “a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil (art. 6.1 Convenio y casos Golder: STEDH de 21 de febrero de 1.975; caso Le Compte: STEDH 28 de julio de 1.981; caso Sporrang: STEDH 24 de septiembre de 1.982). En base a las exigencias del art. 6.1 del Convenio, el TC concluye que: *también el derecho al Juez ordinario preestablecido por la Ley tiene vigencia en nuestro ordenamiento procesal civil.*

La STC 108/1984, de 26 de noviembre<sup>(12)</sup>, acude al contenido del art. 6.2 del Convenio, según el cual: *toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.* Pero ese derecho a la presunción de inocencia se considera compatible con la adopción de medidas cautelares y, mas en concreto, con la adopción de la prisión preventiva que, a su vez, ha de hallarse sometida a un plazo razonable (art. 5.3 del Convenio) en cuanto que afecta a los principios de libertad individual y a la propia presunción de inocencia (STEDH de 27 de junio de 1968; caso Wemhoff y Neumeister y STEDH de 10 de noviembre de 1969 caso Stögmüller y Matzhdetter). Por ello concluye el TC, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares.

La STC 127/1984, de 16 de diciembre<sup>(13)</sup>, acude de nuevo al concepto indeterminado del “plazo razonable” aplicable a la prisión preventiva (art. 5.3 del Convenio). El TC concluye que es “clara la voluntad del constituyente y cumpliendo su mandato del legislador, de fijar plazos, —entiéndase bien “plazos efectivos” — y que esos plazos han de cumplirse, pues ese cumplimiento “. . . integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 C.”

La STC 13/1985 de 31 de enero<sup>(14)</sup>, reconduce el art. 20.4 C al art. 6.1 del Convenio en el ámbito del proceso penal y conecta la garantía objetiva de la publicidad con los límites constitucionales del respeto a los derechos reconocidos constitucionalmente y especialmente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 20.4 C.). Esa necesidad de compatibilizar ambas normas justifica el contenido del art. 6.1 del Convenio, el cual prevé la prohibición de acceso a la Sala de Audiencia, del público, por razones de moralidad, de orden público o de seguridad nacional. Sobre estas bases el TC indica que en el proceso penal, a través del cual se lleva a cabo la protección de derechos fundamentales, se ampara el secreto en el sumario, que aparece limitando principios que se conectan con la publicidad y la libertad con apoyo en el art. 6.1 del Convenio. Pero concluye el TC que la exigencia del secreto sumarial no se halla establecida por nin-

(12) BJC 1984-44, pp. 1.409 y 1.410.

(13) BJC 1985-45, pp. 45 y 46.

(14) BJC 1985-47, p. 239.

gún precepto constitucional y por ello se requiere, en su aplicación concreta, *una interpretación estricta*.

La STC 44/1985, de 22 de marzo <sup>(15)</sup>, alude a la exigencia de *imparcialidad* exigida en el art. 6.1 del Convenio que se conecta con "la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto". Según el TC la imparcialidad se salvaguarda:

a) por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud del órgano jurisdiccional

b) por su desinterés y neutralidad

La no concurrencia de ambos requisitos implicaría la presencia de un Juez o Tribunal que, en opinión del TC, *no ofrece las garantías necesarias de imparcialidad previstas en el art. 6.1 del Convenio*.

La STC 53/1985, de 11 de abril <sup>(16)</sup>, aborda la interpretación, en relación con el *nasciturus*, del término persona del art. 2 del Convenio, reconociendo que si bien el TEDH no se ha pronunciado sobre la conexión *nasciturus-persona*, reconoce igualmente que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a admisión de demandas, si lo ha hecho en relación con el asunto 8416/1979 en su decisión de 13 de mayo de 1980, *poniendo de manifiesto, por lo que se refiere a la expresión "everyone" o "toute personne" de los textos auténticos del Convenio, que aún cuando no aparece definido en el Convenio, la utilización que de esa expresión se hace en el mismo y en el contexto dentro del cual se emplea en el art. 2 del Convenio, lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable el nasciturus*. Esta es la conclusión del TC.

La STC 67/1985, de 24 de mayo <sup>(17)</sup>, se apoya en el derecho de asociación reconocido en el art. 11 del Convenio, cuya interpretación *tanto positiva — derecho a asociarse — como negativa — derecho a no asociarse —* recoge el TC concluyendo *que el reconocimiento y alcance de estas dos libertades — positiva y negativa — se encuentra en conexión con el tipo de Estado, en cada tiempo y lugar*.

La STC 74/1985, de 18 de junio <sup>(18)</sup>, se concreta en la exigencia del art. 24.2 C, según el cual "todos tienen derecho . . . a la asistencia de letrado", reconocido también en el art. 6.2 c) del Convenio. El TC siguiendo la doctrina del TEDH admite que esa garantía ha sido situada "en el ámbito penal" sin que el TEDH la haya planteado como disyuntiva entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario (caso Deweer, STEDH de 27 de febrero de 1980 y caso Eckle, STEDH de 15 de julio de 1982)

(15) BJC 1985-48, p. 437.

(16) BJC 1985-49, p. 533.

(17) BJC 1985-50, p. 658.

(18) BJC 1985-51, pp. 841 y 842.

admitiendo, por lo demás, el TEDH que los ordenamientos estatales *pueden establecer distinciones en cuanto a la aplicación de esa garantía que se concreta en la asistencia letrada en cuanto a su cumplimiento en el ámbito disciplinario* o como era en el caso examinado por el TC en el ámbito de la administración disciplinaria penitenciaria.

La STC 99/1985, de 30 de septiembre<sup>(19)</sup>, reconoce, con apoyo en el art. 6.1 del Convenio, que la expresión contenida en el art. 24.1 C, según el cual “todas las personas tienen derecho . . . a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales” es una garantía reconocida a “toda persona” o a “todas las personas” *sin atención a su nacionalidad*.

La STC 101/1985, de 4 de octubre<sup>(20)</sup>, se ocupa del art. 6.3, d) del Convenio, según el cual “todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:

d) a interrogar o acer interrogar a los testigos que declaren contra él . . .”.

Ello supone según el TC *circunscribir* la prueba testifical a la fase de juicio en donde *únicamente* se lleva a cabo el *principio de contradicción* con el fin de garantizar un proceso penal adecuado.

La STC 178/1985, de 19 de diciembre<sup>(21)</sup>, aborda la legalidad del arresto del quebrado. El TC, con apoyo en el art. 5 del Convenio, no comparte la tesis del Fiscal, según la cual el art. 17.1 C prohíbe toda privación de libertad que no esté relacionada con un delito, *ya que ni se agota en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, ni solo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad*, pues la restricción de libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible pues, como se indica en el art. 5 del Convenio, *existen otros supuestos en que el derecho a la libertad alude a otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad*.

La STC 140/1986, de 11 de noviembre<sup>(22)</sup> vuelve sobre el art. 5 del Convenio y en base a él se da contenido al voto particular a la sentencia formulado por D. Eugenio Diaz Eimil. Entiende el voto particular que la Ley que limita la libertad individual aludida en el art. 17.1 C y art. 5 del Convenio es una Ley procesal y en particular la Ley de Enjuiciamiento Criminal o cualquier otra procesal que regule los casos y formas de la detención, *pero en ningún modo tales especificaciones se pueden hallar en leyes penales sustantivas que no deben contener regla alguna que incida*

(19) BJC 1985-54/55, p. 1.145.

(20) BJC 1985-54/55, p. 1.155.

(21) BJC 1986-57, p. 31.

(22) BJC 1986-68, p. 1.384.

en la garantía del derecho que reconoce el art. 17.1 C. De ello además se deduce en el contexto del art. 5 del Convenio que la Ley procesal que regule la detención y prisión ha de ser "ordinaria" y no "orgánica" aludida en el art. 81.1 C.

La STC 159/1986, de 12 de diciembre<sup>(23)</sup> no aplica sino que recoge la particular argumentación que el recurrente en amparo realiza del art. 10.2 del Convenio, pues según él el *derecho de información* que en el mismo se recoge es una garantía consagrada en el art. 10.2 del Convenio, por lo que ese derecho de información solo puede ser sometido a restricciones o sanciones cuando estas estén previstas legalmente y *constituyan medidas necesarias y proporcionadas para conseguir el fin perseguido de informar*. Por ello la simple reproducción de la comunicación de una organización terrorista no va más allá de los límites de la libertad de información y en consecuencia no constituye delito, pues simplemente se está informando y *en todo caso cualquier tipo de sanción a esos comunicados tendría que atemperarse con los criterios de necesidad y proporcionalidad que demanda una sociedad democrática*. La STC concede el amparo al recurrente.

La STC 2/1987, de 21 de enero<sup>(24)</sup>, utiliza como criterio interpretativo el contenido del art. 3 del Convenio, según el cual "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradatorios". El TC señala que no cabe duda que determinados aislamientos penitenciarios como "celdas negras" es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes. Por su parte el TC razona como el Reglamento Penitenciario y la Ley Penitenciaria *establecen restricciones para la aceptación residual de ese tipo de sanciones* y que no son otras que las indicadas en los arts. 42 y 42 de la Ley Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario. Por ello concluye el TC que tales sanciones sólo pueden aplicarse *en casos extremos y a través de un confinamiento separado*. Y alude el TC como la Comisión de Estrasburgo en más de una ocasión ha tenido que hacer frente a este tipo de confinamientos en el contexto del art. 3 del Convenio señalando que cuando aquél obedece a *exigencias razonables* no constituyen de por sí un tratamiento inhumano o degradante, *por lo que no es la sanción en si, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión*.

La STC 32/1987, de 12 de marzo<sup>(25)</sup>, aborda de nuevo el "plazo razonable" de la prisión preventiva de conformidad con el art. 5.3 del Convenio, que garantiza a los preventivos a ser juzgados en un plazo razo-

---

(23) BJC 1986-68, p. 1.454.

(24) BJC 1987-70, p. 120.

(25) BJC 1987-71, pp. 364 y 365.

nable o a ser puestos en libertad durante el procedimiento, *por lo que la infracción de la Ley que regula la duración máxima de la prisión provisional supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, según el art. 17 C.* En este caso el TC reafirma el carácter *excepcional* de la prisión provisional, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar.

La STC 40/1987, de 3 de abril <sup>(26)</sup>, aborda nuevamente el tratamiento que en consonancia con los arts. 5 y 6.2 del Convenio es preciso otorgar a la prisión provisional. De esos artículos el TC concluye que la prisión provisional ha de hallarse presidida por los siguientes principios:

a) intedición de la arbitrariedad de cualquier detención o prisión;

b) presunción de inocencia;

c) limitación temporal de las medidas de prisión hasta un plazo razonable;

d) justificación de la medida para asegurar la comparecencia del acusado al acto del juicio; y

e) excepcionalidad de la medida cautelar de prisión, por lo que no debe ser la regla general.

La STC 96/1987, de 10 de junio <sup>(27)</sup>, plantea al *principio de publicidad en el ámbito del proceso*. Ese principio, según el TC, tiene una doble finalidad:

a) proteger a las partes de una justicia sustraída al control público; y

b) mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales.

En ambos sentidos el principio *constituye una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho*. De aquí que los derechos vinculados a la exigencia de publicidad posean el carácter de *fundamentales* por lo que pueden ser objeto de amparo constitucional. Y esta es, además, la interpretación que es preciso extraer del art. 6.1 del Convenio, en el caso Pretto y otros STEDH de 8 de diciembre de 1983 y en el caso Axen de la misma fecha. De acuerdo con esa interpretación la publicidad de las actuaciones judiciales *se convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la Administración de Justicia*.

---

(26) BJC 1987-72, p. 484.

(27) BJC 1987-74, p. 908.

La STC 113/1987, de 7 de julio<sup>(28)</sup>, plantea si el ejercicio de la instrucción y fallo *por un mismo órgano judicial* vulnera el principio de imparcialidad reconocido en el art. 6.1 del Convenio. La STC no se pronuncia sobre tan controvertido tema de la "predeterminación", pues quedó probado que fue distinto el juez que "instruyó" y el que "juzgo" *con independencia* de la valoración que le merezca una ley que posibilite la instrucción y fallo por un mismo órgano judicial.

La STC 115/1987, de 7 de julio<sup>(29)</sup>, aborda las garantías aplicables al internamiento de un extranjero pendiente de expulsión. De conformidad con los arts. 5.4 y 6.3 del Convenio, una situación semejante *ha de respetar el derecho a la defensa*, cumpliéndose de ese modo la STEDH de 18 de julio de 1971 (caso De Wilde, Doms y Versyp) relativa a que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por el Tribunal y por ello con "unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal". Lo que supone, también, incluir el derecho de *habeas corpus* tanto en fase gubernativa previa como en fase judicial más allá de las 72 horas. Sólo de ese modo se puede evitar un *internamiento arbitrario*.

La STC 196/1987, de 11 de diciembre<sup>(30)</sup>, plantea en casos de incomunicación si es aplicable o no la exigencia de hallarse asistido por un defensor *de la elección del incomunicado*. El TC pone de relieve como el art. 5 del Convenio proclama el derecho a la libertad (indicado entre los derechos del *detenido preventivamente*) a lo que apostilla el TC que el art. 5 del Convenio no incluye el de asistencia letrada, aunque luego el art. 6 del Convenio ya referido *al acusado* aluda expresamente al derecho de éste de ser asistido por un defensor de su elección, por lo que la asistencia letrada *se hace depender de la existencia de una acusación* (STEDH de 27 de junio de 1966: Caso Neumeister; STEDH de 27 de febrero de 1980: Caso Deweer; STEDH de 13 de mayo de 1980: Caso Artico y STEDH de 26 de marzo de 1982: Caso Adolf). A continuación el propio TC se interroga acerca de la línea divisoria entre "detenido" y "acusado" concluyendo que de la jurisprudencia del TEDH no es posible alcanzar un criterio unánime, por ello señala el TC que el derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso hallarlo *no en la modalidad de la designación de abogado, sino en la efectividad de la defensa y esa finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio y además conforme con esa doctrina es la STEDH de 17 de mayo de 1980 en el caso Artico, según la cual la libre elección de abogado forma parte del*

---

(28) BJC 1987-75, p. 1.059.

(29) BJC 1987-75, p. 975.

(30) BJC 1988-81, pp. 41 y 42.

contenido *normal* del derecho del detenido a la asistencia letrada, *pero no de su contenido esencial*, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo *no hace impracticable el derecho de asistencia letrada ni lo despoja de la necesaria protección*.

La STC 199/1987, de 16 de diciembre<sup>(31)</sup>, plantea la existencia o no de jueces excepcionales o no ordinarios. Según el TC tales jueces se hallan prohibidos en la C., pero ello no es obstáculo para que el legislador, teniendo en cuenta la existencia de una "opción legislativa", pueda crear organismos judiciales centrales que, no obstante ello, en ningún ni orgánica ni funcionalmente en cuanto a su composición y designación dejen de ser órganos *ordinarios* como así lo reconoce la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe de 16 de octubre de 1986 sobre el caso Barbera y otros en el que afirma: *la Comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-Ley y compuesto por Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial*.

La STC 19/1988, de 16 de febrero<sup>(32)</sup>, plantea la inconstitucionalidad del art. 91 del Código Penal que prevé la *responsabilidad personal subsidiaria*, prevista para cuando se den las circunstancias de impago de una multa en quien haya sido condenado por la comisión de un ilícito penal. El TC señala en tal sentido que en función de los siguientes argumentos el art. 9.1 CP no conclucea el art. 17.1 C. Tales argumentos son:

- a) por las *garantías* la aplicación de ese tipo de responsabilidad
- b) por su previsión en una *Ley orgánica*
- c) y por su adopción *sólo* al término del debido proceso judicial.

Por tales razones, insiste el TC, el art. 91 del Código Penal no vulnera el art. 17.1 C., pues según ese precepto la *privación o restricción de la libertad* no se lleva a cabo *sólo* "en los casos y en la forma previstos en la Ley" y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *por tempore* de la libertad *se halla la de haber sido el individuo "penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un Tribunal competente"* de conformidad con el art. 5. a) del Convenio.

---

(31) BJC 1988-81, p. 25.

(32) BJC 1988-83, p. 265.



La STC 37/1988, de 3 de marzo <sup>(33)</sup>, pone de relieve como el TEDH en relación con el art. 6.3. c) del Convenio, garantiza tres derechos al acusado:

- a) a defenderse por si mismo
- b) a defenderse mediante asistencia letrada de su elección
- c) y en determinadas condiciones a recibir asistencia letrada gratuita.

Así se expuso en el Caso Pakelli (STEDH de 25 de abril de 1983) sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o imposibilidad de ejercer alguna de las otras siempre que sea necesario. De otro lado, el art. 6.3. c) del Convenio alude no a nombramiento, sino a *asistencia*, por lo que se desprende que lo que el Convenio dispone es que el acusado *tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva* (caso Artico). De aquí que concluya el TC que el derecho de defensa *deba ser interpretado en el mismo sentido que lo ha hecho el TEDH*.

La STC 71/1988, de 19 de abril <sup>(34)</sup>, alude al cumplimiento del derecho de defensa en el contexto del art. 6.3. c) del Convenio que establece el derecho *de toda persona a ser asistida de un intérprete gratuitamente sino comprende o no habla la lengua utilizada en la audiencia*. Con ello se trata de evitar una situación de *desventaja* en el marco de un *proceso justo* (STEDH de 28 de noviembre de 1978. Caso Luedicke y Kog). Conjuntamente con ello el TC incide sobre la *efectividad técnica* de esa sentencia en modo ya indicado *supra* a propósito del caso Artico.

La STC 85/1988, de 28 de abril <sup>(35)</sup>, hace referencia al derecho de reunión al que configura a través de las siguientes notas:

- a) concurrencia concertada y
- b) carácter externo del fin concreto de la reunión (fin lícito).

El TC llega a la conclusión que la *ausencia* de una definición del derecho de reunión en el art. 11 del Convenio *no impide* que a través de la LO 9/1985, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión ambas notas sean delimitadoras o definidoras del mismo.

La STC 112/1988, de 8 de junio <sup>(36)</sup>, alude a que el *internamiento judicial en un establecimiento psiquiátrico no es en principio contrario al*

(33) BJC 1988-83, pp. 388 y 389.

(34) BJC 1988-85, pp. 704 y 705.

(35) BJC 1988-85, pp. 765 y 766.

(36) BJC 1988-86, p. 949.

*derecho a la libertad reconocido en el art. 17 C, de modo que cuando el art. 8.2 CP dispone que no se podrá salir del internamiento sin la previsa autorización del Tribunal sentenciador ese artículo no consagra una eventual privación de libertad indefinida en el tiempo y a la plena disponibilidad del órgano judicial competente, ya que esa privación ha de ser interpretada con lo dispuesto en el art. 5.1.e) del Convenio. Según el caso y salvo en supuestos de urgencia, la legalidad del internamiento de un enajenado ha de cumplir tres consideraciones mínimas (caso Winterwerp STEDH de 24 de octubre de 1979) y que son las siguientes:*

a) haberse probado de manera conveniente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente *por medio de un dictamen pericial médico objetivo*, la existencia de una perturbación mental real,

b) que revista un carácter amplio *que legitime el internamiento y*

c) que en base a los motivos que originariamente justificaron la decisión de internamiento puedan dejar de existir, en cuyo caso es preciso averiguar si la perturbación persiste y *si en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos o, lo que es lo mismo, que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.*

Esas condiciones *garantizan* que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto, esto es, *evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada por la comisión de un hecho que la Ley sanciona como delito*. Por ello concluye el TC que una interpretación restrictiva a la regla general de la libertad obliga a que el cese del internamiento se produzca mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad.

La STC 145/1988, de 12 de julio<sup>(37)</sup>, pone de relieve como la actividad instructora al situar al que la lleva a cabo en contacto *directo* con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsabilidades *puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e imprevisiones a favor o en contra del acusado que le influyan a la hora de acusar*. Por ello el TEDH en el caso De Cubber (STEDH de 26 de octubre de 1984 y en la STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Priersack) ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias *de modo que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad*. Esta prevención que el juez que ha instruido y que debe fallar *puede provocar en los particulares*

(37) BJC 1988-88/89, p. 1.174.

*viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, por lo que la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de un "proceso público". Por ello y en un sistema procesal en el que la fase decisoria es el juicio oral y al que la instrucción sirve de preparación debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones o prejuicios existen.*

Y a tales conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio que afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída "por un Tribunal independiente e imparcial". Por ello el TEDH en el caso "De Cubber" entendió que la actuación como juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido juez instructor de la causa suponía una infracción del derecho al juez imparcial y en nuestro ordenamiento jurídico inconstitucional.

La STC 176/1988, de 4 de octubre<sup>(38)</sup>, lleva a cabo la fijación del alcance que es preciso atribuir a la garantía de un "proceso público" del art. 6 del Convenio. Según el TEDH en los casos Pretto y otros, Axen y Sutter el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsecuente sentencia, atendida claro está la diversidad de orientaciones que es posible hallar en las diversas legislaciones de los Estados que conforman el Consejo de Europa.

Esta conclusión del TEDH le lleva al TC a afirmar que el derecho al proceso público del art. 24.2 C, sólo es de aplicación además de a la sentencia al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral, en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y defensa ya que únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad.

Del examen de la aplicación por el TC de la jurisprudencia del TEDH se desprende el alejamiento que realiza el TC de "conceptos absolutos" y con apoyo en el TEDH es común la reiterada admisión por parte del TC a una serie de principios o conceptos jurídicos indeterminados que sustentan sus propias resoluciones como los siguientes:

- a) principio de *proporcionalidad*
- b) principio del *carácter razonable de la medida*
- c) principio que en sentido amplio responde a las *circunstancias aplicables al caso*.

(38) BJC 1988-91, pp. 1.237 y 1.238.

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 106.

“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 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.

#### “CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS” (edição 1989) — 6 volumes

*Volume 1* — Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).

*Volume 2* — Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).

*Volume 3* — Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil (1964); Títulos de Crédito (1964).

*Volume 4* — Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).

*Volume 5* — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972). *Tomo 2*: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); Índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

#### “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (edição de 1990)

Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Sumário. Texto com índice temático. Atualização e notas de rodapé.

#### “DIREITOS HUMANOS”

Declaração de Direitos e Garantias.

#### “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.

2 volumes

*Volume 1* — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

*Volume 2* — 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**

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da **Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal**).

Assinatura do ano: n.ºs 105 (janeiro/março de 1990) a 108 (outubro/dezembro de 1990).

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas**  
**Senado Federal**  
**70160 Brasília, DF**

Tels.: (061) 311-3578 e 311-3577



# Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional  
Instituto Nacional do Livro  
Senado Federal  
Câmara dos Deputados  
Tribunal de Contas da União  
Presidência da República  
Ministérios  
Procuradoria-Geral da República  
Consultoria-Geral da República  
Supremo Tribunal Federal  
Superior Tribunal de Justiça  
Superior Tribunal Militar  
Tribunal Superior Eleitoral  
Tribunal Superior do Trabalho  
Assembléias Legislativas  
Tribunais de Justiça  
Tribunais de Contas Estaduais  
Tribunais Regionais Eleitorais  
Tribunais Regionais do Trabalho  
Procuradorias-Gerais dos Estados  
Ordem dos Advogados do Brasil  
(Conselho e Secções Regionais)  
Faculdades de Direito