

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO SETEMBRO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 119

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 30 n. 119 jul./set. 1993

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 Subsecretaria de Edições Técnicas

(1964-1988)

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

Direção:

WILMA FERREIRA

Editoração e revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

**Composição e impressão:
CENTRO GRÁFICO DO SENADO FEDERAL**

Capa:

PAULO CERVINHO e CÍCERO BEZERRA

**Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal, Anexo 1, 22º andar, tel. 223-4897
70165.900 Brasília DF**

R. Inf. Legisl.	Brasília	a. 30	nº 119	jul./set. 1993
------------------------	-----------------	--------------	---------------	-----------------------

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 RICHIEDE LO SCAMBIO
WIR BITTEN UM AUSTAUSCH

ISSN 0034-835X

Revista de Informação Legislativa, ano 1— , nº 1— , mar. 1964—
Brasília, Senado Federal.

v. trimestral.

Ano 1—3, nº 1—10 pub. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano
3—9, nº 11—33, pub. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 3
— , nº 34— , pub. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódicas. I. Brasil, Congresso. Senado Federal, Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Ferreira, Wilma, dir.

CDD 340.05
CDU 34 (051)

SUMÁRIO

Execução contra pessoas administrativas — <i>Geraldo Ataliba</i>	5
Processo e Justiça Eleitoral — <i>Torquato Jardim</i>	25
Novos Municípios — <i>Adilson Abreu Dallari</i>	47
Tutela administrativa e relações de consumo — <i>Alvaro Lazzarini</i>	55
A estrutura institucional definitiva do Mercosul: uma opinião — <i>Werter R. Faria</i>	71
Da declaração de Inconstitucionalidade — <i>Antonio Cezar Lima da Fonseca</i> ...	79
A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à Justiça — <i>Luiz Antonio Soares Hentz</i>	97
Propriedade intelectual e novas tecnologias — <i>Newton Paulo Teixeira dos Santos</i>	107
A lei injusta e sua inconstitucionalidade substancial no Estado democrático de direito — <i>Antônio Souza Prudente</i>	121
Conceito de crime hediondo e o equívoco da Lei nº 8.072/90 — <i>João José Leal</i>	131
O regulamento no sistema jurídico brasileiro — <i>Vitor Rolf Laubé</i>	139
A prova pericial e a nova redação do CPC — <i>Ivan Lira de Carvalho</i>	167
O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas — <i>José Carlos de Magalhães</i>	175
Administração pública na Constituição Federal — <i>José de Castro Meira</i>	193
Da ultra-atividade da suspensão de liminar em writ — <i>Élio Wanderley de Siqueira Filho</i>	205
Jurisdição e administração — <i>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira</i>	217
Ministério Público junto aos Tribunais de Contas — <i>Jorge Ulisses Jacoby Fernandes</i>	233
Prova pericial: inovações da Lei nº 8.455/92 — <i>Rogério de Meneses Fialho Moreira</i>	245
A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas — <i>Jarbas Maranhão</i>	255
Classificação dos agentes públicos: reexame — <i>Mario Bernardo Sesta</i>	269
A seguridade social — <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	283
Alterações introduzidas na Lei nº 6.515/77 pela Constituição de 1988 — <i>Romero Marcelo da Fonseca Oliveira</i>	307
Aspectos fundamentais e práticos das sociedades anônimas — <i>Oswaldo Hamilton Tavares</i>	333
Crimes de abuso de poder econômico — <i>Marcos Juruena Villela Souto</i>	345
Os hermenutas da intransigência desacumuladora — <i>Corsíndio Monteiro da Silva</i>	363

Execução contra pessoas administrativas

GERALDO ATALIBA

Professor Titular das Faculdades de Direito da
Universidade de S. Paulo e Universidade Católica de
S. Paulo.

SÚMULA

Pessoa administrativa é entidade que exerce administração pública (União, Estados, Municípios, autarquias, fundações e empresas estatais não exploradoras de atividade econômica). — Os bens públicos geridos por empresas estatais não perdem o caráter público, nem ficam desprotegidos pelo direito administrativo. — Bens públicos são impenhoráveis. Não cabe execução ordinária contra pessoas administrativas. — Estas são executadas na forma do art. 100 da Constituição, mediante precatório, após decisão em processo de conhecimento, com duplo grau. — Isso é exigido pelo princípio da continuidade do serviço público, pela relação de administração (Rui Cirne Lima) e pelas exigências da isonomia. — As mesmas razões que levaram doutrina e jurisprudência a estender às autarquias o regime do art. 100 da C.F. impõem sua aplicação às empresas estatais que exercem, como delegadas, serviço público.

1. Pessoa administrativa

Neste estudo pretende-se examinar conseqüências constitucionais-processuais do regime jurídico especial das pessoas administrativas em que se constituem as empresas estatais que desempenham — por delegação da pessoa política deles titular — serviços públicos. Não se aplica, portanto, a empresas estatais concessionárias de serviço público (assim entendidas as que pertencem a um ente político diverso do concedente).

As delegadas são pessoas administrativas. As concessionárias não. RUI CIRNE LIMA foi quem fixou o alcance da expressão “pessoas administrativas”. Deveras, adota esse mestre tal designação genérica para englobar todas as entidades que exercem administração pública e, pois, submetem-se ao regime administrativo em tudo que diga com a essência de sua função. São pessoas

administrativas a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, porque exercem administração pública. Mais do que isso, ou além disso, são pessoas políticas (dotadas de poder legislativo). Mas são também pessoas administrativas as criaturas legais incumbidas de exercer atividade administrativa: autarquias, fundações públicas e empresas estatais.

Na medida em que exercem função administrativa, são pessoas administrativas e submetem-se a igual regime, o administrativo, com todas suas restrições, ônus, encargos, limitações, prerrogativas e poderes instrumentais (necessários à plena eficácia da lei que devem cumprir e fazer cumprir)

Quando, neste trabalho, empregar-se a expressão "pessoa administrativa", estar-se-á fazendo referência a todas essas pessoas e, implicitamente, invocando e aplicando todos os princípios e normas comuns a elas, porque regentes da atividade infralegal que cumprem.

O incedível mestre CIRNE LIMA, reconhecido por todos os nossos publicistas como genial categorizador do nosso direito administrativo, centrando todo esse ramo do direito na noção-matriz de relação de administração, escreveu lapidarmente:

"Dessa adequação específica entre a pessoa administrativa e a atividade de administração pública, mais saliente quanto às pessoas administrativas, de natureza meramente administrativa e existência contingente, decorrem, como corolários, algumas peculiaridades que relevantemente sinalam, em face do direito positivo, a pessoa administrativa como tal" (*Princípios de direito administrativo*, 6ª ed. RT, p. 64).

"Além da União, e dos Estados e Municípios — já o vimos —, ainda outras pessoas administrativas existem, entre as quais serviços públicos importantes são repartidos" (p. 61).

"São todas as pessoas administrativas pessoas jurídicas de direito público, prepostas, de modo imediato, à atividade de administração pública" (p. 62).

Essa lição, acatada por SEABRA, reproduzida por BANDEIRA, admirada por DALLARI, respeitada por CAIO TÁCITO, é adotada por LEITÃO DE ABREU, em reiterados votos no Supremo (e.g. RTJ 77/759).

Por ela se vê que a empresa estatal delegada é administração pública, faz administração pública e, portanto, tem os atributos (positivos e negativos) desta.

Dá que seja pessoa administrativa — como a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações — enquanto delegada de serviço público.

2. Empresa estatal, serviço público e exploração de atividade econômica

A solução das questões em estudo depende, fundamentalmente, da compreensão da diferença entre empresa estatal prestadora de serviço público e empresa estatal exploradora de atividade econômica, diferença essa imposta pelos arts. 173 e 175 da Constituição. Parece, portanto, pressuposto necessário do bom desenvolvimento deste trabalho tentar aprofundar a análise destas categorias, segundo a compreensão que delas tem a nossa melhor doutrina.

No livro *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta* (RT, 2ª ed.) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO fez distinção bem nítida entre empresa estatal preposta a atividade econômica e empresa estatal prestadora de serviço público (embora só mencione as mistas, resulta claro que seu raciocínio serve, também, para as empresas públicas).

“O importante ... é discernir entre sociedades de economia mista volvidas à satisfação de “interesses públicos”, ou seja, sociedades prestadoras de serviços públicos, e sociedades mistas que se dispõem à satisfação de “interesses coletivos” — relevantes para a sociedade, mas que não chegaram a ser qualificados como públicos. Estas últimas, por não serem prestadoras de serviços públicos, configuram intervenções do Estado no domínio econômico — área em princípio reservada à livre iniciativa, conforme orientação constitucional (art. 179 e parágrafos)” (p. 101).

À vista do que se expôs, a sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, conquanto mantenha sem jaça o caráter de pessoa constituída em caráter mercantil e sujeita ao regime de empresa privada, pode e deve necessariamente desfrutar de certas prerrogativas, de um lado, e restrições de outro, tal como sucede com os particulares concessionários de serviço público” (pp. 102/103).

Idêntica a conclusão do Min. CARLOS VELLOSO, no Seminário realizado em março de 1987 pela Associação dos Dirigentes de Empresas Públicas (ADEP), sobre o tema “Regime Jurídico das Empresas Estatais”:

“É preciso, portanto, em conclusão, distinguir as estatais que prestam serviços públicos daquelas que exercem atividades exclusivamente empresariais. A estas últimas não se podem estender essas medidas que são criadas exclusivamente para as entidades públicas.” (RDP 83/139.)

Nesse mesmo seminário, o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO reitera:

“... as sociedades de economia mista e empresas públicas se dividem em dois grupos profundamente distintos: um, as prestadoras de serviços públicos; outro, as exploradoras de atividades econômicas.” (RDP 83/139.)

J. AFONSO DA SILVA, comentando os arts. 170 e 173 da CF, assinala que:

... os primeiros podem ser prestados ou explorados pelo Estado sem as limitações previstas no art. 170, que nada tem a ver com eles; efetivamente, não tem cabimento falar em princípio da subsidiariedade estatal em relação à exploração ou prestação de serviços públicos, assim como não comporta mencionar, a respeito deles, a regra de preferência da iniciativa privada; são atividades que podem ser monopolizadas, como o são em alguns casos: serviço postal e Correio Aéreo Nacional (art. 8º, XII), serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, vias de transportes entre portos marítimos e fronteiras nacionais (art. 8º, XV), seguro contra acidente no trabalho; outros não são monopolizados, mas a Constituição indica o dever de o Estado prestá-los, como os serviços de ensino (art. 176), assistência sanitária, médica e hospitalar (art. 165, XV e XVI). Já a exploração estatal de atividade econômica fica sujeita ao regime do art. 170, §§ 2º e 3º." (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, p. 519.)

O Estado assumiu — por intermédio da empresa pública — "encargos vizinhos à atividade das empresas privadas, adotando a sua estrutura e o seu regime jurídico" (cf. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *RDA* 128/2). Assim, da necessidade de conciliação do público (investimento público) com o privado (forma de empresa privada) nasceram as empresas estatais (sociedade de economia mista, empresa pública).

THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI vê com naturalidade "como uma empresa pública, de origem pública (porque criada por lei) com um mecanismo de controle público, toma a forma privada e funciona como empresa privada" (*RDA* 128/11).

É que, como assinala CAIO TÁCITO:

"As sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas administrativas, sujeitas a regime de direito privado, na gestão de seus negócios (Constituição, art. 170, parágrafo 2º), mas regidas igualmente pelas normas de direito público, que especializam sua organização, em razão dos fins públicos de seus objetivos." (*RDA* 111/8.)

ADILSON DALLARI é claro, tratando das empresas estatais:

"Com relação às que prestam serviço público, justifica-se o regime jurídico de direito privado apenas quanto à forma de sua organização e funcionamento, mais compativas com a natureza comercial ou industrial da atividade assumida pelo Estado; no entanto, quanto a outros aspectos, concernentes à proteção dos bens vinculados à prestação de serviços, à responsabilidade perante terceiros, à sujeição

ao procedimento da licitação, à continuidade do serviço público e, especialmente, no que diz respeito ao controle pelos Poderes Executivo e Legislativo, o seu regime jurídico deve ser preponderantemente o administrativo, acompanhado das prerrogativas e sujeições que colocam a administração pública em posição de supremacia perante o particular, ao mesmo tempo em que a submetem aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, com todos os seus corolários.” (RDP, vol. 94, p. 106.)

A jurisprudência tem seguido as pegadas da doutrina, como se vê de acórdão (no regime anterior) da 7ª Câmara do 1º T. A. Civ. SP., cujo relator foi o Juiz RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA:

“... há, fundamentalmente, dois campos de interesse específico de intervenção estatal. Pode prestar serviços públicos, seja diretamente, seja através de entidades criadas pelo Estado ou por ele permitidas ou concedidas, e também pode interferir no domínio econômico.”

“Nada obstante, erigem-se outras pessoas jurídicas, que são criadas pelo Estado, sob roupagem de direito privado, mas destinam-se à prestação de serviços públicos. Aí ressalta a diferença de regime jurídico. Embora vistam roupa de direito privado, ou seja, haja identidade de regime com as demais empresas privadas, nada impede que o Estado transfira a tais entidades algumas prerrogativas próprias, de vez que irão prestar serviços públicos. Estes, por definição, são próprios do Poder Público, e, pois, não há concorrência com particulares. Aqui, nada impede que o Poder Público transfira a tais entidades particulares, mas desmembradas do Estado, algumas vantagens que lhe são próprias.” (“Boletim de Jurisprudência da AASP” nº 1.616, RDP, vol. 94/102.)

3. *Bens públicos, afetados a serviço público, de pessoas administrativas*

Como proceder o jurista, diante de pessoa administrativa, alegadamente devedora de dinheiros a terceiros (públicos ou privados), resistindo, por variadas razões, a pagar? E se ela entender indevido um tributo? ou indevido qualquer outro crédito que contra ela se alegue? Como constrangê-la a pagar? A questão é pouco estudada, entre nós, e merece detida atenção.

CELSO ANTÔNIO, depois de afirmar que empresa estatal exploradora de atividade econômica pode sofrer falência (*Elementos de direito administrativo*, 3ª ed., Malheiros Editores, S.P., 1992, p. 103), entretanto, afirma, até mesmo relativamente a bens de sociedades mistas (o que mostra dever ter mais força o argumento relativamente a empresas públicas):

“... como os bens que estejam afetados à prestação do serviço são bens públicos e, ademais, necessários à continuidade das presta-

ções devidas ao corpo social, não podem ser distraídos de tal finalidade" (p. 104).

E oferece os fundamentos desse asserto:

"Com efeito, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem aos interesses de toda a coletividade no regular prosseguimento de um serviço público. Assim, jamais caberia a venda destes bens em hasta pública, que seria o consectário natural da penhora e execução judicial, previstos no citado artigo."

Repudia, assim, penhora, execução comum e leilão dos bens do patrimônio administrativo. Leva a ver que critérios mais altos — respeitadores de múltiplos interesses públicos — devem ser adotados (v. nota 23, à p. 104, do livro de CELSO ANTÔNIO, *Elementos...*, cit.).

Deveras, as pessoas administrativas — inclusive as empresas estatais — são dotadas de patrimônio para perseguir o interesse público. Daí não poderem sofrer execução comum, mas só a peculiarmente regida pela Constituição (art. 100). Este tipo especial de execução protege concomitantemente o patrimônio público e os direitos creditórios de terceiros.

Não são títulos hábeis a tal tipo de execução os atestadores de crédito líquido e certo em geral; o único título que habilita a execução contra a Fazenda Pública — inclusive as pessoas administrativas sob forma de empresa pública — é decisão judicial. Examinemos mais detidamente o tema.

4. Pessoa administrativa é "Fazenda Pública", para os fins do art. 100 da CF

Todos os bons processualistas assinalam a *construction* que levou a jurisprudência a incluir as autarquias no conceito originalmente estreito de "Fazenda". CANDIDO DINAMARCO, após afirmar que não se estende à empresa pública exploradora de atividade econômica a regra do parágrafo 4º do art. 2º do CPC, sobre honorários, no caso de ser a Fazenda vencida em juízo, escreveu (ao tempo do regime anterior, nisto mantido pela Constituição de 1988):

"Essa mesma linha de orientação, com idêntico critério, há de servir na determinação do conceito e extensão de Fazenda Pública do art. 730 do Código de Processo Civil, que constitui projeção, em nível de lei ordinária, daquilo que dispõe o art. 117 da Constituição Federal (execução por quantia certa contra a Fazenda federal, estadual ou municipal). Existem precedentes judiciais no sentido de que, em tais dispositivos, Fazenda comparece para representar apenas a administração central, ou seja, negando que tal forma de executar se aplique às autarquias, mas tal não é a melhor orientação. 'São impenhoráveis os bens das autarquias', tanto quanto os da União, Estados ou Municípios. 'Elas são consideradas pessoas jurídicas de direito público por definição legal, e público o seu capital

também é. Daí a necessidade de, para os fins do art. 730 do Código de Processo Civil, as autarquias serem integradas no conceito... de Fazenda Pública'. O acórdão que assim julgou, do qual fui relator, reconhece que, no art. 730, Fazenda Pública é locução que tem o mesmo sentido e dimensão que vêm sendo expostos." (*Fundamentos do processo civil moderno*, 2ª ed., RT, p. 138.)

E, em excelente estudo da expressão "Fazenda", no CPC, examina os prazos excepcionais para recurso, dispensa de adiantamento de custas etc., mostrando o seu alcance, em cada caso.

Tudo isso corrobora nosso asserto, no sentido de que as razões jurídicas que levaram à aplicação, às autarquias, do conceito impõe-se sejam estendidas às empresas estatais delegadas de serviço público (pessoas administrativas, inclusive empresas estatais delegadas de serviço público).

Em outras palavras: os mesmos raciocínios jurídicos que levaram a unanimidade da doutrina e da jurisprudência a entender que as autarquias estão abrangidas pelo art. 100 da Constituição são absoluta, integral e inquestionavelmente extensíveis às empresas estatais prestadoras de serviço público, como delegadas.

5. *Conteúdo e sentido do art. 100 da CF*

Examinando-se o dispositivo constitucional atinente à matéria objeto da questão, verifica-se que, no artigo 100, *caput*, da Constituição, se estabelece que "os pagamentos devidos pela Fazenda... em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios...".

Esse preceito constitucional tem dupla significação: protege o patrimônio público contra agressões exteriores e internas (inclusive negligência) e dá ao credor garantia absoluta de inserção da importância da condenação ao orçamento do exercício subsequente.

Ora, se o patrimônio da entidade estatal delegada de serviço público é patrimônio público, e se a entidade (não importa se autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista) tem orçamento (inclusive contemplado no capítulo II do Título VI da CF, na sessão II, "Dos orçamentos" — art. 165, parágrafo 9º, II); se seus bens são indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis, é lógica consequência a aplicação do regime do art. 100 da CF a elas, como princípio (quer dizer, obedecendo a regras específicas que contemplem suas peculiaridades).

As razões que inspiraram a redação do preceito é que levam a aplicação do art. 100 da Constituição Federal às empresas estatais delegadas de serviço público, como pessoas administrativas. Aprofundemos sua interpretação. A redação do artigo sempre pareceu-nos clara, não permitindo outra interpretação senão a que expusemos em livro escrito há quase duas décadas:

"O credor há de realizar seu direito propondo ação ordinária no Juízo de primeira instância, de cuja condenação há recurso neces-

sário. O Presidente do Tribunal que apreciar o recurso expede o precatório, determinando o pagamento, ou a inclusão, no orçamento subsequente, de verba a ser consignada, ao Poder Judiciário, para esse fim..." (in *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico*, 1975, p. 235.)

É evidente que qualquer execução supõe sempre um "título" e ainda uma garantia do crédito, no patrimônio do devedor. É da natureza da execução que o credor, ao final, venha a saciar-se no patrimônio do devedor. Em regra o patrimônio responde pelo passivo das pessoas. Não é assim, entretanto, quando se trata de pessoas administrativas: seus bens servem à comunidade (ao interesse público) e não a qualquer credor, seja ele quem for.

Ora, quando o devedor é pessoa administrativa exercente de função pública, seus bens são impenhoráveis (porque são bens públicos, afetados ao serviço público):

"... a impenhorabilidade dos bens públicos decorre de preceito constitucional que dispõe sobre a forma pela qual serão executadas as sentenças judiciais contra a Fazenda, sem permitir a penhora de seus bens ... Isto significa que caberá ao Poder Público providenciar os recursos necessários à execução, que se realiza sem penhora de qualquer bem público ..." (HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*.)

Se toda execução implica a penhora dos bens do devedor, esta medida, *in casu*, não é possível. É que a garantia do crédito não reside na penhora, mas no procedimento especial constitucionalmente previsto (art. 100). É clara a exigência de ação ordinária que conduza à uma sentença judicial, único título que pode fundar execução contra pessoa administrativa; é por expressa determinação da Carta Magna (art. 100) que a Fazenda Pública — e seus delegados, como é o caso da pessoa administrativa —, na condição de ré, é privilegiada e não pode ser executada como se fora uma pessoa privada. É cediça lição:

"... desde que é condenada, por sentença judicial, a Fazenda ... a parte pede o precatório e o apresenta. O texto constitucional é explícito: o Tesouro Federal não pode efetuar pagamento, sem que obedeça, inexcetavelmente, à ordem de apresentação dos precatórios, um a um, por todo o crédito respectivo ..." (PONTES DE MIRANDA in *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, 2ª ed., tomo III, p. 647.)

Parece claro que o princípio de proteção aos bens e interesses públicos projeta eficácia sobre todas as pessoas administrativas. A convicção do signatário é já antiga:

"O processo de execução é diferente em atenção à qualidade de titulares de interesses indisponíveis, que possuem as pessoas públicas, bem como em razão do regime especial de seus bens, garantia

dos créditos de toda e qualquer pessoa. Se o patrimônio, como um todo, ou determinado bem, em especial — no caso de contrato entre pessoas privadas —, é a garantia de seus débitos, já o mesmo não se dá no que respeita às pessoas públicas. Estas têm no seu patrimônio instrumento de promoção de suas funções públicas e tarefas administrativas. Por isso os bens públicos não podem ser havidos como garantia de seus débitos. Tais as razões pelas quais a 'Execução' contra pessoas públicas há de ser diversa da aplicável a particulares." (in *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico*, 1975, p. 234.)

Basta considerar a teleologia do preceito do art. 100 da CF para ver-se claramente a sua extensão, como princípio, às empresas estatais delegadas de serviço público. Deveras, assim como a doutrina e a jurisprudência estenderam a regra às autarquias — reconhecendo tal eficácia aos princípios que a informam —, pelas mesmas razões deverão aplicá-la (a regra) às empresas públicas prestadoras de serviço público como delegadas.

Tome-se como exemplo o art. 20 da Lei nº 4.516/64, que criou o SERPRO, prescrevendo que "a entidade ora criada gozará, como serviço público federal, de todas as regalias respectivas, inclusive as relativas a impostos, taxas, direitos aduaneiros, juros moratórios e impenhorabilidade de bens". Empresa estatal exercente de serviço público é pessoa administrativa e, como tal, tem seus bens impenhoráveis. Sabia o legislador que estava criando uma entidade pública, embora com roupagem de direito privado (esse preceito deixou de ser direito explícito com a revogação dessa lei pela Lei nº 5.615/70). Entretanto, a norma que fixa a impenhorabilidade — resultante dos princípios aqui expostos — persiste integralmente vigente e eficaz. O art. 20 da Lei nº 4.516 era meramente expletivo. Desnecessário. Com ele ou sem ele, são impenhoráveis os bens do SERPRO como todos os bens públicos, como o são os das pessoas administrativas. Preceitos que o digam expressamente são simplesmente declaratórios. Por isso são, rigorosamente, despiciendos. Com eles ou sem eles, os bens públicos são impenhoráveis. Isso decorre da natureza dessas entidades, de suas atividades e finalidades.

Por isso a execução de decisão de mérito proferida em processo de conhecimento contra a pessoa administrativa será executada na forma do art. 100 da Constituição de 1988.

6. *Supremacia da Constituição*

Na verdade, a execução contra as pessoas administrativas — talvez exatamente por causa de toda essa vasta e ampla problemática, aqui sucintamente exposta — vem disciplinada pelo texto constitucional, de forma a tornar-lhes inaplicável a legislação processual (ou, pelo menos, só aplicável em termos), por duas razões:

Em primeiro lugar porque a disciplina constitucional, por ser superior, necessariamente não comporta concorrência da lei processual. Em segundo

lugar, porque a presença de disciplina constitucional anula *ipso facto* até mesmo a competência do legislador ordinário para dispor sobre essa matéria. Só o que parece ser lícito ao legislador é desdobrar a disciplina constitucional e dispor de modo a preservar-lhe o prestígio e assegurar-lhe a eficácia.

Por outro lado, há de se considerar que o direito administrativo — como diz ainda RUY CIRNE LIMA — é “direito de aplicação exclusiva”. É o direito administrativo que disciplina a forma mediante a qual as pessoas administrativas podem agir, na sua economia interna, nas relações jurídicas com terceiros, inclusive outras pessoas públicas, respeitados os princípios e parâmetros constitucionais. E as contingências das relações com terceiros não podem anular as exigências da disciplina interna e menos ainda as decorrentes de princípios constitucionais. Daí que suas despesas devam obedecer a regras que resguardem a inafastabilidade do regime de proteção aos bens e dinheiros públicos.

A interpretação do direito administrativo há de se conformar às exigências postuladas de modo tão categórico por um direito material que encontra raiz direta na Constituição. Talvez, melhor se encaminhe o raciocínio do intérprete, se se começar por procurar respostas às perguntas:

“A execução contra pessoa administrativa não supõe necessariamente anterior decisão em processo de conhecimento, com discussão contraditória do mérito da dívida (nesse mérito é essencial a observância de formas e competências)?”

Em outras palavras: “pode haver execução contra a Fazenda baseada só em uma cambial ou, simplesmente, numa certidão de dívida resultante de procedimento administrativo sem os rigores objetivos e subjetivos do processo”? Parece-nos que só é possível executar decisão “judicial” contra a Fazenda. Decisão administrativa, por mais solene e elevada que seja, não forma título suficiente, quando o devedor é pessoa administrativa.

O art. 100 da Constituição Federal é textual: só alude a decisão judicial. Ora, na execução comum não há isto (decisão há só nos embargos). Na ação ordinária, se a parte não contestar, o juiz decreta a revelia e profere decisão. Na execução, não há sentença.

O caminho lógico e cronológico necessário parece-nos ser: propositura de ação de conhecimento, sempre e impostergavelmente, e depois execução da decisão judicial assim obtida, observados os princípios do art. 100, CF, quando o devedor for pessoa administrativa.

7. Formalidades da defesa pública

Cabe perquirir se pode uma qualquer pessoa, mesmo pública, constituir, unilateralmente, um título executório, contra entidade estatal delegada de serviço público.

Se se responder à pergunta, afirmando que nem mesmo um órgão próprio de uma pessoa administrativa — inobservadas as formalidades legais — pode

constituí-la em dívida, com maior razão se há de reconhecer que órgãos de outras pessoas, públicas ou privadas, não poderão, em hipótese nenhuma, constituir terceira pessoa administrativa em dívida, por atos unilaterais.

Ora, se não pode ser criada despesa de pessoa administrativa sem observância das rigorosas formalidades legais — protetoras dos dinheiros públicos em hipótese nenhuma —, parece claro que a circunstância de um serviço público ser delegado a empresa pública não pode implicar a retirada ou o enfraquecimento de tal proteção. Os dinheiros — os interesses públicos todos — não ficam desprotegidos, não se tornam desamparados, não podem ser geridos como privados, porque a “forma” de gestão pela qual opta o legislador é a de empresa. A agilidade que, com isso, se pretende não chega ao ponto de afastar princípios constitucionais tão conspícuos como o da despesa segundo o orçamento, condição de asseguramento da regularidade, continuidade e permanência do serviço (e conseqüentemente reserva de recursos financeiros — previstos nos seus orçamentos — para assegurá-lo).

Admitir o contrário é consentir que, p. ex., o serviço de telecomunicações, de correios, de energia elétrica ou de saneamento básico possa sofrer interrupções, sobressaltos ou, até mesmo, paralisia, pelas possíveis execuções que possam sofrer as entidades que os conduzem (empresas estatais). O princípio inafastável da continuidade do serviço público não se compadece com isso.

Admitir a possibilidade de penhora de seus bens, a aplicação de verbas em pagamentos não programados nem incluídos no seu orçamento etc. será instaurar a álea e o arbítrio como critérios de administração. Será — para homenagear direitos dos credores — permitir o descuido, a desídia na gestão da coisa pública (quando não o conluio, infelizmente não raro, entre gestores públicos e terceiros, fornecedores ou clientes). Recorde-se que CIRNE LIMA, ao definir o direito administrativo, sublinhou seu traço peculiar protetor da coisa pública contra as agressões que pode sofrer, inclusive, por parte dos seus administradores (que, por a terem à coisa pública — sob seu cuidado imediato, mais facilidade têm para prejudicá-la).

Basta isso para ver-se o vigor dos fundamentos da tese que aqui sustentamos.

8. *Título executório*

À vista do estrito regime a que submetidos os dinheiros públicos, vê-se que nem mesmo um órgão próprio (presidente, superintendente, diretor etc.) de uma pessoa administrativa — inobservadas as formalidades legais — pode constituí-la em dívida. Ora, com maior razão se há de reconhecer que órgãos de outras pessoas públicas (ou privadas) não poderão, em hipótese nenhuma, constituir terceira pessoa administrativa em dívida, por atos unilaterais (cambiais, duplicatas etc., emitidos por privados; certidão de inscrição de dívida expedida por entidade pública).

Só é válida despesa obediente, nas suas causas e motivações, a fundamentos sólidos e demonstrados; só é regular se observadas as formalidades legalmente estabelecidas, tendo em vista a proteção do interesse público (expressão ampla que alcança bens, dinheiros, finalidades etc.). Por isso, não pode decisão, deliberação ou ato de terceiros engendrar obrigatoriedade de despesa para nenhuma entidade administrativa (mesmo que esse "terceiro" seja órgão ou entidade pública).

Por isso é que não pode ser executório um auto de infração, lavrado por agente fiscal; o procedimento administrativo que o segue (seja sumário, seja sofisticado) não o transforma em decisão comprometedora dos cofres da entidade autuada; não lhe cria dever de pagar; não serve de fundamento jurídico para despesa sua.

Para que seja regular e válida uma execução contra pessoas administrativas — que não têm disponibilidade sobre seus bens, mas só os pode aplicar nos fins legais — é preciso constituir um título de absoluta robustez e inquestionável legalidade formal e substancial. Este título, diz o art. 100 da CF, é só decisão judicial, adotada em processo de conhecimento, com duplo grau necessário, transitada em julgado.

VICENTE GRECO FILHO, sublinhando que seria inconcebível, "em virtude da segurança que devem ter as relações de direito público, que tivesse o código, contra a Fazenda, equiparado o título judicial ao extrajudicial" (*Direito processual civil brasileiro*, 3^o vol., Ed. Saraiva, p. 95), abona toda a exposição que aqui fizemos, para arrematar:

"Daí a conclusão que parece irrecusável de que a execução contra a Fazenda Pública somente pode fundar-se em título judicial. O detentor de título extrajudicial, como uma exceção à sistemática geral do Código, mas justificada esta peculiaridade do direito público, deve propor ação de conhecimento para a obtenção do título judicial. Se a lei, de regra, exige que as próprias decisões judiciais contra a Fazenda sejam reexaminadas obrigatoriamente pelo Tribunal para terem executividade, como admitir que título extrajudicial a tenha quando o mais das vezes ou pelo menos às vezes não tem exame algum do Judiciário sobre a integridade e procedência do crédito?" (p. 95.)

Esse mesmo autor, em outro trabalho, onde estudou mais detidamente o mesmo tema, observa:

"Do texto constitucional também se extrai que o título exequendo resulta de decisão proferida por Tribunal, cujo Presidente é competente para ordenar o pagamento (art. 117, parágrafo 2^o, 2^a parte), sempre, portanto, de origem judicial." (VICENTE GRECO FILHO, *Da execução contra a Fazenda Pública*, Ed. Saraiva, SP, p. 59.)

Isso confirma que auto de infração fiscal (e seus desdobramentos), inclusive certidão de dívida ativa, não é título suficiente para permitir execução contra pessoa administrativa. Direitos de créditos contra este tipo de devedor só se realiza por ação ordinária, cuja decisão é executada nos termos do art. 100 da Constituição. Só o é decisão judicial, em processo de conhecimento, tendente à formação de título judicial para ser executado na forma do art. 100 da CF, de forma a tornar realizável pretensão creditória contra pessoa administrativa.

9. *Impenhorabilidade dos bens das pessoas administrativas*

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, estudando o tema, escreveu:

“Deveras, o art. 100 (da Constituição) estabelece uma forma específica de satisfação de crédito contra a Fazenda Pública. Seu escopo é precisamente o de impedir que os credores possam se apoderar de bens públicos; é o de obstar que créditos contra pessoas de direito público, ainda quando judicialmente reconhecidos e proclamados, propiciem direta apreensão de recursos públicos.” (RDP 91/92.)

E, endossando as lições doutrinárias que aqui transcrevemos, sublinhou:

“Com efeito: os versículos constitucionais em apreço, de um lado, fixam que bens públicos não são penhoráveis; de outro lado, asseguram às pessoas públicas margem de tempo razoável para organizar disponibilidades e despesas necessárias à satisfação de débitos insaldados, conquanto comprovadamente reconhecidos e quantificados. Assim, evitam percalços graves e previnem ocorrência de prejuízos na condução da *res publica*” (RDP 91/92).

. Subseqüentemente, enfatiza que tal regra não comporta exceções; nem mesmo a presença de outra Fazenda tem a virtude de violar o regime estreito de dispêndio dos dinheiros públicos, sua programação, realização, efetivação e controle:

“Verifica-se, portanto, que nos termos dos dispositivos pertinentes, credor algum pode, sem burla do art. 100 (da Constituição) estar, de antemão, garantido no recebimento de seus créditos, fora do sistema ali estabelecido”. (RDP 91/91.)

O art. 100 da Constituição protege o patrimônio público entregue à pessoa administrativa e, concomitantemente, a isonomia dos credores. Nenhuma lei pode prescrever de modo diverso. Até mesmo o Congresso Nacional tem

suas mãos atadas pelo texto constitucional. É o que ensina PONTES DE MIRANDA:

“O texto constitucional é explícito: o Tesouro Federal não pode efetuar pagamento sem que obedeça, inexcetivamente, à ordem de apresentação dos precatórios, um a um, por todo o crédito respectivo. Não há sofisma que se possa insinuar em letra tão clara: e o art. 117 não se dirige só ao Poder Executivo, não é norma dirigida exclusivamente às autoridades administrativas — é também limitação ao poder da Câmara dos Deputados e do Senado Federal: veda-se-lhes a designação de casos ou de pessoas nas verbas legais, bem como a edição de regras jurídicas que permitam exceção ou prioridades contrárias à ordem de apresentação dos precatórios. Preferem a essas verbas os vencimentos atrasados dos funcionários públicos que estejam devidamente reconhecidos pela administração pública. Tudo que se disse sobre a Fazenda Federal também vale para a estadual, a distrital, a territorial e a municipal.” (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed., Ed. RT, Tomo III, p. 647.*)

Não é difícil para o intérprete verificar que idênticas razões militam em favor das estatais prestadoras de serviços públicos, tornando-lhes naturalmente aplicável a mesma regra. Não parece possível discutir ou pôr em dúvida que os bens de empresa estatal criada para prestar serviço público são bens públicos. Aplicam-se, assim, a elas as observações de CELSO ANTÔNIO:

“É tranqüilo e assente na doutrina e jurisprudência que bens públicos são impenhoráveis; é dizer: credores não podem se constituir em garantia sobre eles. Escusa citar publicistas ou decisões de nossos pretórios em abono desta noção rudimentar.”

De seu lado, HELY LOPES MEIRELLES diz:

“A impossibilidade de oneração dos bens públicos, das entidades estatais, nos parece indiscutível diante de sua inalienabilidade e impenhorabilidade.” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª ed., RT., 1979, p. 503.)

Mostra ver estendidos às estatais os atributos dos bens públicos. E, depois de cuidar dos bens de uso comum e especial, observa:

“Restam, portanto, os domínios e as rendas públicas. Mas quanto a estes, há o obstáculo constitucional da impenhorabilidade, em execução judicial. Se tais bens, embora alienáveis, são impenhoráveis por lei, não se prestam à execução direta, que é consecutória

lógico do vínculo real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético. Desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida, mediante precatório ou adjudicação do bem dado em garantia. Uma garantia real que não contasse com a execução direta da coisa onerada deixaria de satisfazer aos seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria de modo algum garantia real." (*Op. cit.*, p. 505.)

Nem mesmo a lei — como enfatizou PONTES DE MIRANDA — pode dispor de modo contrário; não pode fazer dos bens afetados a serviço público bens penhoráveis. Leciona HELY LOPES MEIRELLES:

"... a proibição constitucional abrange todo e qualquer bem da Fazenda Pública, móveis e imóveis, rendas e direitos creditórios, isentando-os da penhora. Não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os bens públicos, das entidades estatais, são insuscetíveis de penhora, sendo a penhora consectário legal da execução para a satisfação do crédito objeto de garantia real, ressalta a impossibilidade de se constituir penhor ou hipoteca sobre os mesmos." (*Op. cit.*, p. 505.)

Não é difícil ver que os bens de todas as pessoas administrativas, nisto, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico.

10. *Execução contra pessoa administrativa*

Precatório só pode existir após ter sido proferida uma decisão de segundo grau. Em consonância com a Lei Maior, o Código de Processo Civil prevê que as sentenças proferidas contra a União, o Estado e o Município estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmadas pelo Tribunal (artigo 475, II) e transitadas em julgado. Ora, as razões jurídicas que obrigam o duplo grau, para as decisões contra as autarquias, são evidentemente extensíveis às pessoas administrativas.

"O recurso de ofício, para sujeitar a sentença ao duplo grau de jurisdição, é obrigatório nas decisões proferidas contra a União, os Estados e os Municípios." (HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., p. 681.)

Pelas mesmas razões (de base constitucional), também para as pessoas administrativas. VICENTE GRECO, que escreveu também monografia sobre

Execução contra a Fazenda Pública (Ed. Saraiva, p. 50), cita BARBOSA MOREIRA em interessante trecho:

“Barbosa Moreira, com toda precisão, esclarece que ficam sujeitas à execução especial as “entidades da administração cujo patrimônio esteja sujeito ao regime dos bens públicos” porque “não se pode utilizar o procedimento consistente na apreensão e expropriação forçada, porque os bens que lhes pertencem não são suscetíveis de alienação, salvo nos casos e pela forma previstos em lei.”

E GRECO acredita mui oportunamente:

“É bom que se ressalte que essa lei a que se refere o próprio art. 67 do Código Civil é a lei da pessoa política a cujo domínio pertence o bem, de modo que a liberação da inalienabilidade só pode ocorrer por lei específica federal, se bens da União; estadual, se bens do Estado; e municipal, se bens do Município.”

Note-se que BARBOSA MOREIRA usa expressão genérica e abrangente (“entidades da administração”), ao invés de dizer de suas formas, se empresa pública ou mista etc., e as qualifica pelo regime de seus bens. Ora, CELSO ANTÔNIO já havia dito que os bens, mesmo das mistas, aplicados ao serviço público, são impenhoráveis. Isso permite — louvando a prudência de BARBOSA MOREIRA, que não quis comprometer-se com teses mais estreitas — associar isso com o que aqui vimos afirmando quanto à impenhorabilidade dos bens das pessoas administrativas (todos aplicados ao serviço público). Concordando com CELSO ANTÔNIO, para ressaltar os bens das sociedades mistas aplicados ao serviço público, VICENTE GRECO afirma, evidentemente considerando a possibilidade de empresa estatal exploradora de atividade econômica e, pois, igualada às privadas (art. 173 da CF):

“É possível que determinado bem, anteriormente público, passe a integrar, por força de lei, o patrimônio de empresa pública ou sociedade de economia mista e a lei de desafetação mantenha sobre ele a impenhorabilidade. Neste caso, contudo, a limitação é específica e não do patrimônio total da entidade que, tendo outros bens, poderão ser penhorados.” (*Op. cit.*, p. 50.)

Há jurisprudência específica e reiterada sobre a matéria, orientando-se sempre na mesma direção, direção essa que, alcançando os bens públicos, deve proteger igualmente os das autarquias e das empresas estatais, delegadas de serviço público:

a) “Os bens públicos, inclusive os municipais, são impenhoráveis. Julgada procedente a ação de cobrança de dívida, deve a execução fazer-se pela forma prevista no artigo 918, parágrafo único,

do CPC." (TJSP, RT 284/623.) (Nota: o artigo 918 do CPC anterior é reproduzido pelo artigo 730 do atual.)

b) "A ação própria para cobrança de dívida de Prefeitura Municipal é a ordinária. Os bens da Municipalidade são impenhoráveis, e a execução se faz pela forma prescrita no parágrafo único do art. 918 da lei processual civil". (TJAL, DOAL 3-10-1956).

c) "As Prefeituras Municipais respondem pelas dívidas inscritas nos livros do INPS, por falta de pagamento de contribuições e prêmios de seguros de seus empregados. A execução da sentença obedecerá ao disposto na Constituição Federal e no parágrafo único do atual art. 918 do CPC." (TJAL, DOAL, 3-10-1956.)

Os fundamentos, ou razões de decidir, em todos esses casos, são irrestritamente aplicáveis às estatais delegadas de serviço público, pelas razões expostas.

O dispositivo constitucional prevendo categoricamente o precatório vem da Constituição de 1934 (art. 182), repetido nas Constituições de 1937 (art. 95), 1946 (art. 204), 1967 (art. 117) e 1988 (art. 100).

Como anotam ALCINO PINTO FALCÃO (*Constituição Anotada de 1946*, vol. III, 1957, p. 153), PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1934*, tomo II, p. 556) e THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*A Constituição Federal Comenuada — 1946*, vol. IV, p. 225), objetivou-se como precatório a moralização da administração pública, no Brasil, coibindo-se o processo moroso de pagamento das dívidas fazendárias, que carregava caráter parcial, com designação de casos ou pessoas que receberiam seus créditos em detrimento de outros, com prejuízo, inclusive, para o interesse público.

Para PONTES DE MIRANDA (ob. cit., p. 556) o instituto do precatório impede a advocacia administrativa, tendo concorrido para a "moralização" da administração pública no Brasil (ob. e pp. cit.).

Isto só confirma o aserto de que a mesma orientação impõe-se no caso das empresas estatais, delegadas de serviço público, que também têm o dever de obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade (art. 37, CF), pessoas administrativas que são.

11. *Execução especial contra pessoa administrativa (irrelevância da natureza da pessoa que serve de instrumento ao serviço público)*

Com sua imensa autoridade de mestre das novas gerações do nosso direito público, SEABRA FAGUNDES, no melhor livro de direito constitucional publicado no Brasil, ensina:

"A atividade administrativa, sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas conseqüências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar conseqüências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências

que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade." (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed., 1984, p. 61.)

Assim, se a entidade estatal deve produzir serviço público, tudo que desvie seus esforços ou distraia seus meios e instrumentos (que só existem para sua finalidade) é vedado, ilícito ou vitando. Logo, a interpretação das normas jurídicas a ela pertinente há de tomar em consideração esse vetor capital. Daí o irresistível pendor do intérprete a ver na forma do art. 100 da CF o critério de execução das dívidas das estatais prestadoras de serviço público.

A execução especial prevista no art. 100 da Constituição, aplicável a todas as pessoas administrativas (conceito que exclui as estatais exploradoras de atividade econômica), explica-se pelos argumentos de SEABRA FAGUNDES, seu inspirador (já em 1934):

"A regra da impenhorabilidade dos bens públicos, se, por um lado, exprime a sobrevivência dos arraigados privilégios fiscais do Estado absolutista, por outro lado, é explicável por relevantes razões de ordem política. Com efeito. Deixar o patrimônio público à mercê de execuções ilimitadas seria abstrair, no seu emprego, do critério de oportunidade e conveniência, cargo do Poder Legislativo e da administração, para aceitar o critério, puramente jurídico, do Poder Judiciário. Chegar-se-ia ao absurdo de tolher e até paralisar as atividades administrativas pela falta de meios pecuniários." (*O Controle aos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed., Saraiva, p. 166.)

12. Um acórdão esclarecedor

O Ministro CARLOS VELLOSO, do Supremo Tribunal Federal, votando no antigo Tribunal Federal de Recursos, fixou magníficas lições:

"O que acontece é que o estatuto processual estendeu, no art. 730, o procedimento executório à Fazenda Pública. Fê-lo, entretanto, com as necessárias adequações, pelo que estabeleceu, em verdade, uma execução atípica, em tudo semelhante à ação de conhecimento, porque em tal execução atípica inexistente a característica fundamental da execução forçada, que é a expropriação dos bens do executado, consequência da penhora e da arrematação."

Deixou aí bem sublinhado a impossibilidade de penhora contra entidades executoras de serviço público. Prosseguiu:

"Certo é, entretanto, que a interpretação literal do citado artigo 730, CPC, poderá colocá-lo contra a Constituição. A interpretação do art. 730, CPC, reclama, pois, cautela. Ela deverá harmonizar-se

com o art. 117 da Lei Fundamental (art. 100, CF de 1988). Este conforme vimos, não dispensa a sentença. Noutras palavras, a execução contra a Fazenda Pública, através de precatórios, é oriunda de sentença judicial, ou o precatório pressupõe, sempre, sentença condenatória passada em julgado."

Ficou aí claro que só o que se pode "executar" — na forma especial do art. 100 da CF — é uma decisão judicial passada em julgado. Tal é o único título executório contra entidades estatais executoras de serviço público: nenhum outro tem "força executiva". Todos os demais títulos devem ser submetidos a processo de conhecimento, para tornarem-se executórios, quando o devedor seja uma pessoa dessas. Mas, prossegue o Ministro VELLOSO:

"Isto, aliás, se justifica, tendo em linha de conta a proteção que a Constituição dedica aos dinheiros públicos. Se o título executivo extrajudicial dispensasse a sentença, tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, não estaria descartada a possibilidade de conluio entre o administrador corrupto e o administrado, para o fim de obrigar a Fazenda ao pagamento de dívidas duvidosas ou inexistentes."

Sublinha aí que é a proteção a bens e dinheiros públicos que justifica tal requisitada exigência. Aliás, é o magno interesse público que exige que os desembolsos das entidades administrativas (inclusive empresas estatais) se dêem segundo programação rigorosa, o que, no nosso sistema, se assegura pela disciplina da elaboração, aprovação e execução dos orçamentos públicos. Continua o Ministro CARLOS VELLOSO:

"Retomemos o fio do raciocínio que vínhamos expendendo: pressupondo a execução contra a Fazenda Pública uma sentença passada em julgado, então a disposição inscrita no art. 730, CPC, haverá de ser interpretada assim: a) os embargos ali mencionados devem ser tidos como defesa, ou contestação à inicial da execução, pelo que haveria a incidência da regra do art. 188, CPC (prazo em quádruplo para contestar); b) se tais embargos não forem opostos, então o juiz deverá proferir sentença, requisitando-se o pagamento, por intermédio do Presidente do Tribunal competente, após o trânsito em julgado daquela, que estará sujeita, inclusive, ao duplo grau de jurisdição." (CPC, art. 475, II.)

Interpretado o art. 730, CPC, da forma acima preconizada, fica ele compatível com a Constituição (Min. CARLOS VELLOSO, Apelação Cível nº 58.579-SP (3073882), do TFR, 4ª Turma, 5-12-1984).

Nesse magistral voto, em que coloca a disciplina constitucional da execução contra pessoas administrativas em consonância com os princípios e regras

constitucionais, o ilustre professor de direito constitucional e ora Juiz da Suprema Corte mostra que:

a) execução contra entidades públicas não se faz pelos procedimentos ordinários;

b) não cabe penhora de bens públicos, como são os bens do patrimônio administrativo de propriedade das estatais prestadoras de serviço público, como delegadas;

c) execução detine-se pela penhora, em sua garantia, de bens do executado;

d) nesses casos, a execução faz-se mediante precatório do Presidente do Tribunal competente;

e) título hábil a instrumentar essa única forma de execução é só decisão judicial submetida a duplo grau, passada em julgado; conseqüentemente, qualquer outro título (inclusive certidão de dívida ativa fiscal) só serve para propositura de ação de conhecimento, que leve a título judicial consistente em decisão trãnsita em julgado; e

f) esse conjunto harmônico de medidas tem em mira proteger o interesse público.

13. Conclusão

Neste estudo expôs-se doutrina e jurisprudência demonstrando que o patrimônio de empresas estatais delegadas de serviço público é patrimônio administrativo e, como tal, indisponível e submetido a regime administrativo.

Os bens e direitos integrantes do patrimônio administrativo são impenhoráveis. O regime jurídico da organização, previsão, planejamento, realização de despesas e sua consumação é o público administrativo. Daí que as formalidades essenciais para a despesa pública — formalidades essas protetoras do interesse público — devam ser iguais para a administração direta e indireta. As derrogações agilizadoras da gestão das entidades da administração indireta não podem implicar desproteção ao interesse público de que são elas realizadoras, nem violação do tratamento isonômico dos credores, ambos objetivos do art. 100 da Constituição.

Por isso, eventual pretensão creditória contra essas entidades (inclusive empresas estatais, desde que prestadoras, como delegadas, de serviço público) deve ser deduzida judicialmente, em processo ordinário de conhecimento, sujeito a duplo grau de jurisdição, culminando com o precatório do Presidente do Tribunal competente, para previsão orçamentária oportuna, para sua satisfação.

Processo e Justiça Eleitoral

Introdução ao sistema eleitoral brasileiro

TORQUATO JARDIM

Ministro do Tribunal Superior Eleitoral e Professor de
Direito Constitucional na Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1. O Poder Judiciário Eleitoral. 2. Estrutura da Justiça Eleitoral. 3. Legislação eleitoral. 4. O processo eleitoral. 5. Conclusão

1. O Poder Judiciário Eleitoral

As eleições no Brasil, nos três níveis da Federação, Municípios, Estados e União, são controladas por ramo especializado, de jurisdição nacional, do Poder Judiciário, a *Justiça Eleitoral*.

Elegem-se, nos Municípios, Prefeitos e Vice-Prefeitos (Poder Executivo), e Vereadores (que compõem a Câmara dos Vereadores, o Poder Legislativo); nos Estados, Governadores e Vice-Governadores, e Deputados estaduais (que compõem a Assembléia Legislativa); na União, o Presidente da República e o Vice-Presidente, e Deputados federais e Senadores (que compõem a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, e, em conjunto, o Congresso Nacional).

Embora estado federal, a maior parte do direito brasileiro é de caráter nacional, ainda que formalmente sejam "reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição" (Const., art. 25, § 1º). É competência privativa da União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual (civil e penal), agrário, marítimo, aeronáutico, espacial, do trabalho e eleitoral (Const., art. 22).¹

Trabalho elaborado para o II Congresso Internacional de Direito Eleitoral promovido pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, out. de 1992.

¹ O caráter nacional do direito brasileiro revela-se, ainda, na competência privativa da União para legislar sobre desapropriações, águas, energia, informática, trânsito e transporte, seguridade social, registros públicos, sistema nacional de empregos, propaganda comercial, etc (Const., art. 22)

Assim, o Congresso Nacional edita as leis que compõem o direito eleitoral, direito de caráter nacional, cuja aplicação compete a uma justiça de jurisdição nacional, a *Justiça Eleitoral*.

A par de seu papel judicial em sentido próprio, o de julgar e processar os litígios e controvérsias entre partidos e candidatos, os crimes de natureza eleitoral e os crimes comuns que lhe forem conexos, compete, ainda, à Justiça Eleitoral:

— a administração das eleições: alistamento eleitoral (inscrição, exclusão e transferência de eleitores); seleção, requisição, nomeação e treinamento dos cidadãos necessários à organização dos pleitos, à recepção dos eleitores no dia das eleições, à apuração dos votos e ao transporte e alimentação dos eleitores das zonas rurais no dia das eleições; a elaboração do orçamento e a requisição e distribuição dos recursos financeiros;

— os registros provisório e definitivo dos partidos políticos, como também os de seus diretórios municipais, estaduais e nacional e de suas respectivas convenções; o registro e a cassação das candidaturas e a diplomação dos eleitos;

— o controle da propaganda eleitoral e das despesas eleitorais dos partidos políticos;

— a divisão das circunscrições em zonas e seções eleitorais (cada seção eleitoral tem em média 300 eleitores, num universo nacional de cerca de 90 milhões de eleitores);

— a requisição de polícia estadual ou força federal necessárias à segurança dos pleitos.

Na competência da Justiça Eleitoral, portanto, distinguem-se matérias de natureza jurisdicional propriamente dita, de natureza administrativa, de jurisdição voluntária e de natureza regulamentar.

2. *Estrutura da Justiça Eleitoral*

São órgãos da Justiça Eleitoral as Juntas Eleitorais, os Juízes Eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral.

As *Juntas Eleitorais* compõem-se de um Juiz de Direito do Estado, que passa a exercer, assim, função judicial eleitoral nacional, ainda que circunscrito territorialmente, e mais dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade. São nomeados sessenta dias antes da eleição para o período necessário até a contagem dos votos e, nos pleitos municipais, também a diplomação dos eleitos (Cód. El., art. 36).

Ao Juiz presidente da Junta Eleitoral é facultado nomear, dentre cidadãos de notória idoneidade, escrutinadores e auxiliares em número capaz de atender à boa marcha dos trabalhos. No caso de haver mais de dez urnas a apurar, essa nomeação é obrigatória (Cód. El., art. 38).

Compete à Junta Eleitoral apurar, no prazo estipulado na lei, as eleições realizadas nas Zonas Eleitorais sob sua jurisdição, salvo na hipótese da lei

determinar que a Mesa Receptora dos votos se transforme em Mesa Apuradora na própria Seção; resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; expedir os boletins de apuração e expedir diploma aos eleitos para os cargos municipais (Cód. El., art. 40).

Aos *Juízes Eleitorais* compete, precipuamente, todas as providências administrativas dos pleitos eleitorais, dentre elas, indicar a Escrivania Eleitoral, serventia de suporte administrativo; determinar a inscrição e a exclusão e conceder transferência de eleitores; dividir a Zona em Seções Eleitorais; ordenar o registro e a cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao Tribunal Regional, bem como fazer as diligências que julgar necessárias à ordem e presteza do serviço eleitoral. E, mais, processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, decidir o *habeas corpus* e o mandado de segurança, observada a competência originária dos Tribunais Superior e Regionais (Cód. El., art. 35).

Os *Tribunais Regionais Eleitorais*, um em cada capital de Estado e no Distrito Federal, compõem-se de sete juízes: dois eleitos pelo Tribunal de Justiça (a corte judiciária de maior hierarquia no Estado ou no Distrito Federal), dentre seus Juízes; dois Juízes de Direito da primeira instância estadual, ou do Distrito Federal, eleitos pelo Tribunal de Justiça; um Juiz eleito pelo Tribunal Regional Federal (uma das cinco cortes judiciárias de segunda instância da União) dentre seus membros, ou, se não houver este Tribunal na capital do Estado, um juiz federal de primeira instância escolhido pelo Tribunal Regional respectivo; e dois advogados, indicados pelo Tribunal de Justiça e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação de uma lista tríplice pelo Tribunal Superior Eleitoral (Const., art. 120).

Aos Tribunais Regionais compete, *inter alia*, processar e julgar originariamente o registro e o cancelamento de registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como de candidatos a governador, vice-governador, deputado estadual e federal e senadores; os conflitos de jurisdição entre juízes eleitorais do respectivo Estado; os crimes eleitorais cometidos pelos Juízes Eleitorais; o *habeas corpus* e o mandado de segurança contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade, e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos Juízes Eleitorais. Julgam, ainda, os recursos interpostos dos atos e das decisões proferidas pelos Juízes e Juntas Eleitorais (Cód. El., art. 29).

Compete-lhes, também, exemplificativamente, apurar, com os resultados parciais enviados pelas Juntas Eleitorais, os resultados finais das eleições de governador e membros do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas e expedir os respectivos diplomas; dividir a respectiva circunscrição em Zonas Eleitorais, submetendo o ato à aprovação do Tribunal Superior Eleitoral; e responder, sobre matéria eleitoral, às consultas (vide seção nº 43, *infra*) que lhes forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político (Cód. El., art. 30).

Das decisões dos Tribunais Regionais somente caberá recurso quando: (i) forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei, (ii) ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais Tribunais Eleitorais, (iii) versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais, (iv) anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais, ou (v) denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção (Const., art. 121, § 4º).²

O Tribunal Superior Eleitoral compõe-se de sete Juizes: três deles escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (a mais alta corte de justiça do País) dentre seus membros; dois outros escolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça (corte nacional de apelação de terceira instância) dentre seus membros; e dois advogados nomeados pelo Presidente da República dentre seis indicados pelo Supremo Tribunal Federal (Const., art. 119).

Na competência originária do Tribunal Superior Eleitoral inclui-se, *inter alia*, o processo e julgamento de registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à presidência da República; os conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e Juizes Eleitorais de Estados diversos; os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos cometidos pelos seus próprios Juizes e pelos Juizes dos Tribunais Regionais o *habeas corpus* e o mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos;³ a atos dos Tribunais Regionais (vide seção nº 38, *infra*); as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos (Cód. El., art. 22, I).

Julga, ainda, os recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais, nas hipóteses da Constituição e do Código Eleitoral, inclusive os que versarem matéria administrativa (Cód. El., art. 22, II).

Compete-lhe, por fim, dentre outras tarefas, organizar seu serviço administrativo, propondo ao Congresso Nacional a criação ou extinção de cargos administrativos; expedir as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral; requisitar a força federal necessária ao cumprimento

2 *Habeas data* é instituto criado pela Constituição de 1988 com o fim de "assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público" ou "para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo" (art. 5º, LXXIII).

O mandado de injunção, igualmente introduzido em 1988, será concedido "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania" (Const., art. 5º, LXXI).

3 O Governador de Estado acusado de prática de crime eleitoral é julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e não pelo Tribunal Superior Eleitoral; entre os "crimes comuns" (Const., art. 105, I, a, que trata da competência originária do Superior Tribunal de Justiça) incluem-se os crimes eleitorais (Supremo Tribunal Federal, Conflito de Jurisdição nº 7.000-4, DJU 7 agosto 92, pág. 11.779).

Idem: "(...) A competência para processar e julgar, originariamente, o feito é do eg. Superior Tribunal de Justiça, conforme o disposto na Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal e de acordo com a decisão daquela Corte no Conflito de Jurisdição nº 6.971-DF Determinada a remessa dos autos ao eg. Superior Tribunal de Justiça." (Resolução nº 17.953 na Representação nº 11.722, Relator Min. JOSÉ CÂNDIDO, DJU 21 agosto 92, seção 1, pág. 12.804.)

da lei, de suas próprias decisões, ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração;^{3-A} responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político (vide seção nº 43, *infra*); e tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral (Cód. El., art. 23).

As decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecuráveis, salvo as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança (Const., art. 121, § 3º) (vide seção nº 37, *infra*).

Os juízes eleitorais, nos Tribunais e nas Juntas, e os demais integrantes das Juntas Eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozam das garantias plenas e são inamovíveis, tal qual a magistratura permanente (Const., art. 121, § 1º). Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos (Const., art. 121, § 2º).

Os juízes eleitorais, nos Tribunais ou nas Juntas, assim como os demais integrantes das Juntas Eleitorais, exercem seu mister *pro hono publico*, sem percepção de vencimento ou salário. Seus ganhos continuam a ser os de sua atividade profissional permanente, a qual não se interrompe com o mandato eleitoral. Igualmente, é-lhes vedado receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo. Aos juízes, nos Tribunais e nas Juntas, é vedado, ainda, dedicar-se à atividade político-partidária (Const., art. 95). Esta mesma vedação aplica-se aos funcionários administrativos de qualquer órgão da Justiça Eleitoral (Cód. El., art. 366).

3. Legislação eleitoral

Os princípios fundamentais do direito eleitoral estão postos na *Constituição* promulgada em 1988.

Nela se dispõe sobre o sufrágio universal, o voto direto e secreto; o voto obrigatório (para os maiores de dezoito anos), o voto facultativo (para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos), as condições de elegibilidade (*e.g.*, a nacionalidade brasileira, o domicílio eleitoral e a filiação partidária); as hipóteses de inelegibilidade e de irreelegibilidade (vide seção nº 20, *infra*); as impugnações de mandato eletivo em razão de influência de poder econômico ou de abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (vide seção nº 41, *infra*); e os casos de perda ou suspensão de direitos políticos (*e.g.*, condenação criminal transitada em julgado, enquanto perdurarem seus efeitos, improbidade administrativa, dentre outros, cf. Const., arts. 14 e 16).

3-A Pedido de força federal formulado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas para garantir a normalidade das convenções dos Partidos da Reconstrução Nacional e Democrata Cristão realizadas no dia 24 de junho de 1992 foi autorizado pelo Tribunal Superior Eleitoral (Resolução nº 18.301-A no Processo nº 12.835, Relator Min. AMÉRICO LUZ, DJU 19 agosto 92, seção I, pág. 12.663).

A Constituição trata, ainda, dos partidos políticos, tornando livres sua criação, fusão, incorporação e extinção, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Exige, mais, que tenham caráter nacional; proíbe que recebam recursos financeiros de entidade ou governos estrangeiros ou a eles se subordinem; e os obriga a prestarem contas à Justiça Eleitoral e a terem funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Têm os partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, mas sua atuação eleitoral pressupõe o registro dos estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (Const., art. 17).

É a Constituição, por fim, que cria os órgãos da Justiça Eleitoral, dispõe sobre sua composição e disciplina as hipóteses principais de recursos judiciais (Const., arts. 118 a 121).

O Código Eleitoral,⁴ instituído em 1965, embora modificado sucessivas vezes em razão, principalmente, das várias ordens constitucionais que viveu o País, é, ainda, referência para o sistema de alistamento eleitoral (qualificação e inscrição, cancelamento e exclusão de eleitores), de procedimentos eleitorais (atos preparatórios, material de votação, cotação, apuração, diplomação dos eleitos etc.), de recursos judiciais e dos crimes eleitorais.⁵

A Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90), prevista na Constituição (art. 14, § 9º), versa as hipóteses de inelegibilidade, seu processo perante a Justiça Eleitoral e as penas aplicáveis.

4 O Código Eleitoral, pelo fenômeno da recepção, é agora lei complementar (Const., art. 121: "Lei complementar disporá sobre a organização e a competência dos Tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais.")

No direito constitucional brasileiro, certas matérias, dada a sua natureza ou relevância jurídica ou política, são versadas em leis ordinárias ou leis complementares. As ordinárias, para sua aprovação, requerem maioria simples, i. e., metade mais um do quorum mínimo de deliberação de cada uma das duas Casas do Congresso Nacional; as complementares requerem maioria absoluta, i. e., metade mais um do número de parlamentares em cada uma das Casas do Congresso Nacional (Const., art. 69). Distinguem-se apenas nisto: matéria e quorum de aprovação. Entre elas não há hierarquia (GERALDO ATALIBA apud SOUTO MAIOR BORGES).

5 Diferentes classificações de crimes eleitorais servem o propósito de ilustrar o seu universo.

Uma primeira, crimes eleitorais (i) no alistamento eleitoral (fraude, negar ou retardar, perturbar ou impedir, etc.); (...) (iii) na propaganda eleitoral ("compra" de voto, coação ao eleitor); (iv) na votação (impedir ou embaraçar, prender ou deter eleitor, desde cinco dias antes e até 48 horas depois da eleição, salvo se em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, etc.); (v) na apuração (não expedir o Juiz e os membros da Junta boletim de apuração imediatamente após apuração de cada urna, fraudar mapas e boletins de apuração, violar o sigilo de urna, etc.); e (vi) no funcionamento do serviço eleitoral (promover desordem, destruir, suprimir ou ocultar urna contendo votos, etc.) (CITADINI).

Uma segunda, crimes eleitorais lesivos (i) à autenticidade do processo eleitoral, (ii) ao funcionamento do serviço eleitoral, (iii) à liberdade eleitoral (iv) aos padrões éticos igualitários nas atividades eleitorais (FÁVILA RIBEIRO).

Uma terceira, os crimes abusivos na propaganda eleitoral, de corrupção eleitoral, de fraude, de coação, de aproveitamento econômico da ocasião eleitoral, e irregularidades no ou contra o serviço público eleitoral (NELSON HUNGRIA apud FÁVILA RIBEIRO).

Uma quarta, crimes contra (i) a organização administrativa da Justiça Eleitoral, (ii) os serviços da Justiça Eleitoral, (iii) a fé pública eleitoral, (iv) a propaganda eleitoral, (v) o sigilo e (vi) o exercício do voto, e (vii) os partidos políticos (JOFL JOSÉ CANDIDO).

No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal (Cód. El., art. 364).

O propósito é proteger "a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta" (Const., art. 14, § 9º), e "o interesse público de lisura eleitoral" (Lei de Inelegibilidade, art. 23).

As hipóteses de inelegibilidade decorrem de situação jurídica personalizada, de exercício de cargo, emprego ou função públicos ou mandato eletivo, ou de relação de parentesco.

De situação jurídica personalizada são exemplos: os inalistáveis e os analfabetos (Const., art. 14, § 4º); os condenados criminalmente com sentença transitada em julgado pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de três anos, após o cumprimento da pena; os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos três anos seguintes; os que, em estabelecimento de crédito, financiamento ou seguro, tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos doze meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade (Lei de Inelegibilidade, art. 1º, I).⁶

O exercício de cargo, emprego ou função públicos ou mandato eletivo implica o afastamento, mediante licença ou exoneração ou renúncia, do candidato. Assim, por exemplo, a lei discrimina os que, dentre outros, e seis meses antes do pleito, devem se exonerar de cargos públicos para concorrerem à Presidência da República: ministros de Estado e magistrados; governadores de Estado, prefeitos municipais e seus secretários; ou os que tiverem competência ou interesse, direto, indireto ou eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, ou para aplicar multas relacionadas com estas atividades (Lei de Inelegibilidade, art. 1º, II).

Hipóteses iguais ou assemelhadas, e outras mais, se aplicam, com variação do prazo de afastamento, para todos os demais cargos eletivos. Os membros dos Poderes Legislativos, todavia, não precisam renunciar a seus mandatos para concorrerem à sua própria reeleição ou a cargos eletivos dos Poderes Executivos.

6 "Inelegibilidade. Crime contra a economia popular. Caso que, por sua inexpressividade e excepcionalidade, não deve conduzir necessariamente à inelegibilidade. Recurso conhecido e provido." (TSE, Acórdão nº 10.214 no Recurso 7.890, Relator Min. VILAS BOAS, 24 outubro 88.) A condenação por crime contra a economia popular no caso decorreu de venda de cerveja por preço acima da tabela oficial.

"Condenação criminal: cessados os seus efeitos pela extinção da punibilidade, o direito de sufrágio ativo e passivo é readquirido pelo candidato, sem necessidade de provar sua reabilitação." (TSE, Acórdão nº 11.391 no Recurso nº 9.081, Relator Min. BUENO DE SOUZA, 1º setembro 90.)

São inelegíveis, propriamente irreelegíveis, para os mesmos cargos, no período subsequente, o presidente da República, os governadores dos Estados e do Distrito Federal, os prefeitos municipais e quem os houver sucedido ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito; para concorrerem a outros cargos, devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito (Const., art. 14, §§ 5º e 6º).⁷

Também da *relação de parentesco* decorre inelegibilidade. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, do governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de prefeito municipal ou de quem os haja substituído dentro dos dois meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição (Const., art. 14, § 7º).⁸

A *Lei Orgânica dos Partidos Políticos* (Lei nº 5.682/71), também alterada freqüentemente ao sabor das mudanças constitucionais e dos interesses, nem sempre revelados, de controlar e condicionar a vida política, serve hoje de escassa referência ao processo político pela via dos partidos.

A Constituição alterou profundamente o estatuto dos partidos políticos (cf. seção nº 16 *supra*). Assim, da *Lei Orgânica* perduram apenas as normas compatíveis com o escopo constitucional, como as relativas às finanças e contabilidade, por exemplo. As demais, tais como as de disciplina e fidelidade, programa e estatutos, *quedam*, agora, observado os parâmetros constitucionais, no quase exclusivo âmbito partidário.

O controle judicial dos partidos políticos tornou-se, dessa sorte, mais restrito e apenas para o que defluir dos princípios postos na Constituição. Isso não exclui, todavia, o registro dos diretórios partidários para o fim de prover

7 Não é permitido ao prefeito municipal ser candidato a vice-prefeito para mandato subsequente ao seu porque violar-se-ia o princípio da irreelegibilidade mediante simulação de candidatura a vice-prefeito. (TSE, Resolução nº 17.996 na Consulta nº 12.432, Relator Min. JOSÉ CANDIDO, DJU 18 maio 92, pág. 6.951.)

8 "O princípio da irreelegibilidade veda a eleição do prefeito do município-mãe para chefiar o Executivo do novo Município desmembrado, sobre cujo território tinha abrangência seu domínio de governo, vez que sufragado por eleitores inscritos no mesmo colégio eleitoral que é fizera prefeito na eleição anterior." (TSE, Resolução nº 18.110 na Consulta nº 12.547, Relator Min. JOSÉ CELSO, DJU 1º julho 92, seção I, pág. 10.610.)

Serão elegíveis, todavia, no município novo desmembrado, se renunciarem, prefeito e/ou vice-prefeito, nos respectivos mandatos no município-mãe, seis meses antes do pleito. (TSE, Resolução nº 17.667 na Consulta nº 12.254, DJU 12 dezembro 91, seção I, pág. 18.298.)

8 "É inelegível para o mesmo cargo, no território de jurisdição do titular, o filho do atual prefeito, ainda que dele se afaste definitivamente, por qualquer motivo e a qualquer tempo antes do novo pleito." (TSE, Resolução nº 14.411 na Consulta nº 9.341, Relator Min. TORQUATO JARDIM, DJU 26 setembro 88, pág. 24.355.)

Inelegível para o mandato de prefeito mulher que vive maritalmente há dez anos com o irmão do prefeito atual, união de que resultou dois filhos, em face do que dispõe § 3º do art. 226 da Constituição: "Para fins da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." (TSE, Resolução nº 18.068 na Consulta nº 21.626, Relator Min. AMÉRICO LUZ, DJU 12 junho 92, seção I, pág. 9.048, no mesmo sentido, Resolução nº 18.173 na Consulta nº 12.690, Relator Min. JOSÉ CANDIDO, DJU 1º julho 92, pág. 10.610.)

Tio que é parente em terceiro grau e primo em quarto grau: não ocorre a vedação constitucional. (TSE, Resolução nº 18.173 na Consulta nº 12.690, Relator Min. JOSÉ CANDIDO, DJU 1º julho 92, seção I, pág. 10.610.)

os meios de que necessita o Judiciário para o exercício de sua competência jurisdicional e administrativa.⁹

Força legal impositiva têm as *Resoluções* do Tribunal Superior Eleitoral, tanto que a ofensa ao que nelas se dispõe é fundamento para recurso ou mandado de segurança.¹⁰ Com elas expede o Tribunal as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou julga os litígios e controvérsias de natureza judicial (Cód. El., arts. 23, IX e 22). Os Tribunais e Juízos inferiores lhe devem cumprimento imediato (Cód. El., art. 21).

As *Resoluções* são decisões, administrativas ou judiciais, que têm por função dar eficácia legal e eficácia social às normas constitucionais e legais eleitorais, (i) explicando os seus fins e traduzindo em linguagem acessível ao eleitorado, aos candidatos e ao partidos políticos, os requisitos e os procedimentos adequados ao exercício da cidadania, ou (ii) pondo termo ao processo judicial.

A cada eleição edita-se uma *Lei do Ano*, e, por isso mesmo, de caráter transitório. São princípios que ainda não constam de leis mais permanentes, ou providências particularíssimas a um pleito, tais como a organização dos diretórios municipais dos partidos políticos em formação (*Lei* nº 6.817/80), convenções municipais para escolha de diretórios (*Lei* nº 6.957/81), ou para "estabelecer normas para a realização das eleições em 1982" (*Lei* nº 6.978/82), ou em 1985 (*Lei* nº 7.332/85), ou em 1986 (*Lei* nº 7.493/86), ou em 1988 (*Leis* nº 7.664/88 e 7.710/88), ou em 1992 (*Lei* nº 8.214/91).

Cuidam, em geral, do aperfeiçoamento do voto e da apuração, da propaganda eleitoral e da moralidade administrativa, condicionando a participação de servidores públicos e coibindo "favores" administrativos, do que é exemplo a norma segundo a qual "são vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada e nenhum direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido

9 "Partido político: registro de seus Diretórios no TSE ou no TRE (LOPP, art. 22, I, a e 29, I, a). Exigência legal que não contraria o princípio constitucional de autonomia dos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (Const., art. 17, § 1º)" (TSE, Acórdão nº 12.209 do Recurso nº 9.464, DJU 27 abril 92, p. 5.490.)

"Não se cuida, no caso concreto, de acrescer competência constitucional à Justiça Eleitoral. Trata-se de discernir como os valores do constituinte, definidos no seu contexto peculiar, podem ter eficácia legal no âmbito da concretização jurídica e eficácia social na prática política. (...) mesmo em face de uma norma constitucional forte na afirmação da autonomia dos partidos para deliberar livremente sobre sua estrutura interna, organização e funcionamento, deve a Justiça Eleitoral, expressão do poder político que ao Judiciário confere a Constituição, incumbida, como está, da administração do processo eleitoral e da fiscalização isenta do cumprimento das normas condicionantes da atividade política, deve a Justiça Eleitoral, repito, controlar minimamente o partido político, de sorte a, pelo menos, saber do cumprimento dos princípios constitucionais postos nos capítulos IV e V do Título II da Constituição (arts. 14 a 17). É o mínimo que se pode permitir à Justiça Eleitoral se dela se espera o desempenho adequado de sua função institucional na ordem constitucional." (Min. TORQUATO JARDIM no precedente citado.)

10 "Mandado de segurança. Resolução normativa. Cabimento do mandamus contra Resolução Normativa do Tribunal Superior Eleitoral, quando dela surgirem efeitos concretos contra os impetrantes, causando-lhes prejuízo." (TSE, Acórdão nº 10.839 no Mandado de Segurança nº 1.149, Relator Min. SYDNEY SANCHES, DJU 13 outubro 89, p. 15.777.)

Idem: Acórdão nº 10.871 no Mandado de Segurança Coletivo nº 6, Relator Min. VILAÇ BOAS, DJU 6 outubro 89, pág. 15.542.)

Vide *infra* nota 31: resoluções em processo de consulta.

entre o primeiro dia do quarto mês anterior às eleições de que trata esta Lei e o término do mandato do Prefeito do Município, importarem a concessão de reajuste de vencimento em percentual superior à inflação acumulada desde o último reajustamento ou em nomear, admitir, contratar ou exonerar, de ofício, demitir, dispensar, transferir, designar, readaptar ou suprimir vantagens, de qualquer espécie, de servidor público, estatutário ou não, da administração pública centralizada ou descentralizada, de âmbito estadual ou municipal, ficando igualmente vedada a realização de concurso público no mesmo período" (art. 29 da Lei nº 8.214/91, para as eleições municipais de 1992).

Neste ponto torna-se relevante a inovação da Constituição de 1988 ao dispor que "a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após a sua promulgação" (art. 16). Com isto pretende-se impedir mudanças pouco éticas de última hora a alterar, por exemplo, o prazo de domicílio eleitoral ou de filiação partidária, ou a redivisão territorial dos municípios.¹¹

Interessante experiência é o fornecimento gratuito de transporte e alimentação, em dia de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, tarefas exclusivas da Justiça Eleitoral e dos veículos e embarcações que requisite à União, Estados, Territórios e Municípios e suas respectivas autarquias e sociedade de economia mista, ou a particulares, de preferência os de aluguel (Lei nº 6.091/74, arts. 1º, 2º e 8º).

"É vedado aos candidatos ou órgãos partidários, ou a qualquer pessoa, fornecer o transporte ou alimentação, constituindo crime eleitoral a desobediência (Id., arts. 10 e 11).

Tal experiência, relativamente bem sucedida, revelou-se de marcada importância para a legitimidade do sufrágio, pelo que coibiu de manipulação no interior e nos bairros mais pobres das cidades.¹²

11 Consulta de um Senador sobre a aplicação da Lei nº 8.214, de 24 de julho de 1991, "lei do ano" para as eleições de 3 de outubro de 1992, quanto ao registro de candidaturas, se três candidatos por vaga de vereador, conforme a lei vigente quando do fim do prazo de inscrição, ou se dois candidatos por vaga, conforme o art. 11 da Lei nº 8.214/91, a entrar em vigor no dia 25 de julho de 1992, e, portanto, antes ainda da data da eleição.

Resposta do Tribunal: "Inexistência de contradições apontadas. O entendimento desta Corte Eleitoral foi fixado com o objetivo de suprir a *vacatio legis* decorrente do disposto no art. 16 da Constituição Federal, respeitada sua competência para expedir instruções reguladoras das eleições. Escolhidos os candidatos em convenção partidária, obedecidas as formalidades legais e solicitados os respectivos registros das candidaturas até o dia 5 de julho de 1992, não há que se falar de alteração do número de candidatos registrados, ainda que a Lei nº 8.214, de 25-7-91, após sua vigência, trate do assunto de forma diversa." (Resolução nº 18.243, relator Min. HUGO GUEIROS, DJU 17 agosto 92, seção 1, p. 12.470.)

12 Vários *habeas corpus* tratam do trancamento de ação penal, ou de revogação de sentença condenatória nos crimes de desobediência (Cód. El., art. 347) motivados por inobservância das instruções e ordens judiciais sobre transporte ou alimentação de eleitores.

Ordens ilegais ou exorbitantes, com recursos de *habeas corpus* providos: TSE, Acórdão nº 11.138 no RHC nº 155, relator Min. CELIO BORJA, DJU 21 setembro 90, p. 9.773; Acórdão nº 11.055 no RHC nº 153, relator Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJU 30 março 90, p. 2.356.

Precedente de 1955 pode continuar válido: "a lei não proíbe que os eleitores se cotizem entre si para custear o serviço de transporte e alimentação no dia do pleito" (TSE, Resolução nº 5.119 na Consulta nº 475, Bol. El., vol. 53-01, p. 377.)

4. O Processo Eleitoral

O processo eleitoral recolhe princípios e procedimentos dos processos civil e penal, conferindo-lhes caráter publicístico único em razão do fim a que serve: fixar parâmetros prévios ao exercício da cidadania ativa.

O Código Eleitoral consolida, assim, aqueles dois ramos do processo em um só para atender os fins do direito eleitoral: ordenar eleições conforme rito legal pré-estabelecido e punir os atos ilícitos e os crimes praticados em detrimento do direito material e do direito formal da cidadania ativa.¹³

No plano da teoria do processo eleitoral identificam-se princípios informativos e princípios fundamentais (PINTO FERREIRA).

Os princípios *Informativos* “são regras universais, regras de ordem técnica, verdadeiros axiomas, que são os seguintes: a) lógico, b) jurídico, c) político, d) econômico” (*id.*).

Lógico porque “o processo eleitoral tende a culminar com a sentença revestida da autoridade de coisa julgada”; *Jurídico* “pois submete a um ordenamento pré-existente, que deve ser respeitado, previsto em uma codificação única ou em diversos diplomas legislativos”; *Político* “visto que se prende a determinadas premissas das tipologias dos regimes políticos”; e *econômico* “dado que o legislador através dele busca o máximo de resultados para alcançar a verdade das eleições e a segurança do voto, mas com o mínimo de esforço” (*id.*).

Os princípios *Fundamentais* são (i) “a vocação publicística do processo eleitoral”, (ii) a aplicação dos princípios informativos do processo em geral ao processo eleitoral, (iii) “a aplicação adaptada dos princípios fundamentais do processo civil e do processo penal ao processo civil-eleitoral e penal-eleitoral, visto que o Código Eleitoral (...) abrange (...) ainda o processo dos crimes eleitorais” (*id.*).

No plano da Constituição, dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), são princípios do direito processual civil-eleitoral e penal-eleitoral, pelo menos os seguintes:

“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inc. LIII);

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV);

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inc. LV);

13 “Como direito instrumental, formal ou adjetivo, o processo eleitoral tende, com suas normas: a) formalizar o adimplemento do dever eleitoral (alistamento, votação, apuração, diplomação e outras funções estatais); b) verificar, julgar e dar execução aos deveres dos funcionários do Estado (juiz, inclusive) na satisfação dos direitos pré-eleitorais (registro, elegibilidade, organização partidária e propaganda política); c) verificar, julgar e dar execução aos direitos consequentes à ocorrência normal dos fatos geradores eleitorais (votação, apuração, diplomação) e comport litígios oriundos da competitividade dos interesses, tanto individuais quanto partidários, na esfera dos direitos subjetivos públicos, quer os que são consectários dos fatos geradores eleitorais” (ELCIAS FERREIRA DA COSTA).

“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (inc. LVI);

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inc. LVII);

“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (inc. LX);

“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inc. LXI);

“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontrarão serão comunicados imediatamente ao juiz competente, e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (inc. LXII);

“o preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (inc. LXIII);

“o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (inc. LXIV);

“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (inc. LXV); e

“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (inc. LXVI).

Ainda no plano da Constituição, não menos relevantes estes dois outros princípios:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes” (art. 93, IX);

“as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros” (art. 93, X).

Podem ser *sujeitos* da relação processual eleitoral cidadão brasileiro,¹⁴ sujeito de direitos políticos, o partido político, sujeito de direito público interno,¹⁵ e o Juiz ou Tribunal, agente do Estado, que é evidentemente sujeito de direito público interno (PINTO FERREIRA).

O *cidadão brasileiro* pode ser sujeito ativo quando requer sua inscrição eleitoral ou a transferência do domicílio eleitoral, ou, se candidato, representar à Justiça Eleitoral para relatar, *inter alia*, casos de abuso de poder econômico (Lei de Inelegibilidade, art. 22), pode ser sujeito passivo quando se processa

14 Não podem alistar-se eleitores os estrangeiros: é condição de elegibilidade a nacionalidade brasileira (Const., art. 14, § 2º e § 3º, I).

15 Embora livre a criação, a fusão, a incorporação e a extinção dos partidos políticos, desde que observados os princípios postos na Constituição; e embora adquiram eles personalidade jurídica na forma da lei civil (Const., art. 17, *caput* e § 2º), só deixam de ser mera associação civil para se tornarem partido político no sentido próprio e, assim, tornarem-se pessoa jurídica de direito público interno, no plano do direito constitucional, quando do registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (Const., art. 17, (Continua)

o cancelamento e a exclusão de eleitores em virtude de inscrição múltipla, suspensão ou perda de direitos políticos,¹⁶ etc.

O Partido Político pode ser sujeito ativo quando requer o registro de candidatos, ou interpõe recursos em geral, sujeito passivo quando defende as impugnações ao registro de seus candidatos, ou nos processos em que é acusado de fraude eleitoral.

Da relação processual eleitoral, assim como nas relações processuais em geral, surgem direitos e obrigações. (PINTO FERREIRA).

Há o direito de *ação*, exercido pelo sujeito ativo, ao qual corresponde um direito de *defesa*, exercido pelo sujeito passivo. A eles corresponde a *obrigação jurisdicional* do Estado, diante da ação intentada e da defesa, a ser prestada com obediência, no plano do direito constitucional, aos comandos típicos do estado de direito democrático (seção nº 31 *supra*), e no plano infranconstitucional, ao que deles, e do sistema em que se inserem, necessariamente deriva.¹⁷

Dois outros traços distinguem o processo eleitoral: celeridade e preclusão.

A *celeridade* decorre do curtíssimo prazo em que se passam, e têm que ser julgados definitivamente, os conflitos e litígios, para que não ocorra dano irreparável à campanha eleitoral de candidato ou de partido político. Por isso mesmo, "sempre que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em três dias da publicação do ato, resolução ou despacho"

(Continuação da nota 15)

§ 2º, *in fine*). A propósito, o voto do Min. SEPULVEDA PERTENCE, no precedente citado na nota 9:

"Toda prerrogativa eleitoral ativa se traduz na titularidade de direitos-função, em cujo exercício se conjugam, de um lado, a atuação de um direito público subjetivo do cidadão ou da coletividade organizada de cidadãos que dele seja titular e, de outro, o desempenho da função pública de órgão parcial da formação da vontade eleitoral do Estado

Creio que, com essa natureza bifronte e suas prerrogativas, tem a ver a duplicidade do *status* do partido político, que está a base do regime do art. 17, §2º, Const., a teor do qual os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

Instrumentos do exercício plural da cidadania, os partidos, enquanto titulares de direitos públicos subjetivos, são associações civis, como tal constituído: reinam aí os princípios da liberdade de criação (...) e da autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (...).

Não obstante, porcuê os partidos não são apenas titulares de direitos subjetivos, mas, por imposição da natureza de suas prerrogativas, são, também e simultaneamente, órgãos de função pública no processo eleitoral, ao mesmo passo em que a liberdade e a autonomia constituem os princípios reitores de sua organização e de sua vida interna, é imperativo que se submetam ao controle da Justiça Eleitoral, na extensão em que o determina a lei, sobre a existência e validade dos atos de sua vida de relação, cuja eficácia interfere no desenvolvimento do processo das eleições.

Sob este prisma e que se legitima a existência de registro nos Tribunais Eleitorais da composição de órgãos diferentes dos partidos políticos: o registro e sua publicidade visam primordialmente a propiciar à Justiça Eleitoral e a terceiros interessados a verificação da imputabilidade a cada partido dos atos de repercussão externa que, em seu nome, praticarem os que se pretendam órgãos de manifestação da vontade partidária."

16 Na forma da Constituição (art. 15), é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta (E. G., serviço militar) ou prestação alternativa; e improbidade administrativa

17 Constituição, art. 5º, § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

(Cód. El., art. 258).¹⁵ Tem-se, mais, que "os recursos eleitorais não terão efeito supressivo" (*id.*, art. 257), é dizer, sua execução se fará imediatamente, mediante comunicação a mais rápida possível à autoridade judicial competente para fazer valer a decisão.^{18-A}

No plano administrativo, a celeridade implica prazos peremptórios para julgamento de todos os recursos, independentemente de sua quantidade ou do número de horas de sessão os Tribunais, além de serviços de plantão.¹⁹

A *preclusão*²⁰ impede que contra o ato eleitoral não impugnado quando de sua ocorrência se interponha recurso: "são preclusivos os prazos para interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional" (Cód. El., art. 259). Por exemplo, "não será admitido recurso contra a apuração se não tiver havido impugnação perante a Junta, do ato de apuração, contra as nulidades argüidas" (Cód. El., art. 171).

No Código Eleitoral distingue-se impugnação e recurso (arts. 169-172). *Impugnação* "é a oposição manifestada mesmo antes de ser tomada uma decisão ou praticado um ato. (...) Geralmente a impugnação é verbal e se destina a desaparecer logo depois de feita. É um protesto com a finalidade de medida preparatória que produz efeitos imediatos; ou mediatos, na hipótese de recurso posterior contra a apuração (...). *Recurso*, no entanto, é medida de que se vale o interessado depois de praticado um ato ou tomada uma decisão. Pode também ser manifestado oralmente (...) mas para ter seguimento deve ser confirmado, dentro dos prazos legais, por petição escrita e fundamentada" (TITO COSTA). Assim, contra os atos da Junta Eleitoral, previamente

18 Código Eleitoral, art. 362. "Das decisões finais de condenação ou absolvição cabe recurso para o Tribunal Regional, a ser interposto em dez dias."

Código Eleitoral, art. 364. "No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal."

Atente-se para a jurisprudência no que tange *embargos de declaração*: "Prazo para recurso Opostos embargos declaratórios, deve ser contado, por inteiro, da data do julgamento dos aludidos embargos" (TSE, Acórdão nº 7.678 no Agravo nº 6.006, Relator Min. TORREÃO BRAZ, Bol. El., vol. 391-01, 37, *Idem* Acórdão nº 11.086 no Agravo nº 8.668, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, DJU 30, abril, '90, p. 1).

18-A Exceto nos recursos interpostos contra a expedição de diplomas (Cód. El., art. 216: Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.)

19 Para as eleições municipais de 3 de outubro de 1992, por exemplo, a Resolução nº 17.770, do Tribunal Superior Eleitoral, fixou os seguintes prazos:

— "5 de julho — Domingo — (90 dias antes): a partir desta data permanecerão abertos aos sábados, domingos e feriados os Cartórios Eleitorais, com pessoal de plantão";

— "13 de agosto — Quinta-feira — (51 dias antes): a partir desta data permanecerão abertas aos sábados, domingos e feriados as Secretarias dos Tribunais Regionais Eleitorais, com pessoal de plantão";

— "17 de agosto — Segunda-feira — (47 dias antes): último dia do prazo para o Juiz Eleitoral proferir decisão sobre as impugnações oferecidas contra a nomeação das Mesas Receptoras, Juntas Eleitorais ou Turmas, escrutinadores ou auxiliares";

— "2 de setembro — Quarta-feira — (31 dias antes): data em que todos os recursos sobre pedidos de registro de candidatos devem estar julgados pelos Tribunais Regionais Eleitorais, e publicadas as respectivas decisões; a partir desta data permanecerá aberta aos sábados, domingos e feriados a Secretaria do Tribunal Superior Eleitoral, com pessoal de plantão."

20 Preclusão é a perda ou caducidade de um direito, de um termo ou de uma faculdade legal ou processual não exercitada dentro de tempo pré-fixado; ato de encerrar ou de impedir que alguma coisa se faça ou prossiga; encerramento do processo ou impedimento para que ele prossiga ou inicie.

impugnados (Cód. El., art. 171), cabe recurso escrito ou oral, desde que fundamentado em 48 horas (Cód. El., art. 169, § 2º).

Dos atos, resoluções ou despachos dos Juízes ou Juntas Eleitorais caberá recurso para o Tribunal Regional (Cód. El., art. 265).

Das decisões dos Tribunais Regionais caberá recurso nas hipóteses previstas na Constituição (art. 121, § 4º, cf. seção nº 10, *supra*). Diz-se *especial* o recurso quando se alega ofensa a expressa disposição da Constituição ou da lei, ou divergência na interpretação de lei entre dois ou mais Tribunais Eleitorais (Cód. El., art. 276, I); *ordinário*, nas demais hipóteses.

No recurso especial, analogamente ao recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, discute-se exclusivamente matéria de direito em face dos fatos e provas assentados definitivamente pelo Tribunal *a quo*.

Das decisões do Tribunal Superior Eleitoral caberá recurso *extraordinário* para o Supremo Tribunal Federal em se alegando ofensa à Constituição, ou recurso *ordinário* quando denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança (Const., art. 121, § 3º).

Neste passo, no entanto, incompleta, de uma perspectiva sistemática, a norma constitucional: se das decisões dos Tribunais Regionais denegatórias de *habeas data* e mandado de injunção²¹ cabe recurso para o Tribunal Superior Eleitoral (Const., art. 121, § 4º, V), por que, em face, também, do amplo sistema de direitos e deveres individuais e coletivos (Const., art. 5º), não se admitir a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal das decisões do Tribunal Superior Eleitoral denegatórias de *habeas data* ou mandado de injunção? Difícil admitir-se, porque incoerente sistematicamente e contraditório principiologicamente, na atual ordem constitucional brasileira, que tanto prestigia o indivíduo em face do Estado, que uma corte de justiça, que não a última da jurisdição *constitucional e nacional*, possa proferir decisão final e irrecorrível em matéria de direitos individuais fundamentais como aqueles protegidos pelo *habeas data* e pelo mandado de injunção. Está-se, aí, diante de uma *lacuna constitucional inconstitucional*.

O processo eleitoral acolhe também o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

O *habeas corpus* será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, e o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (Const., art. 5º, LXVIII, LXIX).

2: Vide nota nº 2.

O Código Eleitoral os prevê na competência originária do Tribunal Superior Eleitoral (art. 22, I, e)²², dos Tribunais Regionais e dos juízes eleitorais (arts. 29, I, e e 35, III); como também na competência recursal dos Tribunais (Cód. El., art. 29, II, b; Const., art. 121 § 4º, V).

São possíveis, ainda, os *embargos de declaração* quando houver no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição ou quando for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o Tribunal (Cód. El., arts. 279 e 282).^{22-A}

O recurso contra a expedição de diploma caberá nos casos de inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato; de errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional; de erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou sua contemplação sob determinada legenda, ou de concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos na hipótese de anulação de votação por vício de falsidade, fraude, coação, etc. (Cód. El., art. 262 c/c art. 222).

A norma é geral e incide nas três instâncias: juízo eleitoral (pleitos municipais), Tribunais Regionais (eleições estaduais e para o Congresso Nacional) e Tribunal Superior Eleitoral (eleição de Presidente da República)²³. Enquanto o Tribunal Superior Eleitoral não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma poderá o diplomado exercer o mandato (Cód. El., art. 216)²⁴.

22 A norma está parcialmente derogada pela nova Constituição, a qual comete a competência originária do Supremo Tribunal Federal o *habeas corpus* e o mandado de segurança quando coator o Presidente da República (art. 102, I, d, i). Ainda parcialmente derogado no que tange o mandado de segurança quando coator o Ministro de Estado, agora competência originária do Superior Tribunal de Justiça. (Const., art. 105, I, b). Não, todavia, o *habeas corpus* em matéria eleitoral, expressamente ressalvado da competência originária do mesmo Superior Tribunal de Justiça (Const., art. 105 I, c).

Restaria, assim, na competência originária do Tribunal Superior Eleitoral, o *habeas corpus* e o mandado de segurança quando coatores os Tribunais Regionais. Todavia, sua jurisprudência predominante e no sentido de que o mandado de segurança contra ato de presidente ou relator de Tribunal Regional deva ser impetrado originariamente perante o próprio Regional, e, só após, chegar ao Tribunal Superior, seja pela via recursal, seja por impetração originária para sustar a decisão local até julgamento do mérito nos autos principais -- os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo. É a aplicação que faz da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79), art. 21, VI: "compete aos Tribunais, privativamente, julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, turmas ou seções".) Precedente: "Mandado de segurança originário perante o TSE contra ato de relator em Tribunal Regional. Descabimento (Cód. El., art. 22, I, e). Segurança não conhecida, tornada insubsistente a liminar" (TSE, Acórdão nº 12.344, no Mandado de Segurança nº 1.542, relator Min. TORQUATO JARDIM, DJU 17, agosto, 92, seção 1, p. 12.469).

22-A Vide nota 25.

23 Vide seção nº 2.

24 "Se, no pedido inicial, pretendia o impetrante lhe fosse assegurado permanecer no exercício do cargo de prefeito, até o julgamento do recurso interposto da decisão do TRE, que anulará a eleição e a diplomação, torna-se sem objeto o mandado de segurança com a decisão do TSE não conhecendo do recurso especial." (Acórdão nº 6.552 no Mandado de Segurança nº 515, relator Min. NERI DA SILVEIRA, Bol. El., vol. 330-01, pág. 63).

Idem: Acórdão nº 5.719 no Agravo nº 4.273, relator Min. PEDRO GORDILHO, Bol. El., vol. 295-01, p. 124.

Inadmissível, na Justiça Eleitoral, a *ação rescisória* como recurso eleitoral por ausência de previsão no Código Eleitoral, e por ser incompatível com a celeridade do processo eleitoral.²⁵

Estudo recente destaca que, se antes não havia *revisão criminal*, "porque o crime eleitoral não tornava ninguém inelegível. (...) a partir da (atual Lei de Inelegibilidade), todos os crimes eleitorais passaram, a gerar inelegibilidade por três anos. É o que diz a alínea e do inciso I do art. 1º da lei citada. Assim, qualquer condenação geradora de pequenas penas como, multa, dias de condenação e assemelhados, passaram a trazer, junto com essa condenação, o estigma da inelegibilidade por *três anos*. Daí, impor-se a partir de agora ao nosso ver a figura da *revisão criminal* na área da Justiça Eleitoral, como forma de permitir a não-existência de excessos. Pequenas punições por pequenos delitos geram grandes conseqüências para a eleição de candidatos. Geram sua inelegibilidade." (ALBERTO ROLLO e ENIR BRAGA.)

Este comentário, todavia, não corresponde à jurisprudência. O Tribunal Superior Eleitoral, já sob o regime constitucional de 1967-69, examinara, em agravo de instrumento, os pressupostos de admissibilidade de recurso especial interposto contra acórdão regional que indeferira *revisão criminal*, sem qualquer questionamento sobre o cabimento da ação. Assim o fez, uma vez mais, recentemente, já sob a Constituição de 1988, em exame de recurso.²⁶

25 "Ação rescisória. Sua inadmissibilidade na Justiça Eleitoral, por ausência de previsão legal no Código Eleitoral, e por ser incompatível com a celeridade que se deve imprimir ao processo eleitoral." (Acórdão nº 11.742 no Processo nº 6.275, Relator Min. GUEIROS LEITE, Bol. El., vol. 1-1, p. 1, 1983). No mesmo sentido: Acórdão nº 12.054 ao Agravo nº 8.656, Relator Min. PEDRO ACIOLI, DJU 11 outubro 91, p. 14.273.

Ação rescisória: "A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I — se verificar que foi dada por prevaricação, conculsação ou corrupção do juiz; II — proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III — resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV — violar literal disposição de lei" (Código de Processo Civil, art. 485).

Excepcionalmente, os embargos de declaração podem fazer as vezes de ação rescisória: "Embargos de declaração admitidos para alterar a decisão. (...) Hipótese excepcional em que, à falta de ação rescisória, a correção pode ser feita em embargos de declaração." (Acórdão nº 5.988 no Recurso nº 4.522, Relator Min. RODRIGUES ALCKMIN, Bol. El. vol. 304, p. 899).

26 "Revisão criminal. Recurso especial. Agravo de instrumento.

Merece ser prestigiado o despacho que inadmite o recurso especial manifestado contra acórdão que indeferiu *revisão criminal*, posto que a decisão recorrida não violou qualquer texto legislativo, dando fiel aplicação aos preceitos pertinentes, sendo certo, ainda, que a jurisprudência indicada como divergente é formalmente inadequada para a espécie. Agravo desprovido." (Acórdão nº 8.693, no Agravo nº 6.285, Relator Min. WILLIAM PATTERSON, Bol. El. nº 434, p. 509)

"Candidato a vice-prefeito. Revisão criminal baseada em suposta ofensa ao princípio do contraditório. Pedido julgado improcedente pela Corte Regional. A sentença condenatória passada em julgado lastreou-se nas provas produzidas nos autos, dando-se ampla oportunidade de defesa ao réu. Não se configura, *in casu*, nenhuma das hipóteses de *revisão criminal* no art. 621, inc. I a III, do Código de Processo Penal. Recurso não conhecido." (Acórdão nº 12.174 ao Recurso nº 9.531, Relator Min. HUGO GUEIROS, DJU 13, agosto 92, seção 1, p. 12.172.)

A *revisão criminal* dos processos findos será admitida quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos ou se fundar em depoimentos, exames e documentos comprovadamente falsos; ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena (Código de Processo Penal, art. 621)

De particular importância são os *prejulgados*: “no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgado para os demais casos salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal” (Cód. El., art. 263).

Sua razão de ser decorre da natureza célere do processo eleitoral e da conveniência imperiosa de previsibilidade e estabilidade da jurisprudência, dados os poucos meses que fluem da escolha dos candidatos nas convenções dos partidos à decisão final dos litígios em juízo. Uma jurisprudência cambiante dificultaria sobremaneira a ação dos candidatos e partidos.

As dificuldades são muitas no entanto. Bastará uma única decisão, por qualquer *quorum*, num primeiro processo, para vincular o Tribunal ao voto de dois terços de seus membros para mudar de opinião? Quantos precedentes darão substância a um prejudgado? Se vários os precedentes à sua afirmação, como redigir seu texto e sob que forma jurídica editá-lo com força legal vinculante? Os prejudgados do Tribunal Superior do Trabalho, de igual natureza, foram declarados não mandatórios, não vinculativos e não cogentes pelo Supremo Tribunal Federal.²⁷

A Constituição de 1988, no capítulo “Dos Direitos Políticos”, prevê a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§ 9º, 10 e 11):

“§ 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.”

A ação é de direito constitucional eleitoral, e, portanto, seus pressupostos e objetivos devem ser vistos pela ótica do direito constitucional. Não se trata de ação penal, seja a do crime comum, seja a do crime eleitoral.

²⁷ Representação n.º 94h (RTJ 82/44) Flucidativo este voto do Min. LEITÃO DE ABREU (Agravado Instrumento n.º 70.541, RTJ 84/858).

“(…) o prejudgado trabalhista, qualquer que seja ele, carece de força vinculativa ou normatividade, não estando obrigados a respeitá-lo os demais órgãos da Justiça do Trabalho, (...) os princípios nele expressos não eram de observância obrigatória pelos demais órgãos da justiça trabalhista. Ficou estabelecido, por conseguinte, em outras palavras, que os prejudgados revestiam, para usar terminologia do direito norte-americano, caráter diretório, não mandatório. Justamente por não serem mandatórios, vinculativos ou cogentes, deixou esta Corte de considerá-los objeto de representação por inconstitucionalidade, uma vez que, como tais, não entravam em conflito com a Constituição Federal.”

Dir-se-á que essa interpretação confere ao juiz latitude por demais ampla no julgamento do feito, pois que muito de sutilezas não comensuráveis destilaria para a sentença. O argumento, todavia, não procede. Não procede porque o bem jurídico tutelado não é nem a vida, nem a liberdade, nem a propriedade.

Nesta ação o bem jurídico tutelado é de natureza coletiva, indivisível, do interesse de todos, para o qual irrelevante a vontade ou o interesse individual, qual seja, o sufrágio universal mediante voto direto e secreto, imune às manipulações e à influência do poder econômico e ao abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, sem o que, na *presunção* da Constituição, não se protegerá a normalidade e a legitimidade das eleições, nem se preservará o interesse público de lisura eleitoral.

Tanto que tão diferentes os bens jurídicos tutelados que, em face da violação ao valor que lhe é intrínseco, a sanção aplicável será a inelegibilidade do representado para as eleições a se realizarem nos três anos subsequentes à eleição em que se verificar o ato a ela contrário, além da cassação do registro do candidato (Lei de Inelegibilidade, art. 22, XIV). Apenas isto: não se lhe toca a vida, nem a liberdade, nem a propriedade. Se algum resíduo de infração restar, responderá o já então ex-candidato por outro ilícito, eleitoral ou não, observado diverso devido processo legal²⁸. No mesmo sentido este voto: "A perda do mandato, que pode decorrer da ação de impugnação, não é uma pena, cuja imposição devesse resultar da apuração de crime eleitoral de responsabilidade do mandatário, mas, sim, consequência do comprometimento da legitimidade da eleição, por vício de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Por isso, nem o art. 14, § 10 (da Constituição), nem o princípio do *due process of law*, ainda que se lhe empreste o conceito substantivo que ganhou na América do Norte, subordinam a perda do mandato à responsabilidade pessoal do candidato eleito nas práticas viciosas que, comprometendo o pleito, a determinem". (TSE, Min. SEPULVEDA PERTENCE, Acórdão nº 12.030, 25 junho 91, DJU 16 setembro 91.)

Dele não diverge este outro voto: "Ainda corroborando a sua afirmativa de que a ação possível, prevista no § 10 do art. 14 (da Constituição), nada tem a ver com a responsabilidade penal, basta fazer esta consideração: julgada procedente a ação, nada impede que, sem ofensa à regra do *non bis in idem*, venha a ser instaurado um processo penal pela prática de crime eleitoral, se for o caso" (TSE, Min. PAULO BROSSARD, Acórdão nº 11.951, 14 maio 91, DJU 7 junho 91).

A ação de impugnação de mandato eletivo poderá ser proposta mediante representação de qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral, com relato dos fatos e indicação das provas, indícios e circunstâncias, e será instruída e julgada conforme rito contraditório, assegurada a ampla defesa e o devido processo legal posto na lei (Lei de Inelegibilidade, arts. 22 e seguintes).

28 - Cf. voto do Autor no Recurso nº 9.354

Crucial para o julgamento da ação a norma segundo a qual “o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral” (Lei de Inelegibilidade, art. 23).

Observe-se, com a merecida atenção, que, diante do bem público tutelado a normalidade e legitimidade das eleições (Constituição, art. 14, § 9º) e o interesse público de lisura eleitoral (Lei de Inelegibilidade, art. 23, *in fine*), a latitude da capacidade de decisão que a norma confere ao julgador: *no mesmo plano de eficácia legal* que a prova produzida e os fatos alegados pelas partes estão os fatos públicos e notórios, os indícios e presunções e as circunstâncias ou fatos mesmo que sequer alegados pelas partes.

O que faz a norma, ao tutelar valores fundamentais à eficácia social do regime democrático representativo, é exigir do juiz sua imersão total no meio social e político no qual exerça seu mister; é impor-lhe vivência com a realidade sociológica e as nuances do processo político que, por intermédio do direito positivo, com as peculiaridades inerentes à imparcialidade de decisão do Judiciário, deve ele, provocado na forma da lei, controlar, com o fim de assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições e o interesse público de lisura eleitoral.

Não lhe permite a norma pretender ignorar o que dos autos não conste; ao contrário, exige-lhe a lei, que instrumenta a eficácia legal e a eficácia social da Constituição, que acompanhe ele a vida social e política de sua comunidade. De distante e pretenciosamente indiferente observador da cena política à sua volta, torna-se o julgador, por imposição legal, um *spectateur engagé* — na feliz expressão com que se descreveu a vida intelectual de Raymond Aron.

É esta a responsabilidade que a normatividade impõe ao Judiciário compartilhar, engajadamente, com os outros Poderes constituídos, e, também, e não menos importante, com os poderes intermediários, na terminologia de Montesquieu, na defesa da democracia e de seu meio mais reconhecido de legitimidade política e validade legal: a eleição pelo voto direto e secreto em sufrágio universal revestido de normalidade, legitimidade e lisura. A tanto há de se entregar o Judiciário, menos por criação constitucional, ou motivação ética, mas, agora, por imposição normativa.

Esta imposição normativa não o constringe a considerar, tão-somente, prova produzida ou cabalmente testada, nem conhecer apenas os fatos ou circunstâncias alegados. Também, e em igual hierarquia de valoração, deve tomar em conta todo o quadro social público e notório de indícios e presunções, circunstâncias ou fatos conhecidos de seu engajamento com o ambiente social²⁹.

29 *Idem*

A celeridade do processo eleitoral, a necessidade de se reduzirem os conflitos e os litígios e a conveniência de previsibilidade legal justificam o processo de *consulta*, mediante o qual se responde às perguntas que feitas em tese por autoridade com jurisdição federal (deputado federal ou senador) ou órgão nacional de partido político (diretório nacional), no caso do Tribunal Superior Eleitoral, ou por autoridade pública ou partido político, no caso dos Tribunais Regionais (Cód. El., arts. 23, XII e 30, VIII).

Consultar em tese é descrever situação, estado ou circunstância genérica o bastante para (i) tal qual a norma jurídica, admitir-se provável sua repetição sucessiva e despersonalizada, e (ii) revelar-se a dúvida razoável e genuína, em face de lacuna ou obscuridade legislativa ou jurisprudencial, porém, jamais, antecipação de julgamento judicial ou supressão de instância³⁰.

É extensa a jurisprudência no sentido de que contra decisão de Tribunal Regional em processo de consulta descabe mandado de segurança ou recurso especial. Os precedentes divergem, contudo, quanto à sua força vinculativa: ora "mero ato de orientação em caráter vinculativo e sem efeitos concretos", a que se nega caráter de título a ato de execução, ora "com eficácia de decisão e como tal há de ser garantida"³¹.

5. Conclusão

O processo eleitoral é o liame que une a eficácia social da República à eficácia legal da Constituição que lhe dá forma jurídica. A soberania popular é a pedra angular da República: "todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (art. 1º, parágrafo único). À proposição sociológica juridicizada na norma há de corresponder um meio legalmente capaz de concretizá-la na *praxis* coletiva. Este meio é o processo eleitoral.

30 Consulta de deputado federal sobre a elegibilidade, para prefeito, de cidadão que, em período anterior, teve suas contas rejeitadas por mais de uma vez pelo Conselho de Contas dos Municípios, sem que, no entanto, tenham sido apreciadas pela Câmara de Vereadores respectiva. Resposta: não conhecida por tentar dirimir caso concreto (TSE, Resolução nº 18.220, Relator Min. CARLOS VELLOSO, DJU 17 agosto 92, p. 12.470).

Consulta de deputado federal sobre impedimento legal de filho de prefeito falecido após dois anos e três meses de mandato de candidatar-se a prefeito, em face de inelegibilidade por relação de parentesco (vide seção nº 22). Resposta: realizado o julgamento no dia 16 de junho, e "estando já em curso o período de realização de convenção e registro de candidatos o Tribunal não conheceu da consulta"; caso contrário poderia estar suprimindo instância de julgamento. (TSE, Resolução nº 18.285, Relator Min. TORQUATO JARDIM, DJU 17 agosto 92, p. 12.470).

Vide consulta citada na nota nº 11 sobre hipótese de aparente lacuna legislativa

31 "Mandado de segurança contra consulta a Tribunal Regional Eleitoral. Descabimento, desde que a decisão profereida pelo órgão regional é mero ato de orientação sem caráter vinculativo e sem efeitos concretos." (TSE, Acórdão nº 11.287 no MS nº 1.253, Relator Min. BUENO DE SOUZA, DJU 5 outubro 90, p. 10.374).

"Consulta. A resposta a ela dada contendo instrução sobre matéria eleitoral tem eficácia de decisão e como tal há de ser garantida." (TSE, Resolução nº 11.547 na Reclamação nº 6.697, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, Bol. El., vol. 385-411, p. 42)

"Resposta a consulta não gera efeitos concretos, pois não pode servir de título a ato de execução", donde o descabimento do mandado de segurança contra consulta ao TRE (Acórdão nº 11.245 no Agravo nº 1.263, Rel. Min. CÉLIO BORJA, DJU 21 setembro 90, 10.156).

É princípio geral de direito, não adstrito ao direito privado, o de que "a todo direito corresponde uma ação que o assegure" (Código Civil Brasileiro de 1916, art. 75).

Destarte, o processo eleitoral serve ao fim de ordenar o devido processo legal, formal e material, de sorte a assegurar o bem maior da ordem republicana, que é o exercício ativo da cidadania. Se a estabilidade das liberdades republicanas é renovada no exercício esclarecido do direito eleitoral substantivo, elas são muito mais crucialmente reconstituídas no exercício legal do direito eleitoral adjetivo. Em outras palavras, em nenhum outro ramo do Direito poderá a sociedade civil, titular da soberania, no sentimento intuitivo do mais humilde e menos ilustrado de seus cidadãos, aferir a legitimidade das instituições republicanas e a validade dos processos legais da República.

Por isso mesmo, o direito adjetivo eleitoral, ao recolher princípios e procedimentos dos processos penal e civil, os recompõe, conferindo-lhes nota publicística mais aguda. Seu fim não é compor litígios privados e conflitos de direitos disponíveis, nem resolver o confronto das conveniências particulares com os interesses públicos que o Estado represente. Sua função é abrir caminhos à expressão mais íntima do cidadão, a de que ele, pelo voto, votando ou sendo votado, reconstrói, para melhor, e a cada eleição, seu próprio sentido de destino para si, sua família e seu País.

Rara será a função estatal que, desempenhada com desacerto ou insuficiência, possa ferir tão fundo, a tantos e em tão pouco tempo, quanto aquela de administrar o processo eleitoral. Não há sentimento maior de frustração cívica coletiva do que o de se descobrir fraudulento, viciado ou corrupto o que só se pode admitir legítimo e válido conforme a lei. É rica a história em exemplos de convulsões sociais, muitas não contidas pela força estatal, outras sufocadas ao custo de vidas inúmeras, heróis anônimos, cujo libelo fôra clamar por eleições livres, legitimadas, a um só tempo, pelo assentimento dos eleitores e pelo desempenho reto de sua justiça eleitoral.

O papel da Justiça e do processo eleitoral é, diante da República, este: o de assegurar, aos titulares da soberania, que o processo institucional se realizou legítima e validamente, que seus representantes eleitos foram escolhidos legítima e validamente. A ausência desta certeza fere de morte a República.

Referências bibliográficas

- Alberto ROLLO e ENIR BRAGA, *Comentários as Eleições de 1992*, ed. Saraiva, São Paulo, 1992
- Antonio Roque CITADINI, *Código Eleitoral Anotado e Comentado*, ed. Max Limonad, São Paulo, 1985
- ELCIAS FERREIRA DA COSTA, *Direito Eleitoral: Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, ed. Forense, Rio, 1992
- FAVILA RIBEIRO, *Direito Eleitoral*, 2ª ed., ed. Forense, Rio, 1986
- JOEL JOSÉ CANDIDO, *Direito Eleitoral Brasileiro*, 2ª ed., EDIPRO, São Paulo, 1992
- PINTO FERREIRA, *Código Eleitoral Comentado*, ed. Saraiva, São Paulo, 1991
- ROBERTO ROSAS, Função Normativa da Justiça Eleitoral, in *Boletim Eleitoral*, vol. 244, p. 252
- TITO COSTA, *Recursos em Matéria Eleitoral*, 2ª ed., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986

Novos Municípios

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

Nas últimas eleições, foram eleitos os Prefeitos e os Vereadores dos novos Municípios, recentemente criados por lei estadual, que se instalaram no dia 1º-1-93.

Essas autoridades enfrentam uma série de problemas de relacionamento com o antigo Município, de onde a nova unidade política era um distrito, que foi emancipado.

Algumas dúvidas, mais freqüentes e mais significativas, podem ser sumariadas: qual a situação dos bens imóveis situados naquele distrito? Como proceder com relação a bens móveis, tais como equipamentos, material permanente e material de consumo? Qual a situação dos servidores municipais que prestavam serviço no distrito emancipado? Como ficam os lançamentos do IPTU-1993 e dos demais tributos? Qual o destino da cota-parte do ICMS? Enfim, inúmeras perguntas poderiam ser formuladas.

Evidentemente, nenhuma dessas indagações comporta uma resposta única e universal, pois a disciplina jurídica é variável em cada Estado brasileiro, e a situação de fato por certo será peculiar em cada caso, mas é sempre possível formular uma linha de raciocínio que pode funcionar como ponto de partida em todos os casos.

As indagações suscitadas se revestem de especial dificuldade, em face da escassa experiência a respeito do tema, em decorrência das profundas modificações no trato da matéria introduzida pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, anteriormente, a criação de novos Municípios era regida por lei complementar federal e somente poderia ocorrer no ano imediatamente anterior ao das eleições municipais. Tal lei era a Lei Complementar nº 1, de 9-11-67, a qual estabelecia condições tão restritivas que, no Estado de São Paulo, durante os vinte e tantos anos de sua vigência somente um novo Município foi criado (Vargem Grande Paulista).

Além disso, como a organização municipal era feita por lei complementar estadual, a própria Lei Orgânica dos Municípios já disciplinava, superiormente, a fase de transição entre a criação e a instalação do novo Município.

Atualmente, porém, por força do disposto no art. 18, parágrafo 4º da Constituição Federal em vigor, a criação de novos Municípios é feita com base e nos termos de lei complementar estadual, e, como se sabe, além disso, cada Município edita sua própria lei orgânica.

Esta última consideração significa que não existe lei/alguma disciplinando previamente a organização do Município nascituro.

A legislação sobre esse tema, atualmente em vigor no Estado de São Paulo, é a Lei Complementar nº 651, de 31-7-90, em cujo curtíssimo período de vigência, já foram criados cerca de 40 novos Municípios. Tal fato já demonstra a "benevolência" de nova disciplina legal e indica o aqodamento com o qual a questão foi tratada, sem tempo para a fixação de um regramento mais cuidadoso e mais adequado à nova posição do Município na organização nacional.

A LC 651/90 não estabelece qualquer limite quanto ao momento de criação de novos Municípios, mas, em seu art. 4º determina que a *instalação* do novo Município ocorra com a posse do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores. Isso significa que, em tese, pode ocorrer que um novo Município seja criado e permaneça em estado latente até por quase quatro anos.

Para complicar ainda mais o problema, o art. 7º da LC 651/90 estabelece que "Enquanto não for instalado o Município, a contabilidade de sua receita e despesa será feita em separado, pelos órgãos competentes do Município ou dos Municípios de origem". Tal dispositivo não pode ser tomado em sua literalidade, mas, sim, deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 10, o qual determina que "O novo Município indenizará o Município ou Municípios de origem da quota-parte das dívidas vencíveis após sua criação, contraídas para a execução de obras e serviços que tenham beneficiado os territórios envolvidos".

A conjugação desses dispositivos estabelece uma situação de justiça, de equidade, de equilíbrio e de razoabilidade, fazendo com que o fenômeno da criação de um novo Município não redunde nem em *enriquecimento sem causa*, nem em prejuízo, quer para o antigo como para o novo Município.

É preciso deixar bem claro que, antes de ser instalado, o novo Município, apenas criado, não realiza nem receitas nem despesas. Fatos ocorridos no território do distrito emancipado é que podem ensejar *ingressos ou dispêndios* no patrimônio do Município-mãe.

Portanto, não se pode falar, propriamente, em *receitas e despesas* do novo Município, ou em contabilização isolada e autônoma de tais ocorrências. Não há e nem pode haver uma contabilização formal e completa (por exemplo, com notas de empenho e ordens de pagamento emitidas em série própria e liquidação autônoma). O que se pode fazer, em atenção ao espírito do

art. 7º combinado com o art. 10, é um registro dos principais eventos economicamente significativos e objetivamente atribuíveis ou vinculáveis à área do distrito emancipado.

Em princípio, toda receita e toda despesa depende de atividades instrumentais cujo custo ou não pode ser avaliado, ou somente pode ser apurado em seu valor global, sem possibilidade de apropriação objetiva e concreta a uma dada área territorial. Por exemplo, sendo a Administração Pública uma atividade infralegal, que se realiza sempre e necessariamente de acordo com a lei, seria o caso de se perguntar quanto, dos custos do Poder Legislativo, pode ou deve ser atribuído à área emancipada.

O claro e evidente propósito da lei é o de evitar que o novo Município se beneficie de um investimento (uma obra pública) feita pelo antigo Município, cuja população (não beneficiada) arcaria com o pagamento da conta. Suponha-se que tal obra tenha sido concluída e paga no dia imediatamente anterior ao da publicação da lei criadora do novo Município. Seria sumamente injusto que o novo Município nada pagasse por isso.

Seria, então, o caso de se perguntar: o patrimônio (bens móveis e imóveis) que passa ao novo Município deve ser indenizado? Ora, muitos dos bens transferidos já foram pagos, parcialmente, pela população do distrito emancipado. Isso mostra a impossibilidade de se chegar a uma conta exata, objetivamente aferível e totalmente inquestionável.

Entenda-se, portanto, que a contabilidade referida no art. 7º da LC 651/90 é apenas um registro dos principais e mais significativos eventos econômico-financeiros, registro esse feito para evitar desequilíbrios, injustiças, empobrecimentos indevidos e enriquecimentos sem causa.

Nem se pretenda um rigor absoluto no registro das receitas e uma transigência no tocante às despesas, ou vice-versa. Havendo um saldo significativo, num ou noutro sentido, cabe perguntar: de que forma, em que prazo, deve ser liquidada a conta?

Enfim, nunca se perca de vista que não se está falando de negócios entre particulares nem de relações entre Estados soberanos, mas sim do bem-estar de cidadãos brasileiros e do interesse público, que não comporta nem obedece rígidas barreiras territoriais, até porque a pessoa residente numa área pode trabalhar em outra, estudar em uma terceira, recrear-se numa quarta, ter atendimento médico-sanitário numa quinta, e assim por diante.

O mero e secundário interesse da Administração não pode sobrepor-se ao primordial interesse público, cuja satisfação deve orientar a solução das infinitas pendências que podem ocorrer.

Melhor teria sido deixar expressamente consignado que o novo Município passa a existir na data de sua instalação. Mas o que não está explícito está implícito, pois nenhuma pessoa pode realizar negócios antes de poder expressar-se, sem dispor de meios para emitir sua vontade. Antes de ter seu governo próprio, o novo Município não existe como entidade autônoma.

De todo modo, existe uma questão preliminar que precisa ser resolvida, qual seja a que diz respeito ao momento em que o Município começa a existir.

O primeiro impulso leva à conclusão, tão imediata quanto falsa, de que o Município passa a existir com a promulgação da lei de sua criação, pois, como regra, a existência da pessoa jurídica se inicia com o aperfeiçoamento de seu ato de criação.

Ora, o que é uma pessoa jurídica? É um centro de imputação de direitos, deveres e responsabilidades. Mas a pessoa jurídica não pode se manifestar senão por meio da atividade de pessoas físicas legalmente habilitadas para atuar em seu nome. No caso da criação de um novo Município, isso somente vai ocorrer quando de sua instalação, com a posse de seus dirigentes.

É certo que os dirigentes do Município-mãe poderiam atuar em nome do Município recém-criado, entretanto isso aniquila a própria razão de ser da criação do novo Município, qual seja a sua completa autonomia, sua capacidade de auto-gestão.

Não é possível ignorar, também, um dado da realidade: existem inúmeras situações em que é impossível determinar quanto uma determinada atividade beneficia ou onera um fragmento territorial do antigo Município. Por exemplo: quanto ao salário do Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores e servidores municipais deve ser imputado ao novo Município?

Numa perspectiva puramente jurídica é preciso entender que a criação de um Município não se encerra em um ato, mas, sim, em um procedimento político-administrativo cuja finalidade última é atribuir autonomia político-administrativa a uma dada circunscrição territorial. Tal procedimento não termina senão no momento em que tal autonomia passa a ser concretamente exercitável.

O saudoso e consagrado HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Municipal Brasileiro* (RT, São Paulo, 4ª ed., 1981, p. 43) já se referia ao "procedimento de criação de Município", no qual ele identificava quatro fases: a da representação à Assembléia Legislativa acompanhada dos comprovantes do atendimento dos requisitos mínimos de criação; a da deliberação da Assembléia Legislativa no sentido de realização do plebiscito; a da realização concreta do plebiscito; e a da promulgação da lei criadora do novo Município.

Note-se que, nessa ocasião, quando desse escrito, o Município era desprovido de capacidade de auto-organização. Ou seja, uma vez criado, ele já estaria automaticamente organizado, com a prévia definição das competências de seus governantes.

Atualmente, é preciso atentar para com a advertência feita por JOSE NILO DE CASTRO, em seu *Direito Municipal Positivo* (Del Rey, Belo Horizonte, 2ª ed. 1992), nestes termos:

"Entretanto, criado o Município, não se está dizendo que se pode, de imediato, exercitar o plexo dos poderes municipais. Antes

vêm os atos necessários à instalação. como a própria instalação do Município, de cujos detalhamentos procedimentais cuidará, necessariamente, a lei complementar estadual, de que cogita o parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição Federal.”

É irrecusável, portanto, que o procedimento de criação do novo Município somente se completa com mais duas fases: a eleição de seus governantes e a posse dos eleitos.

Antes da instalação o novo Município é com um nascituro, cujos interesses são protegidos pelo sistema jurídico antes mesmo de adquirir personalidade jurídica. No caso do Município, não se nega que a personalidade jurídica surge com a lei de criação, porém a eficácia plena dessa lei somente é atingida com a instalação. Antes desse momento não há que se falar em tributos, servidores ou bens do futuro Município.

Quanto a este último ponto, o legislador complementar estadual se penitenciou ao dizer, no art. 9º da Lei em exame, que a passagem dos bens do velho para o novo Município somente ocorre na data da instalação.

Uma leitura apressada, literal e desatenta do art. 10 poderia levar à conclusão de que até tal data o antigo Município poderia alienar bens situados no Distrito emancipado. Mas o conjunto dos dispositivos da mesma Lei, a interpretação feita pelo método lógico-sistemático, aponta em sentido contrário.

Entretanto, pode ocorrer que a venda (ou a permuta) de algum imóvel situado no distrito emancipado seja necessária à instalação do futuro Município.

Nesse caso, assegurada a vinculação, a alinação do imóvel seria perfeitamente factível.

O que se pretende dizer é que o direito não prescinde do bom-senso. É absolutamente impossível ao legislador disciplinar as infinitas situações que podem ocorrer no momento da criação de específicos e determinados Municípios, em virtude das peculiaridades de cada caso.

Assim sendo, as lacunas do ordenamento normativo devem ser preenchidas mediante processos de integração, com a utilização da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito e acima de tudo, com a razoabilidade pautada pelos valores consagrados no sistema e pelas finalidades visadas em cada caso.

Em síntese, a criação de novos Municípios não tem e nem comporta uma normatividade exaustiva. Cada caso exige um esforço enorme de interpretação e integração, para que se possa manter uma certa coerência e não se aniquile totalmente a segurança jurídica.

As peculiaridades de cada caso não admitem soluções uniformes previamente estabelecidas. A legislação existente pode indicar pontos de partida, regras gerais cuja aplicabilidade fica na dependência de sua adequação a cada caso.

Na verdade, existe um espaço enorme para a adoção de soluções negociadas, concertadas, ditadas pela razão, pelo bom-senso, pela equidade e pelo espírito público. Onde isso não existir, instaurar-se-ão conflitos que somente serão compostos pelo bom-senso dos representantes do Poder Judiciário.

Nessa linha de pensamento, é possível indicar, em cada uma das indagações especificamente formuladas, qual a regra geral e quais as variáveis mais evidentes, que certamente servirão para orientar a conduta a ser adotada nos casos cujas peculiaridades impedem uma pré-determinação das ações a serem empreendidas.

No tocante aos bens imóveis, a regra geral é que eles passem a integrar o patrimônio do novo Município no momento de sua instalação, conforme consta expressamente do art. 9º da LC 651/90. Entretanto, o parágrafo único desse mesmo artigo contém ressalvas, no sentido de afirmar que se o uso do bem estiver sendo partilhado pelo velho e novo Municípios (por exemplo, um reservatório e estação de tratamento de águas) ele deve ser administrado e explorado conjuntamente, "Como patrimônio comum". Além disso, na parte final, está dito que se o bem estiver servido apenas ao Município do qual se desmembrou continuará a pertencer-lhe.

Pode-se, portanto, afirmar que, como regra geral, os bens imóveis municipais situados no distrito emancipado passarão ao novo Município no dia 1º de janeiro de 1993, ressalvadas as situações especiais acima apontadas, ou outra qualquer com elas assemelhada.

Quanto aos bens móveis, a situação é a mesma dos bens imóveis, pois o art. 9º supra referido não faz distinção entre móveis e imóveis.

Todavia, existem diferenças materiais substanciais entre tais bens, a partir da consideração que bens móveis são, em princípio, removíveis (podem até ser semoventes, como os veículos). Mas é preciso considerar se o bem está ou não agregado a um imóvel por acessão física, ou seja, se o bem móvel (um equipamento, por exemplo, uma correia transportadora num aterro sanitário) é indispensável ao uso normal e próprio do imóvel. Em tal caso, ele seguiria o destino do imóvel, mesmo que fosse um veículo (um trator utilizado no mesmo aterro sanitário).

Quanto ao material permanente o critério determinante do destino do bem será sua essencialidade para a continuidade do uso a que estiver adstrito, evidentemente se tal uso também for essencial ao novo Município.

O mesmo pode ser dito com relação ao material de consumo, que deve ser deixado em quantidade necessária para evitar solução de continuidade do serviço, até que o novo Município possa cuidar do assunto.

No que concerne aos servidores públicos, a regra geral é a de que eles são vinculados ao Município de origem. Eles não se incorporam ao "patrimônio" do distrito emancipado elevado à condição de Município.

Caso o desempenho de suas funções seja absolutamente essencial para o funcionamento de serviços que passarão ao novo Município, eles podem ser cedidos temporariamente, mediante afastamento, com ou sem prejuízo

dos vencimentos, mediante acordo entre as autoridades de um e outro Município.

Nada impede que os servidores do Município-mãe passem para o novo Município, mas, neste caso, deverá haver um acordo trilateral, pois nenhuma das partes envolvidas pode ser compelida a aceitar aquilo que não deseja.

O servidor que passar de um Município para outro manterá sua condição funcional. Se simplesmente estabilizado pela Constituição, assim permanecerá. Se concursado mas em estágio probatório, concluirá tal período no novo Município. Se titular de cargo efetivo, deverá ser lotado em cargo idêntico criado por lei do novo Município, pois o cargo não se transfere junto com o servidor.

Os cargos que sobrarem no antigo Município poderão permanecer vagos ou serão extintos, por lei. Os servidores que ficarem sem função, ou ficarão em disponibilidade ou serão aproveitados em cargos de funções iguais ou assemelhadas, sendo obrigatório o aproveitamento sempre que possível.

Quanto aos tributos, cabe ao novo Município proceder aos lançamentos, com base na legislação do Município-mãe, que continuará a ser aplicada no novo Município, até que este legisle sobre o mesmo assunto, conforme expressamente dito no art. 6º da LC 651/90.

Nada impede um acordo para que o antigo Município (que já tem estrutura para isso) proceda ao trabalho de emissão de carnês e avisos-recibos, mas a cobrança e recebimento somente pode ser feita pelo novo Município ou por sua ordem, conforme o disposto na legislação aplicável à matéria. Ou seja, o trabalho material de elaboração dos documentos fiscais pode ser feito por terceiros, mas a transferência parcial da competência impositiva depende de autorização legislativa.

Finalmente, no que diz respeito ao recebimento de qualquer cota-parte, seja do ICMS ou do FPM, a parcela a ser recebida pelo novo Município será retirada do Município de origem, em proporção a ser determinada com base nos mesmos indicadores que serviram para a fixação da cota-parte do Município de origem.

Em resumo, os inúmeros problemas que podem surgir e que certamente surgirão no momento de implantação do novo Município deverão ser solucionados com bom-senso, espírito público e despreendimento, tendo como norte, sempre, o bem-estar da coletividade atingida, pois esta é a destinatária última e final das ações administrativas, que são sempre instrumentais. Importante é não confundir o interesse público com o mero interesse da administração.

Tutela administrativa e relações de consumo

ALVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Administrativo na Escola Paulista da Magistratura e na Academia de Polícia Militar do Barro Branco

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Atuação do Estado no domínio econômico 3. Poder de polícia e seus modos de atuação 4. Poder de polícia e relações de consumo 5. Procedimento administrativo de polícia e relações de consumo 6. Sanções de polícia na defesa do consumidor 7. Conclusões.

1. *Introdução*

O tema proposto para esta exposição diz respeito à tutela administrativa nas relações de consumo, o que, em princípio, não exige o controle prévio do Poder Judiciário dado a auto-executoriedade do ato de polícia administrativa, em que se consubstancia o previsto, em especial, nos artigos 55 a 60, que integram o Capítulo VII do Título I do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, da Lei nº 8.078, de 11 de outubro de 1990, com vigência no Brasil desde 11 de março de 1991.

A filosofia do Código do Consumidor é a da inarredável proteção e defesa do consumidor, com normas declaradamente de ordem pública e de interesse social, e assim cogentes, tudo em atendimento ao comando maior imposto pelo artigo 5º, inciso XXXII, combinado com o artigo 170, inciso V, da Constituição de 1988, bem como com o artigo 48 de suas Disposições Transitórias, como previsto no artigo 1º do Código

Exposição, em 11 de dezembro de 1992, no Curso: "Direitos do Consumidor e as Promotorias de Justiça do Consumidor", organizado pela Fundação Escola Paulista do Ministério Público e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor — Cenaccon.

Em outras palavras, o Estado deve promover, na forma do Código do Consumidor, a defesa deste, o consumidor, porque a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Na defesa do consumidor, importante se apresenta o papel do Ministério Público, porque deve instituir Promotores de Justiça de Defesa do Consumidor para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, como instrumento do Poder Público previsto no artigo 5º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, “quer no plano individual, tentando conciliar interesses, quer sobretudo no coletivo, mediante a instauração de utilíssimo instrumento criado pela Lei nº 7.347/84 — o inquérito civil — e a propositura de ações civis públicas com base no mesmo diploma legal ora citado”¹.

O Ministério Público, aliás, tem por função institucional a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição de 1988, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, a teor do comando constitucional previsto no artigo 129, inciso II, da aludida Constituição da República, pelo que, inclusive pela hipótese do inciso III do referido artigo 129, “correspondem-se os objetivos do Código do Consumidor com estas atribuições constitucionais do Ministério Público”².

Bem por isso o Ministério Público, pelas suas Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, está legitimado a promover a defesa do consumidor não só no âmbito penal (artigo 129, inciso I, da Constituição de 1988) e no civil (artigo 129, III, da mesma Carta, combinado com o artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor), como também no âmbito administrativo, porque deve promover as medidas necessárias à garantia dos direitos assegurados na Constituição, entre os quais, como focalizado, está o da defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII).

2. Atuação do Estado no domínio econômico

O artigo 163 da revogada Constituição Federal de 1969 facultava à União a intervenção no domínio econômico, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurando, porém, os direitos e garantias individuais.

A atual Constituição da República diversamente cuida do domínio econômico, pois, no seu artigo 173, não mais prevê intervenção e sim atuação no domínio econômico, limitando-a quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em

1 FILOMENO, José Geraldo Brito, et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*; Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1991, p. 53.

2 ARRUDA ALVIM, José Manoel de et alii. *Código do Consumidor Comentado*; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª ed., 1991, p. 25.

lei, que também reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (artigo 173, § 4º), devendo a lei, ainda, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecer a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (artigo 173, § 5º).

Em outras palavras, como vinha lembrando Hely Lopes Meirelles³, a Constituição de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, mas, “mantendo a orientação da Constituição anterior, a atual assegurou à iniciativa privada a preferência para exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado somente as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (artigo 174).

É esse mesmo publicista que, também, ensina que “Atuar é interferir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação estatal só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer”⁴, sendo que, “O modo de atuação pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar”⁵, tudo com medidas interventivas previstas em lei e executadas pela União ou por seus delegados legalmente autorizados.

A propósito, ainda no dizer autorizado de Hely Lopes Meirelles⁶, “Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de *polícia administrativa*, de *condicionamento do uso da propriedade* ao bem-estar social e de *ordenamento das atividades econômicas*, nos limites das normas federais”, razão de bem presente estar o *poder de polícia* que é inerente a todas as entidades estatais, para a regulamentação das atividades que se realizam em seus territórios e sob sua fiscalização.

3. *Poder de polícia e seus modos de atuação*

Estando, pois, bem presente o *poder de polícia* através da denominada *polícia administrativa*, no ordenamento das atividades econômicas, mister se torna tratar desse poder instrumental da administração pública, quando se cuida, justamente, da tutela administrativa e relações de consumo.

O *poder de polícia*, que legitima a ação da polícia e a sua própria razão de ser, tenho entendido, é a capacidade derivada do Direito, de que dispõe a administração pública, *como poder público*, para controlar os direitos e

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*: Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 17ª ed., atualizada por ANDRADE AZEVEDO, Eurico de, et alii, p. 545.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cit., p. 546.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cit., p. 546.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cit., p. 504.

liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, inspirando-se nos ideais do bem comum⁷.

Polícia, portanto, sendo uma idéia indissociável do Estado⁸, só pode ser exercida por órgão da administração pública, enquanto Poder Público e não através de órgãos paraestatais, como empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sujeitando-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nos termos do artigo 173, § 1º, da Constituição de 1988.

O poder de polícia que, como focalizado, está a legitimar o ordenamento das atividades econômicas, é um poder indelegável, sendo exclusivo da administração pública, como Poder Público. Temos, assim, a premissa que não pode ser descartada em relação à pretendida tutela administrativa nas relações de consumo: o poder de polícia só pode ser exercido pela administração pública, enquanto Poder Público.

O eminente Professor José Cretella Júnior⁹ explica, com maior alcance, que “o primeiro elemento, de obrigatória presença na definição de polícia, é o da fonte de que provém, o Estado, ficando, pois, de lado qualquer proteção de natureza particular. Isso porque o exercício do poder de polícia é indelegável, sob pena de falência virtual do Estado”.

A atuação do poder de polícia será sempre de ordem administrativa, seja qual for o órgão público que o exerça, isto é, os de qualquer dos poderes estatais. É, pois, um pleonismo dizer-se *polícia administrativa*, porque, mesmo a denominada *polícia judiciária* é exercida por órgãos administrativo, que auxilia a justiça criminal na repressão criminal¹⁰.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, no entanto, deixa bem certo que “A principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária. A primeira terá por objetivo impedir as ações anti-sociais e, a segunda, punir os infratores da lei penal”, regendo-se a primeira pelo direito administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades, enquanto que a segunda, a polícia judiciária, rege-se pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas¹¹.

Lembra, também, que a linha de diferenciação mais precisa — no que me honra com citação — está na ocorrência ou não de ilícito penal, certo que, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva

7 LAZZARINI, Alvaro et alii. *Direito Administrativo da Ordem Pública*: 2ª ed., 1987, Forense. Rio de Janeiro, p. 27.

8 CRETELLA JÚNIOR, José. *Conceituação do Poder de Polícia*; Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, n.º 17 abril de 1985, p. 53.

9 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. V. 2. 1ª ed., 1989, Forense Universitária, Rio de Janeiro, p. 733.

10 FOLCIERI, Carlo Consonni. *Nuovissimo Digesto Italiano*. V. 15, verbete *Polícia Judiciaria*, tradução do Desembargador Geraldo Arrada, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 89, pp. 34-37.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*; Editora Atlas, São Paulo, 1ª ed., 1990, p. 89.

ou repressivamente), a polícia é administrativa, certo que, quando o ilícito é penal, é a polícia judiciária que age¹².

A ilustre publicista, após esclarecer que a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), ressalta que "a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas de saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social"¹³.

Cuidando-se da polícia administrativa, aliás, já o disse anteriormente, "A competência, via de regra, é da entidade estatal — União, Estado-Membro e Município — que dispõe do poder de regular a matéria. E, dentro da entidade estatal, naturalmente, dependerá do que a lei estabelecer como sendo da atribuição do órgão público seu"¹⁴.

Como a polícia administrativa reparte-se entre diversos órgãos de fiscalização, e a competência deles é dependente do que a lei dispuser, cumpre observar, com Caio Tácito, que "A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador"¹⁵.

O ato do órgão público fiscalizador, assim competente para o exercício do poder de polícia, na atividade de polícia administrativa, tem atributos próprios, isto é, tem os atributos do *discricionarismo*, da *auto-executoriedade* e o da *coercibilidade*.

A *discricionariedade* é o uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas, sendo que esse atributo diz, também, respeito à gradação das sanções administrativas aplicáveis aos infratores. Lembro, porém, que o *discricionarismo* de que falo não se confunde com *arbitrio*, com *arbitrariedade*. O poder de polícia há de ser exercido dentro dos limites impostos pela lei, pela realidade e pela razoabilidade, sob pena de resvalar para a *arbitrariedade* a autoridade que não observe a tais limites, com as conseqüências jurídicas decorrentes do seu abuso de poder, por excesso ou desvio de poder.

A *auto-executoriedade* do ato de polícia administrativa importa em ele produzir todos os seus efeitos de imediato, isto é, ser colocado em execução desde logo, independente de prévia autorização do Poder Judiciário, que só será chamado a intervir *a posteriori*, se o administrado entender que foi prejudicado. Lembro, novamente, que o poder de polícia objetiva conter os excessos, a atividade anti-social, razão de não ser possível condicionar os

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra e ed. cit., p. 90.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra e ed. cit., p. 90.

14 LAZZARINI, Alvaro. *Do Poder de Polícia: Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Lex Editora, v. 63, p. 20.

15 TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil - Conceito e Remédios*, edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

atos de polícia à prévia aprovação de qualquer outro órgão, que não o competente, ou poder estranho à administração pública.¹

Quanto à *coercibilidade*, lembro que todo ato de polícia é *imperativo*, isto é, obrigatório ao seu destinatário, que, se resistir, ensejará, até mesmo, o emprego de força pública para o seu cumprimento. O ato de polícia administrativa, bem por isso, não é facultativo para o administrado, de vez que todo ato de polícia tem *coercibilidade estatal* para torná-lo efetivo. E, como visto, essa *coerção*, dado o atributo da *auto-executoriedade*, independe de autorização do Poder Judiciário, porque é a própria Administração Pública que decide e toma as providências cabíveis para a realização do que decidiu, removendo os eventuais obstáculos que o administrado oponha, inclusive, para isso, aplicando as medidas punitivas que a lei de regência, expressamente, indique.

De todo esse contexto, posso, portanto, dizer, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵, um dos grandes publicistas brasileiros e estudioso da temática da *ordem pública*, que “O poder de polícia atua de quatro modos: pela *ordem de polícia*, pelo *consentimento de polícia*, pela *fiscalização de polícia* e pela *sanção de polícia*”, esclarecendo, em seguida, que “A limitação é o instrumento básico do poder de polícia, e aqui se apresenta como *ordem de polícia*, que vem a ser um *preceito* para que *se não faça* aquilo que pode prejudicar o interesse coletivo ou para que *não se deixe de fazer* alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público”.

Quanto ao *consentimento de polícia*, o publicista em exame, em lição que adoto, diz ser “o ato administrativo de *anuência* para que alguém possa utilizar a propriedade particular ou exercer atividade privada, naqueles casos em que se entenda que deva ser feito um *controle prévio* da compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse coletivo”.

No que se refere à *fiscalização de polícia*, ainda no dizer didático de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na lição que estou seguindo, “Ela se fará tanto para a verificação do cumprimento das *ordens de polícia* quanto para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que receberam consentimento de polícia. Sua utilidade é dupla: primeiramente, realiza a *prevenção* das infrações pela *observação* do comportamento dos administrados, relativamente às *ordens* e aos *consentimentos de polícia*; em segundo lugar, prepara a *repressão* das infrações pela constatação formal dos atos infringentes. A *fiscalização* pode ser deflagrada *ex-officio* ou provocada por quem tenha interesse no cumprimento da ordem ou em manter, prorrogar ou remover certo consentimento de polícia”.

Para finalizar, é ainda Diogo de Figueiredo Moreira Neto que lembra: “Finalmente, falhando todo o mecanismo de fiscalização, e verificada a ocorrência de violação das ordens de polícia, surge a fase de aplicação da *sanção*”.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1989, pp. 340 a 343.

de polícia" que, "em suma, é unilateral, externa e interventiva, visando a assegurar, pela sua aplicação, a repressão da infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de persistir no cometimento do ilícito administrativo; é, assim, suasiva e compulsiva".

No tocante à *sanção de polícia*, aliás, alinho-me com o grande publicista alemão, Otto Mayer, separando a *pena de polícia* do *constrangimento de polícia*, que se caracteriza no obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer o que era de seu desejo, subordinando-o compulsoriamente, de maneira pessoal, imediata e direta, ao interesse público. Por sua vez, a *pena de polícia*, limitada à esfera administrativa, tem sentido de castigo, ainda que por imposição pecuniária, revelando-se como intervenção punitiva do Estado sobre as atividades e as propriedades particulares dos administrados, aplicada unilateralmente e imperativamente, quer na área *externa* da administração, aos administrados em geral, quer na área *interna*, incidindo sobre os próprios servidores públicos¹⁷.

4. Poder de polícia e relações de consumo

Cuidando da defesa do consumidor no âmbito de atuação administrativa, José Geraldo Brito Filomeno¹⁸ sustenta que "as entidades de proteção ao consumidor não são órgãos policiais ou de fiscalização, sendo antes verdadeiras caixas de ressonância dos reclamos dos consumidores individual, coletiva ou difusamente considerados" (grifos do autor), certo que "no aspecto puramente administrativo, a atividade dos órgãos ou entidades de proteção ou defesa do consumidor deve ser encarada sob três aspectos fundamentais: 1. de orientação aos consumidores... 2. de encaminhamento... 3. de estudos e pesquisas...", para logo em seguida acrescentar outro aspecto, ou melhor, outra atividade, que é a de *fiscalização*.

É então que ele esclarece que, "embora entendamos que a rigor as entidades específicas de proteção ou defesa do consumidor devem ter precipuamente aquelas outras atribuições de irradiação de conhecimento especializado, orientação, educação, encaminhamento de representações para que outros órgãos fiscalizem e adotem outras medidas dentro do âmbito de suas atribuições legais, o que se tem observado sobretudo a partir dos chamados planos de estabilização econômica, é que cada vez mais têm sido solicitados outros órgãos, como de prefeituras municipais e Estados da Federação, e particularmente os de proteção e defesa do consumidor no sentido de que elaborem convênios com a SUNAB, por exemplo, e passem a impor medidas punitivas no âmbito administrativo".

17 LAZZARINI, Alvaro. *O Esforço Legal no Contexto do Trânsito*. Exposição em 23-9-1992, no III CICLO NACIONAL DE TRÂNSITO URBANO, organizado pelo Comando de Policiamento de Trânsito da Polícia Militar do Estado de São Paulo; trabalho ainda não publicado.

18 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*; Editor Atlas, São Paulo, 1991, pp. 69 a 72.

E, para o que interessa neste estudo, linhas seguintes, José Geraldo Brito Filomeno acrescenta que “o verdadeiro cipoal de *normas* e também *órgãos* envolvendo *direta* ou *indiretamente* aspectos da defesa ou proteção do consumidor torna difícil uma sistematização de como e em que sentido são aquelas aplicadas — ou em muitos casos deveriam sê-lo — e sobretudo como atuam os referidos *órgãos*. Tanto assim que o código de defesa do consumidor, embora tenha conglobado no Capítulo VII, de seu Título I, as *sanções administrativas*, fê-lo de modo geral, mesmo porque não passou despercebida de seus redatores a vasta rede de *órgãos* incumbidos de *tutela administrativa do consumidor* quer no plano da União, quer dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mormente se tendo em vista a *competência concorrente* em matéria de produção e consumo. De qualquer modo, entretanto, finaliza Filomeno, poder-se-ia dizer que a *defesa* ou *proteção* do consumidor — parece-nos indiferente tanto um termo como outro, embora reconheçamos que o termo *proteção* sugira mais caráter preventivo —, no que concerne ao *âmbito administrativo*, dá-se quando um determinado *órgão da administração pública* desenvolve certa atividade com vistas a amparar um interesse do consumidor e, claro, sob o amparo de uma norma que a embase sobremodo nas atribuições ligadas à *polícia administrativa*, atividade tal encarada no seu mais amplo sentido”.

Entendo, com a devida vênia, que há *órgãos* integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC, previsto no artigo 105, combinado com o artigo 5º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, que, efetivamente, são *órgãos policiais ou de fiscalização*, pois, ligados à Administração Pública, exercem poder de polícia na *Tutela Administrativa nas Relações de Consumo*.

A referida *tutela administrativa*, por exemplo, vejo presente na previsão do artigo 5º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a de criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo. Diriam, no entanto, que essa previsão não diz respeito à *tutela administrativa* e sim à *tutela penal*. Não podemos, porém, esquecer o que anteriormente foi focalizado, isto é, não existe polícia que não seja manifestação administrativa, mesmo que voltada à apuração de infrações penais. E delegacia de polícia, mesmo que especializada, é *órgão público administrativo*.

Embora não prevista, expressamente, no citado artigo 5º do Código, não posso, como não podemos, descartar, também, a Polícia Militar, que exerce, na *preservação da ordem pública*, a polícia ostensiva, que é preventiva, vale dizer, polícia administrativa. Ela, também, é *órgão da administração pública* e cuja presença, igualmente, é fator de dissuasão da prática não só de infrações penais, como também, bem orientada que seja, de ilícitos administrativos, podendo, pois, contribuir em muito, *órgão administrativo* que é, na *tutela administrativa nas relações de consumo*.

Não são órgãos policiais e de fiscalização, de fato, os órgãos de *assistência jurídica* do *Ministério Público* e do *Poder Judiciário*, previstos no aludido artigo 5º, incisos I, II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, menos ainda, por não serem órgãos públicos e, pois, não poderemos exercer poder de polícia, as Associações de Defesa do Consumidor, previstas no mesmo artigo 5º, inciso V, como também no artigo 105 do mesmo Código como sendo *entidades privadas de defesa do consumidor*.

Todos os demais órgãos públicos da administração direta ou autárquica, federais, estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, que integrem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC, embora não sejam órgãos policiais como as referidas Polícias, Civil e Militar, na esfera de suas competências, que são *vinculantes como já focalizado, tem o necessário Poder de Polícia*, tem a capacidade de *fiscalização*, em menor ou maior grau, pois, a *Política Nacional de Relações de Consumo*, também, lhes exige o princípio da coibição de repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criação industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (artigo 4º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor).

A denominada *ordem de polícia*, por exemplo, vejo presente na regra de competência administrativa prevista no artigo 55, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, ao prever que “A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão *normas* relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”.

Dependendo de tais normas é que se torna possível saber qual o órgão administrativo capacitado a expedir o denominado *consentimento de polícia*, naqueles casos em que deva haver um *controle prévio* da compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse coletivo.

E, como regra, a esse órgão administrativo, se o contrário não dispuser a norma de regência, caberá a denominada *fiscalização*, que nada mais é do que o *policimento administrativo*, ou seja, a verificação do cumprimento das *ordens de polícia* ou, então, a observação se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas, o que equivale dizer que, mesmo nas relações de consumo, tais órgãos administrativos exercem dupla atividade, pois *realizam a prevenção* das infrações em geral, pela *observação* do comportamento dos envolvidos em relações de consumo, em especial do *fornecedor*, preparando, se caso, a *repressão das infrações*, de ofício ou por provocação do consumidor ou outros interessados, *repressão* essa no campo administrativo, além, é óbvio, do civil e do penal.

Lembro, a propósito, que o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 55, § 1º, exige que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *fiscalizarão e controlarão* a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse

da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando *normas* que se fizerem necessárias". A *fiscalização de polícia* dos órgãos dessas entidades estatais tem previsão no Código de Defesa do Consumidor.

Falhando todo o mecanismo de fiscalização, e verificada a ocorrência de violação das *ordens de polícia*, como diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto em lição retrotranscrita, surge a fase de aplicação da *sanção de polícia*, que será oportunamente examinada.

Entendo, portanto, certo que todo órgão administrativo envolvido no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC — deve ter reconhecido o correspondente poder de polícia, exercendo típicas atividades da denominada *polícia administrativa*, embora não possam ser considerados *órgãos policiais*, estes elencados taxativamente no artigo 144 da Constituição de 1988.

Relembro aquilo que Maria Sylvia Zanella di Pietro bem sintetizou da doutrina e da jurisprudência e já foi transcrito anteriormente: "a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister"

Pode-se, assim, afirmar que essa competência de tais órgãos administrativos "terá sempre presente a União, de um lado, e, de outro, os Estados e o Distrito Federal. O Município, conquanto possa exercer *atividade fiscalizadora e controladora* do mercado do consumo (parágrafo terceiro do artigo 55), carece de competência legislativa para assunto diretamente referente ao consumo, sequer concorrente. Dependerá, o enfoque correto e concreto de qualquer problema, da consideração de legislação que venha a ser editada, ou que já o tenha sido, para a qual servirá o Código do Consumidor como elemento catalizador ou aglutinador"¹⁹.

O *poder de polícia*, destarte, está bem presente nas relações de consumo, pois, conforme Zelmo Denari²⁰, "Ninguém ignora que, tanto na esfera federal como na estadual e municipal, inúmeros textos normativos — em grande parte expressivos do poder de polícia — regulam toda sorte de atividade do poder público, concernentes à saúde, à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à tranqüilidade pública, ao urbanismo, à edificação e parcelamento do solo urbano, à fiscalização de gêneros alimentícios, inclusive à disciplina da produção e do mercado de consumo. Esse microsistema normativo é que introduz no ordenamento jurídico pátrio os "deveres administrativos", vale dizer, os *deveres dos administrados* para com as entidades públicas federais, estaduais e municipais, os quais, violados, ensejam a aplicação das correspondentes sanções administrativas".

¹⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de, et alii. Obra e ed. c.t.s., p. 129.

²⁰ DENARI, Zelmo, et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Forense Universitária, Rio de Janeiro; 1ª ed., 1991, pp. 389-390.

5. Procedimento administrativo de polícia e relações de consumo

A aplicação das sanções administrativas, porém, deve observar procedimento administrativo, que digo ser um *procedimento administrativo de polícia*, ou simplesmente, *procedimento de polícia*, onde presente estará a *juridicalização* hoje exigida, de modo insofismável, pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, ou seja, aos litigantes em processo administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente, como também pelo artigo 4º da Constituição Paulista de 1989, mais detalhista, ao exigir que "Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados".

Não há, pois, como fugir da amplitude da defesa, isto é, do *direito de defesa*, que é o cerne de todo procedimento administrativo.

Tal exigência não passou despercebida do legislador de relações de consumo que, ao cuidar da *tutela administrativa nas relações de consumo*, foi categórico em exigir a instauração de *procedimento administrativo, assegurada a ampla defesa*, em pelo menos nos artigos 58 e 59 do Código de Defesa do Consumidor.

Lembro que procedimento administrativo é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela administração. É o *iter legal* a ser percorrido pelos agentes públicos para a obtenção dos efeitos regulares de um ato administrativo principal, na lição consagrada de Hely Lopes Meirelles²¹. E quanto ao *direito de defesa*, não é demais dizer, ele se consubstancia na faculdade de o acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, podendo rebatê-la, produzindo prova pertinente. Em outras palavras, o fornecedor acusado de infração administrativa tem o *direito público subjetivo* de, diante da acusação, apresentar, no prazo que a lei dispuser e em querendo, defesa ampla, na qual poderá valer-se dos meios e provas pertinentes, isto é, que sejam aptos a demonstrar aquilo que venha a alegar em prol de seus direitos e interesses, inclusive com os meios e recursos a ela inerentes.

O procedimento administrativo, nas relações de consumo de que trato, possibilita à autoridade administrativa competente, nos termos do parágrafo único do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, a concessão de medida cautelar antecedente ou incidente, "desde que entenda seja hipótese de ser desencadeada ou utilizada medida cautelar, dentro do âmbito do procedimento administrativo. Não se refere o Código do Consumidor, neste passo, a processo judicial, o que, todavia, não inibe seja este o utilizado, inclusive com medidas cautelares, a esse relacionadas. A referência a "procedimento

21 MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cit., p. 139.

administrativo" indica, apenas, que tais sanções poderão estar instrumentadas de executoriedade, a qual seja antecedida da respectiva medida cautelar"²².

A *medida cautelar administrativa* de que trato, em verdade, está dotada de forte carga de *discricionarismo*, porque implica em um juízo de valor, diante de circunstâncias de momento, em que deve ser avaliada a conveniência e oportunidade da medida, medida essa que, pelo óbvio, não deverá ultrapassar os limites da sanção definitiva que a hipótese comportar.

No ponto que trato, das *medidas cautelares administrativas*, analogicamente, pode ser considerada toda a doutrina processual civil a respeito. Lembro que a *analogia* tem seu uso permitido no direito administrativo.

A *cautelar administrativa* que, no procedimento administrativo, seja concedida, ato de polícia que é, tem o atributo da *auto-executoriedade*, isto é, independe de autorização do Poder Judiciário. Ela produz os seus efeitos de imediato. Entendo que em hipótese alguma, com a devida vênia de entendimentos em contrário como o acima transcrito, o órgão administrativo, competente para a *medida cautelar* de que trato, deverá socorrer-se do Poder Judiciário para impô-la coativamente. Os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si (art. 2º da Constituição de 1988), de modo que não pode haver delegação de atividade de um para outro Poder, cabendo, isto sim, ao Poder Judiciário o controle *a posteriori* da *medida cautelar administrativa*, como de qualquer outro ato administrativo de polícia. Lembro, a propósito, que ato administrativo tem *presunção de legitimidade*, cabendo ao seu destinatário demonstrar cabalmente a sua ilegitimidade, e não à administração pública comprovar a legitimidade de seu ato. Bem por isso não se pode presumir que do ato administrativo ocorrerá "lesão ou ameaça a direito" a exigir a intervenção do Poder Judiciário a teor do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988. Será, então, sempre aquele que entenda que sofreu ou sofre "lesão ou ameaça a direito" que deverá demandar a administração pública em juízo, provando cabalmente a alegação em relação ao seu *direito público subjetivo*.

6. Sanções de polícia na defesa do consumidor

Nas *relações de consumo*, a *tutela administrativa*, que só pode ser patrocinada pelos órgãos públicos dos diferentes entes estatais já enumerados, ficaria *inane* se não houvesse a previsão legal de *sanções administrativas* a serem impostas em regular *procedimento administrativo*, como retroexposto.

A *sanção de polícia* deve ser imposta quando falhar todo o mecanismo de fiscalização e verificada a ocorrência de violação das ordens de polícia administrativa de defesa do consumidor.

Sanção de política do consumidor, como qualquer outra de natureza administrativa, deve ter prévia previsão legal, aplicando-se, aqui, o princípio da reserva legal do direito penal, hoje com dignidade constitucional (artigo 5º,

22 ARRUDA ALVIM, José Manoel de, et alii. Obra e ed. cit., p. 128.

inciso XXXIX, da Constituição de 1988), de que não haverá pena sem prévia cominação legal.

Bem por isso o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56, cuidou de cominar as sanções aplicáveis, em doze de seus incisos, como multa, apreensão do produto, cassação do registro junto ao órgão competente, proibição de fabricação do produto, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade, intervenção administrativa e, finalmente, imposição de contrapropaganda.

A previsão, no entanto, não é taxativa, pois o *caput* do mesmo artigo 56 prevê que, conforme o caso, além dessas *sanções administrativas*, que podem ser aplicadas *cumulativamente* (parágrafo único do artigo 56), outras, de natureza administrativa, definidas em normas específicas, igualmente poderão ser aplicadas.

A aplicação cumulativa de sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor, artigo 56, assim, é legítima, como também é legítima a apenação também nas esferas civil e criminal, dada a autonomia que o Direito reconhece para elas.

Entendo, porém, que no campo da responsabilidade administrativa é de duvidosa juridicidade apenar-se o fornecedor infrator com as penas previstas no Código de Defesa do Consumidor e, ainda, com as *definidas em normas específicas*, como previsto no final do artigo 56, *caput*, do aludido Código. Entendo que essa faculdade deve ser utilizada com certo cuidado, evitando o denominado *bis in idem*, ou seja, uma apenação, duas ou mais vezes, pela mesma conduta do fornecedor, pela mesma ou diversa autoridade. No caso, como sabido, o *bis in idem* será a repetição (*bis*) de punição sobre a mesma conduta ilícita (*in idem*), o que violenta a consciência jurídica.

De qualquer modo, saliento com Zelmo Denari²³ que o Código de Defesa do Consumidor, basicamente, distinguiu três modalidades de sanções administrativas, que concretizam a tutela administrativa nas relações de consumo, ou seja: a) *sanção pecuniária* — representada pelas multas (item I) aplicadas em razão do inadimplemento dos deveres de consumo; b) *sanções objetivas* — são aquelas que envolvem bens ou serviços colocados no mercado de consumo e compreendem a apreensão (item II), inutilização (item III), cassação do registro (item IV), proibição de fabricação (item V) ou suspensão do fornecimento de produtos ou serviços (item VI); c) *sanções subjetivas* — referidas à atividade empresarial ou estatal dos fornecedores de bens ou serviços, compreendem a suspensão temporária da atividade (item VII), cassação de licença do estabelecimento ou de atividade (item IX), interdição total ou parcial de estabelecimento, obra ou atividade (item X), intervenção administrativa (item XI), inclusive a imposição de contrapropaganda (item XII)".

23 DENARI, Helmo, et alii. *Obra e ed. cit.*, p. 393.

Essas sanções, repito, estão cominadas exemplificativamente. Não é taxativa a resenha legal, como focalizado anteriormente. Só podem ser aplicadas nos moldes do procedimento administrativo de regência, como previsto para as suas diversas hipóteses nos artigos 57 a 60 do Código de Defesa do Consumidor, todos eles indicando a necessidade de observância do requisito da *ampla defesa*, certo que o artigo 59, § 3º, também, dispõe sobre *reincidência*, prevendo que, "Pendendo ação judicial na qual se discuta a imposição de penalidade administrativa, não haverá reincidência até o trânsito em julgado da sentença".

7. Conclusões

Do exposto, concluo que, cuidando-se de *relações de consumo*, a *tutela administrativa* que o Estado proporciona para a proteção e defesa do consumidor, implica na existência de órgãos administrativos, de natureza policial (Polícia Civil e Polícia Militar) ou não, postos à disposição do consumidor pela administração pública, para tornar efetiva a aplicação das normas de proteção e defesa que são de ordem pública e interesse social.

Todo esse aparelhamento administrativo, nos diversos níveis estatais, tem papel preponderante para a "Política Nacional de Relações de Consumo", como objetivada no artigo 4º da Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou seja, do Código de Defesa do Consumidor. É certo que uma Delegacia de Polícia de Defesa do Consumidor (artigo 5º, inciso III, do referido Código) é órgão administrativo destinado à atividade de polícia judiciária, auxiliar do Poder Judiciário. Esse órgão, porém, é administrativo e não judiciário, devendo, pois, ser considerado como integrante do aparelhamento administrativo.

O poder de polícia encontra-se bem presente nas atividades de todos esses órgãos administrativos, que só poderão operar nos estritos limites de sua competência legal, certo que, quando competentes para aplicar as sanções administrativas, deverão fazê-lo através de regular procedimento administrativo, onde se observará o direito à ampla defesa.

As sanções administrativas previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor não são taxativas, pois outras podem existir por definidas em normas legais específicas.

Com essas conclusões, espero ter examinado sistematicamente o que entendo por *Tutela Administrativa e Relações de Consumo*, dentro do limite de tempo para esta exposição.

Bibliografia

ARRUDA ALVIM, José Manoel de, et alii. *Código do Consumidor Comentado*; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª ed., 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. "Conceituação do Poder de Polícia"; *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 17, abril de 1985, *Comentários à Constituição de 1988*; v. 2, 1ª ed., 1989; Forense Universitária. Rio de Janeiro.

DENARI, Zelmo, *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*; Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª ed. 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*; Editora-Atlas, São Paulo, 1ª ed., 1990.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*; Editora Atlas, São Paulo. 1991

FOLCIERI, Carlo Consonn. *Nuovissimo Digesto Italiano*; v. XIII, verbete *Polícia Judiciária*, tradução do Desembargador Geraldo Arruda, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Lex Editora, São Paulo, v. 89, pp. 34-37.

LAZZARINI, Alvaro, *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*; 2ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro.

LAZZARINI, Alvaro. *Do Poder de Polícia*, Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, Lex Editora, São Paulo, v. 63, pp. 13-23.

—————. *O Esforço Legal no Contexto do Trânsito*. Exposição, em 23 de setembro de 1992, no III Ciclo Nacional de Trânsito Urbano, organizado pelo Comando de Policiamento de Trânsito da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em São Paulo. Trabalho ainda não publicado.

LAZZARINI, Marilena. *Consumidor Urgente*; Editora Abril, São Paulo, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes, *et alii*. *Direito Administrativo Brasileiro*; Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 17ª ed. atualizada por ANDRADE AZEVEDO, Eurico de, *et alii*.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*; Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1989.

TÁCITO, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil — Conceitos e Remédios*; Edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências — Administrativas, Rio de Janeiro, 1959.

Legislação

Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1984. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

Lei federal nº 8.078, de 11 de outubro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969).

A estrutura institucional definitiva do Mercosul: uma opinião

WERTER R. FARIA

Professor Titular aposentado de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Diretor Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI)

O artigo 1º do Tratado de Assunção exprime a decisão dos Estados-Partes de constituírem um mercado comum e fixa o dia 31 de dezembro de 1994 para seu estabelecimento definitivo. Termina nessa data o período de transição, durante o qual a administração e execução do Tratado, dos acordos e das decisões para integrar os mercados nacionais num só competem a dois órgãos intergovernamentais: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum.

Por outro lado, o artigo 3º do Tratado expressa que os Estados-Partes adotam o sistema de solução de controvérsias constante do Anexo III, que vigorará por todo o período de transição. Tendo duração determinada, o artigo 18 prescreve que, antes de 31 de dezembro de 1994, os Estados-Partes realizem uma reunião extraordinária, com o objetivo de definir a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do mercado comum, as respectivas atribuições e o sistema de tomada de decisões.

Nessa oportunidade, os Estados-Partes poderão optar por uma destas soluções: a) dotar o mercado comum de órgãos próprios; b) eles mesmos administrarem o espaço econômico único.

Não se deve perder de vista que a estrutura institucional será “definitiva”, ou seja, para o período que seguirá o de transição. Se houver necessidade de prorrogar aquele, é natural que fique inalterada a “estrutura orgânica” do Tratado.

Os instrumentos que, segundo o artigo 5º, deverão levar ao estabelecimento do mercado comum são: a) a eliminação dos direitos alfandegários

e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; b) a coordenação de políticas macroeconômicas; c) a tarifa externa comum; d) os acordos setoriais; e) a adoção de normas comuns sobre concorrência comercial, prevista no artigo 4º. Esses instrumentos são os que permitem delimitar o conteúdo e os objetivos do mercado comum, que será o espaço econômico comum à Argentina, ao Brasil, ao Paraguai e ao Uruguai, no qual os cidadãos e os agentes econômicos poderão atuar livremente, no que concerne à circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre esses países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente. O Mercado Comum transcende à simples concretização das liberdades fundamentais: a livre circulação das mercadorias, serviços, capitais e pessoas. Por essa razão, o Ato Único Europeu aditado ao Tratado de Roma o artigo 13 dispondo que o mercado interno.

“compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado”.

Como explica AFONSO MATTERA (*El Mercado Único Europeo*, trad. esp., Civitas, Madrid, 1991, p. 44):

“Desta definição depreende-se a vontade dos autores do Ato Único de superar a concepção estreita da noção de *mercado comum*, que imperava no passado e que concebía o mercado único como um espaço em que qualquer obstáculo ao livre exercício de suas liberdades fundamentais deveria suprimir-se, mas que, sem embargo, conservava as fronteiras aduaneiras internas, embora flexibilizando sua estrutura e prerrogativas.”

Os cinco instrumentos para a constituição do MERCOSUL, mencionados no Tratado de Assunção, correspondem a uma parte dos indicados no artigo 3º do Tratado de Roma; porém, são suficientes para que os Estados-Partes logrem o objetivo essencial que os levou a firmar o Tratado de Assunção. Na hipótese do período de transição chegar ao fim sem o estabelecimento do mercado comum, a opção natural, como dissemos, seria a manutenção dos órgãos intergovernamentais criados pelo artigo 9º do Tratado de Assunção. Entretanto, uma análise cuidadosa dos resultados da missão confiada ao Conselho e ao Grupo Mercado Comum poderá revelar as desvantagens dessa estrutura orgânica.

A precaução que tiveram os Estados-Partes de não conferir qualquer caráter supranacional ao mercado comum dificulta o processo de integração dos países do Cone Sul. A despeito da cautela dos governos, a idéia de união dos seus povos é talvez mais forte. Os resultados obtidos em curto espaço de tempo indicam a necessidade de concretizar a aliança política dos quatro Estados. Se este objetivo se impuser, nas negociações que precederão ao estabelecimento definitivo do mercado comum, o mecanismo institucional

do Tratado de Assunção certamente será revisto. A exemplo da Comunidade Européia, o MERCOSUL precisará conter elementos mistos, supranacionais e intergovernamentais. Em vez de ser um espaço econômico comum aos Estados-Partes, que só implique

“a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos”.

poderá adquirir a dimensão de “um espaço sem fronteiras”, que, na definição de MATTERA (loc. cit., p. 44).

“se configurará como um espaço verdadeiramente unificado, porque se terá desembaraçado definitivamente das alfândegas interiores que dividem os países da Comunidade, e das *servidões* técnicas, físicas e monetárias...”.

A Comunidade Européia levou cerca de 36 anos para se converter num espaço unificado, ainda não completamente livre dessas “servidões”. Teria fracassado na realização dos seus objetivos não fosse a clarividência dos negociadores do Tratado de Roma, manifestada especialmente na criação de um sistema institucional inovador. Na síntese de DUSAN SIDJANSKI (*L'Avenir Fédéraliste de L'Europe*, Puf, Paris, 1992, p. 111),

“o poder ativo é confiado a duas instituições: uma comunitária, a Comissão, outra intergovernamental, o Conselho. Via de regra, a Comissão propõe e o Conselho decide. Porém, esses dois órgãos desenvolvem sua atividade e tomam decisões consultando o Parlamento Europeu, sob seu controle democrático, bem como sob o controle jurídico da Corte de Justiça. Esta divisão inicial dos poderes foi modificada pelo Ato Único Europeu, que manteve o papel de orientação e impulsão gerais que assume o Conselho Europeu e instituiu a participação mais direta do Parlamento Europeu no processo de decisão. Desde então, o Conselho de Ministros toma numerosas decisões *em cooperação com o Parlamento Europeu*. Este conjunto institucional em plena evolução constitui o embrião de um poder comunitário que o Tratado de Maastricht dota de dimensão política”.

Os dois órgãos intergovernamentais do Tratado de Assunção cumpriram satisfatoriamente a sua tarefa. Todavia, se um dos países do MERCOSUL não obtivesse solução de uma controvérsia, mediante negociação direta com outro, o Grupo Mercado Comum e, posteriormente, o Conselho a resolveriam? As “recomendações” a que se refere o artigo 1º do Anexo III do Tratado de Assunção não têm a força necessária para pôr ponto final às controvérsias. O *sistema de solução de controvérsias* adotado no Protocolo de Brasília destina-se a assegurar o cumprimento do Tratado de Assunção, mas não é o mecanismo ideal para dirimir as controvérsias que surgirem

entre os Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o descumprimento das suas disposições, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo e das decisões do Conselho e das resoluções do Grupo Mercado Comum. O âmbito de aplicação do sistema de soluções de conflitos, no período de transição, são as controvérsias entre os Estados-Partes. A solução pode ser obtida por três meios: a) as negociações diretas entre os Estados-Partes envolvidos na controvérsia; b) a apresentação do diferendo ao Grupo Mercado Comum para avaliar a situação e formular recomendações que o resolvam; c) o procedimento arbitral.

Os Estados-Partes reconhecem como obrigatória a jurisdição do Tribunal Arbitral. Compõe-se de três árbitros, pertencentes à lista de dez árbitros por país, todos juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto de controvérsia. Os laudos do Tribunal, adotados por maioria, são inapeláveis, obrigatórios para os Estados-Partes e a falta de cumprimento, no prazo de trinta dias, pode ser objeto de medidas compensatórias, tais como a suspensão de concessões ou outras equivalentes.

Compete ao Grupo Mercado Comum a solução das reclamações de particulares, em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados em seu âmbito, das decisões do Conselho e das resoluções do Grupo Mercado Comum.

De acordo com o artigo 3º do Anexo III do Tratado de Assunção, os Estados-Partes, até 31 de dezembro de 1994, adotarão um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum. Não há qualquer menção ao controle da legalidade do MERCOSUL, muito embora, nas palavras de MARCELO HALPERIM (*Hacia el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en la Aladi, integración Latinoamericana*, 1985-106, p. 25), o controle na legalidade

“se apresente como imperativo orgânico ou funcional dos esquemas de integração econômica, e não apenas dos esquemas mais evoluídos, como a Comunidade Econômica Européia (CEE) e o Grupo Andino. Baseando-nos, entretanto, nesses esquemas, dotados de um órgão com funções jurisdicionais para o exercício do controle da legalidade, poderíamos descrever as duas dimensões desse controle como: 1) faculdade de anular disposições ou atos surgidos dos órgãos comunitários, taxados de ilegalidade; e 2) faculdade de interpretar as normas do Tratado”.

No Anexo III do Tratado de Assunção estão previstos um sistema transitório de solução de controvérsias “entre os Estados-Partes” e outro, permanente, “para o Mercado Comum”. O sistema permanente não poderá ter as mesmas características do que irá substituir, pois todas as controvérsias

no MERCOSUL (e não apenas os diferendos entre os Estados-Partes) terão que ser solucionados por um mecanismo único, que, portanto, deverá exercer o controle da legalidade dos atos dos órgãos do MERCOSUL e solucionar as demais controvérsias, quer entre os países reunidos nesse espaço econômico, quer entre os particulares e aqueles órgãos. Um sistema intergovernamental, como o da solução das controvérsias por um órgão do mercado comum, que carece de independência orgânica e funcional e capacidade técnico-jurídica, não é o mecanismo mais indicado para dirimir os diversos tipos de conflitos que surgem nas organizações de integração econômica. Escreve ALBERTO ZELADA CASTEDO (*Derecho de la Integración Económica Regional*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 191):

“Na prática, os ordenamentos da integração econômica optaram por diversos métodos para o controle da legalidade dos atos dos órgãos de suas estruturas orgânicas. Em alguns sistemas, as funções de controle estão situadas, principalmente, nos mesmos órgãos criadores de normas. Em outros, essas funções se atribuem a um órgão diferente e independente dos demais. A primeira fórmula inspira-se em certo predomínio dos modos convencionais de criação de normas vinculativas. A segunda, em troca, traduz-se na adoção de meios ou procedimentos jurisdicionais.”

Da exposição dos dois métodos conclui-se que os procedimentos jurisdicionais são os mais eficazes para o controle da legalidade.

Por outro lado, o sistema de arbitragem para a solução das controvérsias não atende à necessidade de assegurar uma certa unidade na interpretação e aplicação das normas dos ordenamentos de integração, que alcançam os Estados-Partes assim como os particulares. O problema deixa de ser a falta de independência orgânica e funcional e de capacidade técnico-jurídica. O sistema de arbitragem só cumpre a função de solucionar as controvérsias. Ficam relegadas as funções de controle da legalidade dos atos dos órgãos do mercado comum e de interpretação uniforme do Tratado e dos atos dos órgãos por ele criados.

A livre circulação de mercadorias, por exemplo, constitui o elemento essencial de todo e qualquer mercado comum, e o controle da legalidade o mecanismo que assegura o bom funcionamento dessa liberdade. CRISTIAN W. A. TIMMERMANS (*A livre circulação de mercadorias; Trinta Anos de Direito Comunitário*, Comissão das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1984, p. 251) destaca a participação decisiva que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia teve na realização dessa liberdade fundamental:

“É necessário desde logo acentuar o papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ao precisar e afirmar os princípios da livre circulação de mercadorias. Nunca será demais sublinhar a importância da jurisprudência neste domínio. A livre

circulação de mercadorias foi, em larga medida, realizada graças ao que se designou por vezes por integração negativa. As disposições do Tratado na matéria englobam principalmente proibições aos Estados-Membros, como por exemplo a de cobrar direitos aduaneiros ou encargos de efeito equivalente, a de aplicar restrições quantitativas ou medidas de efeito equivalente, ou ainda a de aplicar imposições discriminatórias nas trocas intracomunitárias. Estas proibições traduzem-se em eliminação ou limitação, em parte escalonada no tempo, de competências nacionais. Naturalmente, essas disposições do Tratado prestam-se mais ao controle judicial que disposições cuja execução necessita ainda da adoção de regulamentos ou de diretivas. Não há pois motivos para se ficar surpreendido com o fato de que, como veremos, a jurisprudência do Tribunal ter fornecido uma contribuição tão essencial neste domínio.”

A criação de uma instituição supranacional, pelo Tratado que instituiu a Comunidade, tornou-se um fator decisivo para a eliminação das barreiras que dividiam fortemente a Europa.

Em relação ao Grupo Andino, não foi somente o grande número de cláusulas de escape que acabaram por permitir aos Estados-Membros fazer o que quisessem. Para atingir as metas de integração, constata MANUEL CÁRDENAS (*Situación y Perspectivas de la Integración de la América Latina*, Lecturas-72. Unas y otras integraciones, Fondo, México, 1991, p. 207),

“buscou-se criar instituições supranacionais que subtraíssem à vontade dos Estados o cumprimento de compromissos assumidos e estivessem em condições de sancionar a violação dos mesmos. Cumriu-se este propósito de forma muito tímida. No caso do Grupo Andino, criou-se tardiamente o Tribunal de Justiça, pois, no momento em que entrou em vigência, a violação dos compromissos era tão generalizada que apenas com raras exceções os Estados-Membros se atreveram a pôr em prática a Ação por Incumprimento”.

Recentemente o Brasil proibiu a importação de maçãs argentinas, alegando problemas fitossanitários. Ato contínuo, a Argentina suspendeu a importação de diversas frutas brasileiras a pretexto de proteger os seus pomares. Os jornais noticiaram que, para a solução do litígio, os Estados recorreram aos métodos diplomáticos de Direito Internacional, enquanto um importador brasileiro submetia a questão a um juiz nacional. É possível que os fatos tenham maior dimensão. O artigo 1º do Tratado de Assunção dispõe que o mercado comum implica

“a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente”.

O artigo 5º estabelece que:

“Durante o período de transição, as reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, serão acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados-Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário.”

Dessa data em diante, só poderão ser admitidas proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas, entre outras, por razões de preservação das plantas, quando não tenham caráter discriminatório, nem constituam restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Partes.

As derrogações ao princípio da livre circulação das mercadorias constam do artigo 36 do Tratado de Roma, e não figuram no de Assunção. Caberá, portanto, aos órgãos do MERCOSUL uma tarefa mais ingente que a executada no âmbito da Comunidade Européia para a liberalização dos intercâmbios comerciais, mediante a abolição de conhecidos instrumentos protecionistas. Nela a subsistência da compartimentação dos mercados europeus obedece a duas razões, assim expostas por MATTERA (ob. cit., p. 35):

“... a resistência que, ainda hoje, opõem os Estados-Membros entrincheirados atrás de um impressionante arsenal de regras e especificações técnicas — herança de um passado de concepções autárquicas — cujo dismantelamento definitivo requererá uma ação tenaz a um grande esforço;

— a ignorância em que atuam os operadores econômicos e as empresas sobre seus direitos e as vias de recurso que as regras comunitárias estabelecem e, amiúde, sua resignação em face da manutenção de situações abusivas que os prejudicam, por temor a represálias por parte dos poderes públicos, ignorância e resignação conjugadas figuram entre as principais causas da falta de consecução do mercado interior.”

Ora, se a pedra angular do Mercado Único Europeu, desde o início do seu estabelecimento, vem sendo o Tribunal de Justiça, e não obstante a compartimentação dos mercados persista, pode-se antever como será difícil, senão impossível, a realização do objetivo fundamental do Tratado de Assunção, que é a supressão das barreiras de caráter estatal para a fusão dos mercados nacionais num só mercado.

O Sistema de Solução de Controvérsias adotado para vigorar durante o período de transição do MERCOSUL, e se necessário até que entre em vigor o Sistema Permanente, tem a desvantagem de não permitir que haja jurisprudência. Um tribunal *ad hoc* resolve o caso concreto, e o faz com a probabilidade de divergir da solução dada em caso anterior. A probabilidade

é indisfarçável, porquanto cada Estado-Parte designa dez árbitros. Quando for parte na controvérsia, nomeia um entre quarenta. Não há verdadeira "interpretação prejudicial" quando os árbitros, investidos na função jurisdicional, podem alternar-se de um processo para o outro. Não há verdadeira "interpretação prejudicial" quando são as partes envolvidas que designam e escolhem os árbitros. Abordando o tema da autoridade das decisões prejudiciais, GUY ISAAC (*Droit Communautaire Général*, 3ª ed., Masson, Paris, 1990, p. 207) lembra que

"sob a influência do direito alemão, ao que parece, os negociadores do Tratado C.E.C.A. rapidamente abandonaram a idéia de um tribunal arbitral, concebido segundo o espírito internacionalista, em favor de uma jurisdição que se comportaria, ao contrário, como um *juiz interno* da Comunidade, fazendo dos Estados-Membros, das instituições comunitárias e também dos particulares verdadeiros justiciáveis".

Esse verdadeiro poder judiciário garantiria não apenas o respeito, como a unidade da aplicação do direito comunitário.

Além disso, os autores dos tratados comunitários, acrescenta ISAAC (*ob. cit.*, p. 212),

"quiseram não só dotar a Comunidade de um poder judiciário autônomo, como também criar um vínculo orgânico entre a Corte comunitária e as jurisdições nacionais, tendo em vista a aplicação harmônica e o desenvolvimento coerente do direito comunitário. É a razão por que o sistema judiciário comunitário não reside exclusivamente na Corte de Justiça, mas no conjunto jurisdicional mais vasto que engloba as jurisdições dos Estados-Membros e a Corte de Justiça" (p. 212).

Um Sistema Permanente de Soluções de Controvérsias e um Tribunal Arbitral que se constitui para cada caso, com composição variável, não estará à altura da responsabilidade dos países do MERCOSUL, no tocante à integração, que no preâmbulo do Tratado de Assunção, proclamaram

"condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social".

Por fim, não poderá ser esquecida a Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL, criada pelo artigo 24 do Tratado de Assunção,

"com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum", a fim de que os povos do Cone Sul participem da integração, e o Parlamento intervenha no processo, inicialmente a título consultivo, e controle o órgão de caráter supranacional.

Da declaração de inconstitucionalidade

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA
Promotor de Justiça no RS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A declaração de inconstitucionalidade e o controle de constitucionalidade. 2.1. Conceito. 2.2. Sistema de controle. 3. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3.1. O controle nas Constituições Federal e do Estado do Rio Grande do Sul. 3.2. Alguns aspectos polêmicos do controle de constitucionalidade das leis. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

São inúmeros os trabalhos doutrinários no campo da constitucionalidade das leis que têm aflorado com o advento da Carta de 1988. Isso se deve, também e obviamente, ao novel texto.

Nenhum de tais estudos tem descido, no entanto, aos textos regionais.

Sabemos que a Constituição é a lei fundamental, como o dizia Kelsen: é a lei das leis, é o norte, através do qual as demais leis se orientam.

A inconstitucionalidade, sabe-se, é toda ação ofensiva, ou omissão, total ou parcial, ao texto da Lei Fundamental. É comum referirmo-nos que uma certa lei, vigente, é inconstitucional. Mas foi o gênio de KELSEN quem nos demonstrou o equívoco dessa afirmativa, aliás, uma verdadeira *contradictio in adjecto*.

A inconstitucionalidade pode ser *formal*, quando as normas são criadas por autoridade incompetente ou em desacordo com formalidades ou procedimentos exigidos pela Constituição; pode ser *material*, quando o conteúdo das leis contraria preceito ou princípio da Constituição.

Quando se fala em Constituição, de outro lado, surge-nos naturalmente o chamado *Estado de direito*, que é aquele onde a Carta Maior tem sua

1 KEISEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Ed. Martins Fontes. 1ª ed., 1985, p. 287.

2 SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional positivo*. Ed. Malheiros. 8ª ed., 1972, p. 48.

plenitude; é onde aparecem os acertos e desacertos, legislativos ou não, do aparato estatal. A rigor, num verdadeiro Estado de direito, impede-se até o equívoco do encarregado da mudança da própria Constituição, quando pretende modificar normas supraconstitucionais.

Nosso trabalho, portanto, cinge-se ao estudo dessa forma de evitar, apontar, sustar os equívocos dos Poderes constituídos contra a Carta, que é o controle da constitucionalidade.

O estudo divide-se em duas partes: na primeira, veremos o controle em si considerado, seu surgimento, a primeira decisão, o que significa e como é que se forma e se processa; na segunda parte, analisarei o controle no Direito brasileiro, aproveitando para suprir a lacuna no que diz respeito à Carta do Estado do Rio Grande do Sul.

2. *A declaração de inconstitucionalidade e o controle de constitucionalidade*

A declaração de inconstitucionalidade e o controle de constitucionalidade são os lados da mesma medalha. De um, decorre o outro; do controle, resulta a declaração. E o controle decorre da rigidez constitucional, como ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO³.

A expressão "declaração de inconstitucionalidade" não tem referência muito precisa⁴.

CASTRO NUNES já dizia que a declaração de inconstitucionalidade é uma designação especial do desnível entre normas. Ao nos referirmos à nova lei que automaticamente revoga a anterior, supomos leis de igual hierarquia, supomos um cotejo de leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma continua a vigor em face de regras ou princípios de uma Constituição, "a esse desnível é que chamamos declaração de inconstitucionalidade"⁵.

Tal declaração, doutrina WITHAKER, é de certo modo atividade *elaboradora* do Judiciário e derruba um ato do Poder Público, ou um diploma, por antagonizarem com o Texto Maior, formal ou substancialmente⁶.

A existência de um controle de constitucionalidade é inafastável numa sociedade que tem a Constituição como Lei Maior e como salvaguarda do Estado de direito.

Na verdade, se se deseja que os preceitos da Constituição não sejam algo mais do que meras indicações legislativas, é necessário estabelecer um controle de constitucionalidade. Em não havendo tal controle, *con mayor o menor frecuencia se presentará el problema de la existencia de leyes pretendidamente inconstitucionales*⁷.

3 *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, SP, 17ª ed., p. 30.

4 LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Controle de Constitucionalidade e o Direito Adquirido*. RDC-48/106.

5 *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Forense, RJ, 1ª ed., 1943, p. 603.

6 CUNHA, Fernando Withaker da. *Direito Constitucional do Brasil*, ed. Renovar, RJ, 1ª ed., 1990, p. 229.

7 REPETTO, Raul Berzelsen. *Control de Constitucionalidad de la Ley*. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edição, 1969, p. 21.

Via de regra, são as expressões *controle da constitucionalidade das leis*, ou *Controle constitucional* utilizadas para nomear o fenômeno aqui tratado, sendo que a segunda expressão é a mais adequada no direito comparado ⁸.

A Constituição Federal de 1988, bem como a do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, não se furtaram em utilizar da expressão *declaração de inconstitucionalidade*, mesmo que, com freqüência, os doutrinadores evitem-na. Assim, na Carta Federal: arts. 97, 102, III, *b*, 103 § 2º; na Carta do Rio Grande do Sul nos arts. 53, inciso XIII, 93, inciso IX.

2.1. Conceito

A origem da teoria dos controles constitucionais geralmente é situada na doutrina dos americanos. MAURO CAPPELLETTI demonstra que essa origem é mais remota, embora o reconhecimento da importância daquela doutrina neste tema.

As técnicas de controle aparecem desde que o Estado se institucionalizou, pois se percebeu a necessidade de evitar a centralização do poder em mãos de poucas pessoas ou instituições ⁹.

Em Esparta e em Atenas não havia uma Corte Constitucional. Na Grécia, qualquer cidadão podia representar em queixa contra a decisão do Conselho ou da Assembléia. Os autores que bem trataram do tema noticiam a existência de uma ação, a *grafé paranómon*, ou *ação pública de ilegalidade*, para CAPPELLETTI, ou *acusação de ilegalidade*, para REPETTO. Essa ação servia para conter o legislador imprudente. Aí se suspendia a entrada em vigor da lei, numa espécie de *suspensão liminar* da vigência da lei. Talvez daqui a origem da liminar nesse controle. Diz REPETTO que a lei era *ulgada*, tal como uma pessoa ¹⁰.

Em Roma, seja na Realeza ou na República, o Senado era quem detinha a competência confirmatória das decisões dos Comícios. O Senado só confirmava as leis após verificar se elas iriam ou não contra os costumes e, caso positivo, decidia se a revogação dos costumes seria justificada ¹¹.

No Período Medieval as normas de Direito positivo não podiam estar em contraste com as do Direito Natural ¹².

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Forense. RJ, 1ª edição. 1984, p. 148.

9 CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Ed. Fabris, 1ª ed., Porto Alegre-RS, 1984, p. 49.

10 REPETTO, op. cit., pp. 37 e ss. e CAPPELLETTI, p. 52.

11 POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. Forense, 1ª edição. 1985. pp. 27 e ss.

12 Consoante doutrina CAPPELLETTI, op. cit., p. 52, a idéia do *jus naturale* na Idade Média, tinha um lugar preeminente sendo configurado como a norma *superior*, de "derivação divina" e "inspiradora". Traz as palavras de BATAGLINI "O ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo Direito Natural era declarado formalmente nulo não vinculatório, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não-obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao Direito Natural, seja a própria lei, que se encontrava em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador". Os súditos, individualmente, estavam desobrigados ao dever de obediência em face do comando contrário ao Direito Natural, justificando-se, até, a resistência armada".

Na Inglaterra, também regia a superioridade do ordenamento jurídico o Direito Natural, sendo do jurista inglês EDWARD COKE (1552-1634) a formulação de que a lei devia subordinar-se ao *common law*. Assim nas palavras de COKE: aparecem em nossos livros muitos casos em que *common law* contrasta atos do Parlamento e julga-os totalmente írritos; pois, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito humano e à razão, ou repugnante ou impossível de ser cumprido, o *common law* contrastá-lo-á e julgá-lo-á nulo¹³.

Na França, a questão da constitucionalidade aparece com intensidade no período revolucionário, sendo o Senado encarregado de velar pela regularidade das leis e atos administrativos¹⁴.

Nos Estados Unidos, embora o célebre *Caso Marbury x Madison* tenha sido o coroamento da supremacia da Constituição, "clássica e definitiva jurisprudência sobre o assunto", como diz BARACHO, foi a Carta da Pensilvânia, de 1776, através de órgão especificamente criado, que tratou do controle de constitucionalidade pela primeira vez¹⁵.

Pode-se dizer, portanto, que o controle de constitucionalidade das leis é fruto de um ato amadurecido através dos séculos de história: história não apenas americana, mas universal¹⁶.

Então, à guisa de conceito, entendemos que controle de constitucionalidade é a verificação de adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição, nas precisas palavras de MANOEL FERREIRA FILHO¹⁷.

2.2. Sistema de controle

A palavra sistema, no campo jurídico, tem sido utilizada numa gama de acepções. Aqui, também, sistema tem sentido diverso daquele utilizado na Teoria Geral do Direito.

É de MARIO G. LOSANO a advertência:

"Nella storia semantica del termine sistema, dunque, si incontreranno più filosofi e teologi che giuristi; o meglio, tenendo conto della mancanza di specializzazione degli studiosi dei secoli passati, si incontreranno più opere filosofiche che opere giuridiche"¹⁸.

13 BRINTOX COKE, apud OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO. *A Teoria das Constituições Rígidas*. Buschatski, 1980, 1ª edição, p. 106.

14 O Senado Francês (*Senate Conservateur*) era composto de 80 (oitenta) membros. Ao lado do *Conseil d'Etat*, do *Corps Législatif* e do *Tribunal*, compunha o processo legislativo pós-Revolução. Ver meu trabalho "O Código Civil Francês", in *Revista do MPSP*, 28, RT, 1992.

15 *Op. cit.*, p. 150. O *Case* ocorreu em 1803. O cidadão William Marbury ingressou com uma ação originária na Suprema Corte Americana pedindo que esta compelisse o Secretário (Ministro) James Madison a lhe entregar o título de nomeação como juiz. O Juiz JOHN MARSHAL proclamou a Supremacia da Constituição. V. L. MAGALHÃES. In *A Constituição Americana*, 6.

16 CAPPELLETTI, p. 63.

17 *Op. cit.*, p. 40.

18 In *Sistema e Struttura Nel Diritto*. Vol. Primo. Ed. G. Giappichelli Editore-Torino, 1968, pp. 5 e 6.

Daí que *sistema* aqui está com forma, modalidade ou meio.

JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta a existência de três espécies de sistema para o controle de constitucionalidade: o *político*, o *jurisdicional* e o *misto*¹⁹.

MARCELO CAETANO não se utiliza dessa divisão, mas fala em *órgão de fiscalização da constitucionalidade*²⁰.

GOMES CANOTILHO menciona os *sujeitos do controle*: político e jurisdicional²¹.

Preferimos a orientação do jurista pátrio, que nos parece mais abrangente.

O controle *político* é o que entrega a órgãos de natureza política o controle da constitucionalidade, tais como: o Poder Legislativo, ou a um órgão especialmente criado para essa finalidade²². Segundo CANOTILHO, esse sistema também é designado por *sistema francês*²³, pois a França é o país que "oferece os mais típicos e mais numerosos exemplos de um controle político"²⁴.

Doutrina CAPPELLETTI que usualmente no sistema político o controle, ao invés de ser posterior à elaboração da lei, é preventivo, ou seja, "corre antes que a lei entre em vigor e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, função de mero parecer"²⁵.

MICHEL FABRE, citado por BONAVIDES, identifica nesse controle duas categorias: um *controle prévio*, ou preventivo, que antecede à votação da lei; e um *controle posterior*, "a posteriori", ou repressivo, realizado após a votação da lei²⁶.

No *jurisdicional*, o poder de controle é outorgado ao Poder Judiciário, ou suscitado ante um Tribunal especial, como ensina BARACHO. É o *judicial review* do direito norte-americano.

Tal sistema melhor se alinha com as Constituições rígidas, apesar de possuir um *grave problema teórico*: o Judiciário, ao adquirir supremacia aos atos do Executivo e do Legislativo, está "tutelando o próprio Estado"²⁷.

É de NAGIB SLAIBI FILHO a distinção entre controle jurisdicional e controle judicial, mas não vemos importância prática nessa sutil diferenciação, pois, com um ou outro, existe mesmo é a *retirada* da lei viciada do mundo jurídico²⁸.

19 *Op. cit.*, p. 48.

20 In *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional*. Almedina-Coimbra, Portugal. T. 1, 6^a ed., 1989, p. 346.

21 In *Direito Constitucional*. Almedina-Coimbra, Portugal, 5^a edição, 1991, pp. 978/9.

22 V. SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 48.

23 *Op. cit.*, p. 978.

24 *Op. cit.*, p. 26. O autor descreve com minúcias o processo que envolve o *Conseil Constitutionnel*, aduzindo que esse sistema insere-se no próprio iter da formação da lei francesa, sendo um "ato", um "parecer vinculatório", no processo formativo da lei (p. 29).

25 *Op. cit.*, p. 26.

26 In *Direito Constitucional*. Forense, RJ, 2^a edição, 1986, p. 227. REGINA M. FERRARI (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, RT) trazendo opiniões abalizadas, atesta a ineficácia desse tipo de controle, onde só se substitui a opinião política do órgão que elaborou o ato, sendo o controlador "um outro Legislativo" (p. 32). E com razão, aliás.

27 *Op. cit.*, p. 227, in PAULO BONAVIDES.

28 "O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade na Nova Constituição". *Seleções Coad*. Abril: 1989, p. 3.

O controle jurisdicional faz-se por *dois critérios*, ou maneiras, ou modos: via indireta, *por exceção*; via direta, *por ação*.

O controle por via de *exceção*, também chamado *difuso*, ou incidental, ou norte-americano, ou jurisdição constitucional difusa, como o denominam os doutrinadores, tem sua origem nos Estados Unidos. A associação do sistema difuso ao constitucionalismo americano é justificada. Foi aí que, divergentemente da doutrina britânica da soberania do Parlamento, se desenvolveu a idéia de *higher law* como *background* do direito constitucional americano, com diz CANOTILHO²⁹.

Segundo JAMES GRANT, o controle difuso foi uma contribuição das Américas à ciência política.³⁰

Há controle *difuso* quando a qualquer Juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade no bojo dos autos; todos os órgãos do Poder Judiciário podem declarar, *incidentemente*, em qualquer processo onde a questão for ventilada, a inconstitucionalidade de uma lei, para o caso concreto. É o que ocorre em nossas Comarcas.

A questão da inconstitucionalidade é levantada, por via de incidente, como preliminar ou no próprio fundo, por ocasião e no decurso de um processo comum. Pode ser processo civil ou penal³¹, e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto.

No controle indireto a declaração de inconstitucionalidade, pode-se dizer, é *a posteriori*. Diz-se que é por exceção, pois tem relação íntima com a resposta do réu, onde via de regra aparece. A norma é atacada *in concreto*, e seus efeitos concretos e *inter partes*.

A jurisprudência tem abrandado tal controle, admitindo, em certos casos, uma espécie de controle difuso na ação declaratória, ou mandado de segurança, mas sempre para solução "daquela" controvérsia.

Essa modalidade não ficou isenta de críticas, eis que alguns estudiosos vêem nela uma formação de insegurança nas relações sociais: possibilita a que juízes da mesma Comarca, em questões similares, decidam de modo diverso, com soluções até contrárias. Mas é, sem dúvida, a melhor forma de alcançar o cidadão um meio de defesa contra a norma ofensiva ao Texto Maior.

No controle concentrado, ou por ação direta, ou de via principal, ou austríaco, como o denomina a doutrina, "as questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas, a título principal, mediante processo constitucional autônomo"³². O controle é deferido ao Tribunal de cúpula do Poder Judiciário, federal ou estadual, conforme a origem da norma atacada. Pode, também, ser deferido a uma Corte Especial³³.

29 *Op. cit.*, p. 979.

30 *Apud* CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 46.

31 V. GOMES CANOTILHO, p. 981.

32 V. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 983.

33 V. SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 48.

Trata-se de controle direto porque exercido via de ação principal pela parte especialmente designada (legitimada) pelo Texto Constitucional federal ou estadual. A norma é atacada *in abstracto* e quando declarada sua inconstitucionalidade forma-se uma decisão *erga omnes*, isto é, decisão que ampara todos aqueles que estão sob o manto da jurisdição federal ou estadual violada.

Essa forma de controle surgiu da Constituição austríaca, de 1920, sob a inspiração de HANS Kelsen.

Também sofreu críticas de seus opositores: afasta do cidadão comum (não legitimado) a possibilidade de defender-se da norma írrita, devendo esperar a concretização da conduta inconstitucional. A vantagem é que beneficia a todos, indistintamente.

Veremos tais controles detidamente quando tratarmos da questão junto ao Direito Brasileiro.

No controle *misto*, certas categorias de leis são submetidas ao controle político e outras ao jurisdicional, consoante a classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA³⁴

REGINA M. FERRARI, Professora da Universidade Federal do Paraná, bem apontou o equívoco de quem pretende ver no Brasil um sistema "misto", pelo fato da possibilidade prevista no art. 52, inc. X, da CF, onde o Senado pode suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. Essa participação não caracteriza o sistema misto, "já que quem decide é o Poder Judiciário"³⁵.

Também incorre sistema misto no controle prévio existente no Legislativo, quando, *v.g.*, controla emenda constitucional. Sabemos que alguns textos consagram "vedações circunstanciais" à reforma da ordem constitucional, nas palavras de GILMAR FERREIRA MENDES³⁶. São limites previstos na Constituição à eventual reforma. São normas "supraconstitucionais", ou "cláusulas pétreas", isto é, aquelas encarregadas de assegurar a integridade do Texto Maior.

Existe tal controle deferido pelo Regimento Comum do Congresso Nacional, ao seu órgão dirigente, a impedir a agressão às cláusulas pétreas. Só pode ser chamado de político por oposição ao controle judicial, mas não pertence ao sistema político de controle nem ao misto³⁷.

3. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

O art. 15, incs. VIII e IX, da Constituição do Império, de março de 1834, dizia ser atribuição da Assembléia-Geral a interpretação, suspensão

34 *Op. cit.*, p. 48.

35 *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, ed. RT, 2ª ed. 1990, p. 34.

36 *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*, Saraiva, 1ª ed., SP, 1990, pp. 95/6.

37 *V. artigo em ARQUIVOS DO MJ-1977*, de Bonifácio Andrada

e revogação de leis, devendo velar na guarda da Constituição. Havia influência francesa nesse ponto e inexistia um controle jurisdicional³⁸.

Mas foi sob a influência de RUI BARBOSA e do constitucionalismo norte-americano que surgiu, no regime republicano, na Carta de 1891, um controle jurisdicional *difuso*.

A partir de então, outras Constituições aperfeiçoaram o sistema, desde a introdução de *quorum* para a declaração (art. 179, CF/34), até o surgimento da inconstitucionalidade *por omissão* (art. 103, § 2º, CF/88).

Nesta segunda parte do estudo veremos este controle nas Cartas Federal e do Estado do Rio Grande do Sul, em casuística, sendo que, após, serão apresentadas algumas questões relevantes e pertinentes ao tema, às quais dizemos polêmicas.

3.1. *O controle nas Constituições Federal e do Estado do Rio Grande do Sul*

No Brasil inexistiu sistema *político* para o controle de constitucionalidade das leis. Inexistiu sistema *misto*. Existem no Brasil os controles concentrado e difuso: este último, introduzido com a República e a Constituição de 24-2-1891, e aquele, adotado pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965³⁹.

É de se observar que a Constituição Federal de 1988 também trouxe inovações nesse campo, ampliando o controle concentrado e inserindo um controle pela *omissão inconstitucional*.

Pela forma concentrada, ao nível federal, as pessoas elencadas no art. 103, incs. I a IX, da CF/88, podem ajuizar diretamente ação por inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Aí cabe, como sabemos, o pedido de liminar, forte no art. 102, inc. I, p, da CF/88, através da qual a autoridade judiciária pode sustar os efeitos da norma atacada.

Alguns doutrinadores denominam tal modalidade de *ação direta genérica*, para marcar posição perante a ação *interventiva* e a *supridora de omissão*, que veremos a seguir.

A Constituição do Rio Grande do Sul de 3-10-89 ampliou sobremodo a legitimação para a ação direta, legitimando, até, o titular da Defensoria Pública, algo que a Carta Federal não fez, embora pudesse, se assim entendesse necessário.

Parece-nos, s. m. j., que o constituinte estadual extrapolou, transformando um *meio excepcional de ataque* à lei inconstitucional num meio quase comum. Claro, ampliando a legitimação, aumenta a possibilidade de ajuizamentos, com conseqüente inchaço, pode-se dizer, das pautas do Tribunal. Também possibilita a que entidades menos avisadas ataquem normas cuja constitucionalidade já está em discussão. Foi tão distante esse constituinte que permitiu a uma *mesa* da Câmara Municipal a possibilidade de atacar a norma estadual,

38 V. MENDÊS, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 169

39 É de se consultar o estudo de CÉLIO BORJA na obra *A Nova Ordem Constitucional*. Forense.

quando sabemos a carência jurídica de determinados Municípios, que não controlam sequer a legalidade das suas Leis Orgânicas.

Mas relativamente à Defensoria Pública, o fato é que se o constituinte maior quisesse outorgar legitimidade para aquela instituição, o teria feito. E por que não o fez? Porque entendeu que já havia legitimados suficientes, e já extensa, no próprio texto. Logo, inadequada a “criação” gaúcha.

Como se não bastasse, a Carta rio-grandense confere legitimidade às *entidades* de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, de âmbito estadual ou nacional, legalmente e constituídas (art. 95, § 1º, VIII, CERS/89). Aí, invadiu seara reservada ao Ministério Público. Ora, se a instituição ministerial é encarregada (também) da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais individuais e indisponíveis, incluídos direitos do consumidor (art. 82, I, Lei nº 8.078/90), e o Procurador-Geral de Justiça já está legitimado à ação direta (art. 95, § 1º, CE), não vemos razão para “brindar-se” com aquela legitimidade. Aqui, também, vale o argumento de que o legislador federal constituinte não reputou necessária a ampliação.

Ademais, a prática tem demonstrado que, ao final e ao cabo, são os Chefes do Ministério Público Federal e Estadual, com suas independências e garantias, quem acabam suscitando judicialmente tais questões.

A legitimação é igual para a inconstitucionalidade por omissão (arts. 103, CF e 95, §§ 1º e 2º, CERS/89).

A inconstitucionalidade, já se disse, pode ocorrer por ação ou por omissão. Na inconstitucionalidade por *ação* pode ocorrer argüição direta ou incidental. Na inconstitucionalidade por *omissão* é que se discute a possibilidade de fazê-la na via incidental, ou seja, por exceção.

O argumento favorável a tal tese não é convincente, pois não vemos como possa prosperar a que alguém alegue descumprir uma lei inexistente. Tal hipótese, s.m.j., é solucionada no campo do processo: falta possibilidade jurídica para o pedido.

Ainda na seara da ação direta tem-se: a ação direta *interventiva*: a) federal, no Estado ou no Distrito Federal (art. 34, inc. III, CF/88) e a.1) federal, no Município do Distrito Federal, ambas de competência do STF (art. 35, CF/88); b) estadual, em seus Municípios (art. 35, CF), de competência do Tribunal Federal na forma da lei” (art. 102, par. único, CF). Como se vê, c, CERS/89).

São *interventivas*, pois se destinam a promover a intervenção federal ou estadual, conforme o caso, no Estado ou Município que descumprir preceito constitucional. É de se observar que na representação interventiva a questão de inconstitucionalidade é *prejudicial*, “se revogada a norma inconstitucional durante o processar, este perderá seu objeto”⁴⁰.

Também uma espécie de ação direta, criação do novel Texto de 1988, existe a ação que visa declarar a *inconstitucionalidade por omissão*, ou supri-

40 V. SLAIBI FILHO, Nagib. Op. loc. cit., p. 6.

dora de omissão, como pretende JOSÉ AFONSO DA SILVA. As omissões podem ser do legislador federal ou estadual, ou do administrador, que podem estar juntos, aos Poderes Legislativo, Executivo e até Judiciário (arts. 103, § 2º, CF; 95, inc. XII, *d*, CERS/89).

Outra espécie de controle criado pela Carta Federal de 1988 é o *descumprimento de preceito fundamental*, cuja arguição será "apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei" (art. 102, par. único, CF). Como se vê, já está delimitada a esfera de julgamento: a competência é do Supremo Tribunal Federal, *daí a inexistência de equivalente na órbita estadual*. Por outro lado, a lei é que deverá regular seu processo, os efeitos da decisão, os legitimados; enfim, ao tratar de assuntos polêmicos, voltarei ao tema.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, com a Carta de 1988, tornou-se *guardião da Constituição*. Daí que também controlará a constitucionalidade, via incidente, pelo *recurso extraordinário* (art. 102, inc. III, *a*), com a possibilidade da "extensão" *erga omnes* dessa decisão, após a manifestação do Senado Federal (art. 52, inc. X, CF).

Ainda, no Rio Grande do Sul, no caso de as Câmaras Separadas, ou os Grupos Cíveis, ou as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça, entenderem pela inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, enviarão o processo ao Tribunal Pleno para a decisão do colegiado (art. 175 do Regimento Interno do TJRS), que só poderá ser apreciada pela maioria absoluta dos membros (art. 97, CF *c/c* art. 93, inc. IX, da CERS/89).

E qual o *rito* a ser adotado nas ações diretas de inconstitucionalidade, por ação ou omissão?

Dois leis regem o processo da inconstitucionalidade: Lei nº 4.337/64 e Lei nº 5.778/72.

O Ministério Público *sempre* deve ser ouvido, seja na ação direta, seja na via difusa. É interessante observar que em alguns processos cíveis, sem a intervenção do *parquet*, às vezes se decidem questões inconstitucionais. É de se corrigir tal equívoco. Pode ser até uma ação de despejo, suscitada a *quaestio* constitucional o julgador *deverá* enviar o processo ao agente do Ministério Público para sua manifestação, sem o que torna o processo viciado irremediavelmente. Os Procuradores de Justiça, por seu turno, que atuam junto aos tribunais devem fiscalizar para que incorram tais omissões, pois determinadas pelo Texto (v. art. 95, § 3º, CERS/89).

No que diz respeito ao Advogado-Geral da União ou a Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, quando os Tribunais respectivos (STF ou TJRS) apreciarem inconstitucionalidade, em tese ou não, são citados para *defenderem* o ato impugnado (arts. 103, § 3º, CF, e 95, § 4º, CERS).

A norma colocou em posição delicada os advogados do Estado, pois se *obrigam* a fazer verdadeiras peripécias jurídicas para defenderem atos, às vezes manifestamente inconstitucionais, *indefensáveis*. É aqui que aparece cada "tese jurídica" digna de nota. E isso porque, em tese, a norma se presume constitucional, logo, deve ser defendida a qualquer preço.

A obrigatoriedade de o Advogado-Geral defender a norma a qualquer custo é, *data venia*, equivocada.

À evidência, o Advogado, o Procurador, expõe-se em demasia pelas teses mirabolantes que precisa criar, para defender um legislador, muitas vezes, suspeito. Um legislador que tantas e tantas vezes confunde o bem comum com o bem próprio.

Com razão GILMAR FERREIRA MENDES, para quem essa obrigatoriedade de defesa parece ter criado um instituto novo: *o Advogado da Inconstitucionalidade*⁴¹.

Apesar da desaprovação, o STF já se posicionou na matéria: ao Advogado-Geral cabe promover a defesa da norma inconstitucional, pois erigido em "curador da presunção de constitucionalidade da lei" (Ac. Pleno, STF, 72.1-ADIn, de 22-3-90, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU-25-5-90, p. 4.603).

Ora, a presunção de constitucionalidade de lei é presunção *fictio iuris*, não é e nem poderia ser presunção *absoluta*. Como já dizia os antigos: se a Justiça é cega, não o podem sê-lo aplicadores e lidadores e ligados do Direito. Daí que exigir a defesa intransigente de dispositivos manifestamente inconstitucionais, insustentáveis, é submeter o Advogado-Geral ao risível, pois assina contra o Direito. E quem assina contra o Direito...

Outra forma interessante de controle constitucional, não discutida pela doutrina, é com a *ação civil pública* (art. 129, inc. III, CF/88).

Há nítido paralelo entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e a Ação Civil Pública, sendo que esta, às vezes, pode ingressar (e tem amiúde ingressado) na seara daquela. Pode acontecer de se obter em primeira instância, em determinado Estado da Federação, a suspensão liminar de certo dispositivo, em ação civil pública; pode até ocorrer de um juiz estadual suspender uma lei federal em sua Comarca, por entender que fere interesses difusos ou coletivos. Tem-se o exemplo em São Paulo quando, na Comarca de Santos, o Ministério Público teve liminar na questão dos 147 incidentes em benefícios de acidentados do trabalho.

Há pouco tempo, também, o Ministério Público Federal demonstrou isso na questão dos depósitos bloqueados pelo famigerado Plano-Collor. Cada Estado decidia de certa maneira numa ação de interesse nacional.

Entendemos que a Ação Civil Pública não se presta para tutelar *in abstracto* a questão constitucional e a de interesse difuso ou coletivo, quando aquela é desta prejudicial. Isso porque a questão preponderante — subordinante — é sempre constitucional. Ora, a admitir-se que juiz de direito do Rio Grande do Sul, ou de outro Estado, decida ação civil, cuja decisão possui efeitos *erga omnes*, é de se admitir que tal decisão valha para o interior do Piauí, *v.g.*, o que não permite a atual estrutura judicial do País.

Esse problema também foi observado pelo eminente Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Alvarenga, o qual, em entrevista ao órgão de

41 *Controle de Constitucionalidade — aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1993.

divulgação da Associação do Ministério Público Gaúcho (jornal *Réplica*) teve similar pensar: *Entendo que a melhor forma de resolver entre um e outro — referia-se aos institutos da ADIn e ACP — é pela Ação Direta de Inconstitucionalidade* (p. 6).

Como se vê, por aí se tem controlado certas normas ditas inconstitucionais, o que não se apercebeu a doutrina.

3.2. *Alguns aspectos polêmicos do controle de constitucionalidade das leis*

Para concluir, trazemos algumas questões interessantes, assim julgadas no decorrer do estudo, para afloramento do debate e cotejar as opiniões porventura existentes.

Uma delas se origina no *quorum* para a declaração. Como já vimos, as Cartas Federal e do Rio Grande do Sul exigem maioria *absoluta* dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade. Esse *quorum* na declaração de mera ilegalidade é *prescindível*, mas *imprescindível* para a inconstitucionalidade, consoante o ensinamento de PONTES DE MIRANDA⁴².

Note-se: não é preciso que todos os juizes estejam presentes, basta a maioria absoluta, diz WITHAKER⁴³.

Então, declarada a inconstitucionalidade, obedecido o *quorum* exigível, deve-se, sempre e sempre, providenciar o envio da lei ao Senado ou à Assembléia Legislativa?

Será que o Senado ou a Assembléia Legislativa, recebida a lei declarada inconstitucional, contrária à Carta Magna, são obrigados a suspender-lhe a eficácia, sem possibilidade de discussão?

Na primeira questão entendemos que há de existir uma distinção. Em sendo a declaração pela via incidental, levada pelo recurso extraordinário, p.ex., com decisão *in concreto*, eficácia *inter partes*, o Tribunal não tem o dever de levar a questão ao Senado ou à Assembléia Legislativa. Mas pode o Procurador-Geral da República, ou o Procurador-Geral de Justiça, entender de encaminhar a decisão ao exame do Senado ou Assembléia, para a suspensão da eficácia da lei.

Ocorre que o Ministério Público é defensor da ordem constitucional (art. 127, *caput*, CF) e pode entender relevante a decisão, para ser estendida *erga omnes*. evitando, assim, o ajuizamento de Ação Direta, com repetição de atos e de julgamento, o que viria em prejuízo da celeridade e economia processuais.

Em sendo a decisão fundada na via direta, sabemos, os Presidentes do STF e do Tribunal de Justiça têm o dever de comunicar a decisão ao Poder Legislativo (art. 7º, Lei nº 4.337/64).

Com respeito à segunda questão, o Min. PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, em laborioso trabalho, colecionou a opinião de eminentes

42 *Comentários à Constituição de 1967*. Forense, tomo 3, 1987 p. 607.

43 *Op. loc. cit.*, p. 299

doutrinadores, alguns dos quais argumentavam que o Senado não era mero órgão “carimbador” das decisões do Poder Judiciário, daí por que podiam examinar e quiçá negar suspensão da eficácia⁴⁴.

PONTES DE MIRANDA⁴⁵ dizia que o Senado tinha a faculdade de *negar a suspensão da eficácia da lei*, sob pena de se interpretar *rebaixado à categoria de registro de títulos e documentos judiciais*.

Parece-me que o Senado e a Assembléia Legislativa só têm a faculdade de discutir *aspectos formais* da decisão que lhes foi enviada, *v.g. o quorum da votação*. O Poder Legislativo, *data venia*, não pode ficar discutindo entre seus membros se está correta ou incorreta a decisão, ou se a lei é inconstitucional ou não, pois simplesmente é o Poder Judiciário o detentor dessa missão. É o Judiciário quem interpreta a Constituição e quem diz o direito. Isso para não falar da ausência, no Poder Legislativo, de componentes que sejam técnicos em direito e que estão a votar e a fazer leis. Mesmo que assessorados juridicamente, a decisão política não se confunde com a decisão jurídica. De outra banda, os membros do Poder Legislativo já se pronunciaram na lei declarada inconstitucional e não teria sentido nova manifestação.

Assim, embora o Poder Legislativo não seja “carimbador” daquelas decisões, embora não seja o cartório de registro, *também não é o intérprete da Constituição*. Tem uma competência e em seu exercício “cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica”⁴⁶.

Outra questão diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da lei *municipal* que contraria preceito da Carta Federal.

Sabe-se, a lei municipal inconstitucional perante a Carta do Estado do Rio Grande do Sul é deduzida no Tribunal de Justiça (arts. 125, § 2º, CF/88; 95, inc. XII, *d*, CERS/89).

A Constituição Federal silencia quando a norma municipal contraria a Lei Maior. Então, os constituintes gaúchos “resolveram” inserir na Carta Estadual (art. 95, XII, *d*) a possibilidade de a lei municipal, entendida inconstitucional frente à CF, ser atacada perante o Tribunal de Justiça. Com isso, ressuscitaram velha querela, onde o anterior STF, até em causa ligada ao Rio Grande do Sul, já se havia inclinado pela impossibilidade (RE-91.740/80-RS, Rel. Min. Moreira Alves).

Agora, novamente, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar para suspender a eficácia do dispositivo, como se pode verificar na Revista *Lex*-STF-148/21. Portanto, não se pode arguir a inconstitucionalidade de lei municipal frente à Carta Federal, na via direta.

Não sabemos como isso poderia ter sido evitado. Se o constituinte federal outorgasse ao STF tal competência, haveria o caos que redundaria em nova

44 In “O Senado e as Leis Inconstitucionais”, *Rev. Inf. Legisl.* 50:55.

45 *Op. cit.*, p. 623.

46 *Op. cit.*, p. 57.

crise, em função do número de Municípios existentes no País; se outorgasse o controle ao Tribunal de Justiça, estaria delegando funções indelegáveis, exclusivas do STF: guarda da Constituição.

Mas é de se notar o absurdo existente: um município, às vezes ignorante, no mais das vezes pobre, sem possibilidade econômica de recorrer a um causídico, fica sem proteção ao abuso do legislador municipal, que pode promulgar lei atentatória à Carta Federal. E pode exigir o cumprimento. Nesse ponto, devemos concordar com a Profª FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA: "é preciso cortar esse mal pela raiz"⁴⁷.

Onde também se pode ver algum desajuste, já notado por constitucionalistas, diz respeito ao *mandado de injunção* e à inconstitucionalidade por omissão. Esta, já se disse, é novidade da nova Carta e surge de um não-fazer, um não-agir do legislador ou do administrador, estejam em quaisquer dos Poderes. É uma inação; uma inércia ou silêncio, que contraria o mandamento constitucional.

Sabemos que a Constituição não esgota, e nem poderia fazê-lo, a matéria nela contida. Deve, portanto, existir a atuação dos órgãos administrativos e dos Poderes para fazer valer, muitas vezes, certas normas constitucionais.

Quando os órgãos não atuam como determina a Constituição é que surge a inconstitucionalidade por omissão e a possibilidade de compeli-los a atuarem, via ação direta, *in abstracto, a posteriori*. No Rio Grande do Sul há previsão do controle por omissão de leis estaduais e municipais (art. 95, §§ 1º e 2º, CERS)

Aqui aparece um problema: pode o Tribunal de Justiça julgar a inconstitucionalidade por omissão? A teor da Carta Estadual do Rio Grande do Sul é possível. A Profª REGINA FERRARI entende que essa competência, na via direta, é reservada unicamente ao STF. Os Tribunais de Justiça só poderiam apreciar na via de defesa⁴⁸.

Não concordamos. Primeiro, porque inexistente proibição constitucional, explícita ou implicitamente à competência estadual nessa matéria; segundo o art. 125, § 2º, CF, não faz distinção entre ação ou omissão. Ademais, a pretensão de se impedir que os Tribunais estaduais auxiliem no controle de constitucionalidade das leis, significa impor-se ao STF uma maior carga processual do que a já existente.

O mandado de injunção, na leitura inversa feita por MARCELO FIGUEIREDO, do art. 5º, inc. LXXI: "O Poder Judiciário concederá a ordem de injunção toda vez que, em razão da falta de norma jurídica, direito ou liberdade constitucional não possa ser fruído, exercido, aproveitado pelo impetrante (...)" O pressuposto da ação de injunção é exatamente a falta de regulamentação⁴⁹.

47 "O Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais" *Rev. Inf. Legis.* — 76/125.

48 *Op. cit.* p. 45.

49 In *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*. RT, 1991. SP. p. 33.

No que diz respeito à legitimidade: na ação de inconstitucionalidade por omissão, ou supridora de norma, estão legitimados somente aqueles elencados no art. 103, CF, ou do art. 95, §§ 1º e 2º, da CERS. No mandado de injunção legitimado é todo aquele que tenha um interesse jurídico pessoal na edição da norma. Pode ser pessoa jurídica, despersonalizada, como o espólio, a herança jacente, a massa falida etc. Essa distinção foi bem enfocada pelo gaúcho Des. Rui Ruschel: na inconstitucionalidade por omissão se objetiva apreciar a ausência de lei ou ato normativo em tese; no mandado de injunção apreciar direito em concreto, negado por ausência de regulamentação; naquela, a sentença tem eficácia *erga omnes*; no mandado, a eficácia é *inter partes*⁵⁰.

O Juiz Federal ADHEMAR MACIEL apresenta inclusive exemplos para distinguir um e outro instituto⁵¹.

A seguinte ementa bem retrata a inconstitucionalidade por omissão:

“A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de que trata o § 2º do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas, sim, visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado” (ADIn-19, STF, Rel. Min. ALDIR PAS-SARINHO, *Revista de Direito Administrativo* n.º 175/81).

Para concluir, algumas palavras relativas ao *descumprimento de preceito fundamental*, também criação recente da nova Carta.

Parece-nos que preceito fundamental não pode ser utilizado como sinônimo de princípio fundamental e nem como garantia fundamental, expressões constantes dos Títulos I e II da CF/88.

Realmente, a expressão *preceito fundamental*, como reconhece JOSÉ AFONSO DA SILVA, é disposição não muito bem redigida⁵². É mais ampla do que aparenta.

Para CÉLIO BORJA, a expressão abarca toda a prescrição que dá o sentido básico do regime constitucional, a autonomia dos Estados e *especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais*⁵³.

Os preceitos fundamentais, segundo nos parece, têm relação com as denominadas *cláusulas de garantia*, ou normas supraconstitucionais, ou cláusulas pétreas. Tais preceitos são bem mais amplos e englobam direitos fundamentais, garantias e princípios constitucionais básicos de um Estado de direito: *é a forma de Estado; o voto direto e secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais*.

Ocorre que em nosso País nem as cláusulas pétreas estão imunes ao ataque, como a experiência tem demonstrado. Aliás, basta ver-se a forma

50 “Contornos Constitucionais do Mandado de Injunção” *Apuriv* n. 45, RS, p. 37.

51 “Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão”. *Revista de Dir. Público*, 89:43.

52 *Cb. cit.*

53 *Op. cit.*, p. 193.

singular de convocação e formação da Constituinte de 1988, onde os representantes continuaram no Poder. E é para resguardar a integridade da norma supraconstitucional o aparecimento da proteção ao preceito fundamental.

Outro aspecto nos leva à mesma conclusão. O Texto Maior serviu perfeitamente aos interesses do Estado de direito, no que toca à proteção do direito e garantia fundamental.

Muitos institutos foram alargados (mandado de segurança, *v.g.*) e outros criados (habeas data, injunção, *v.g.*) não parecendo-nos viável, portanto, que novo dispositivo viesse regular e proteger o suficientemente protegido.

4. Conclusão

Como vimos, o tema permite amplas indagações, maiores, até, do que aquelas aqui consideradas.

Entre os temas também polêmicos, por exemplo, deixamos de analisar os efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade, o que por si comporta uma monografia. Isso sem falar que os demais poderiam ser mais aprofundados.

No Brasil, ultimamente, houve uma espécie de "vulgarização" do instituto de controle de constitucionalidade, tal a seqüência com que é afrontada a Carta Magna. Também em escala proporcional no Rio Grande do Sul, onde certo Município pretendia administrar com base em medidas provisórias, o que já é discutível, e onde o governo estadual pretendia dar foros de Secretaria de Estado à Polícia Civil. Felizmente, o Ministério Público tem andado atento em tais casos.

Há algum tempo, em entrevista ao Jornal *Folha de São Paulo*, um conhecido advogado referia a facilidade com que se advoga contra a União, durante o Período Collor, tal o número de atos inconstitucionais.

Com a reforma dos Tribunais, com a criação de novos colegiados, pretendeu-se desafogar o STF, tornando-o *la guardia* constitucional. Na prática estamos assistindo a um remodelado Tribunal caminhando a passos largos para nova crise, tal o número de processos que lá estão a chegar. Nesse ponto, urge uma revisão ao acesso.

Agora, com a integração da América Latina, do Cone Sul, com a conseqüente assinatura de leis e tratados internacionais, pelo Mercosul, é tempo de se considerar a pretensão de M. DUMAT, lembrado por WITHAKER, da criação de um *controle internacional das leis nacionais*, "quando estas estiverem em desacordo com o direito internacional"⁵⁴. Parece que assim se pode manter relacionamento de nação para nação, com a necessária harmonia e dentro de um Estado de direito.

⁵⁴ Op. cit., p. 307

5. Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Forense 1ª edição. 1984. 408 pp.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Forense. RJ. 2ª edição 1986, 361 pp.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Almedina, Coimbra. Portugal. 1989. vol. I. 405 pp.
- CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. Atlas. 1987. 726 pp.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Ed. Almedina, Coimbra. Portugal. 1991. 5ª ed., 1.214 pp.
- CAPPELETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Ed. Fabris. Porto Alegre. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 1ª ed., 142 pp.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle de Constitucionalidade*. Forense. 1ª ed. 1966. RJ. 197 pp.
- COLLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Trad. Alcides Cruz. Ed. histórica. RT. 2ª ed. 1982. 304 pp.
- CUNHA, Fernando Withaker da. *Direito Constitucional do Brasil*. Ed. Renovar. 1ª ed., RJ. 1990. 384 pp.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 2ª ed. atual. RT. SP. 1990. 190 pp.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*. RT. SP. 1ª ed. 1991. 88 pp.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva. SP. 17ª ed. 1989. 314 pp.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes. Trad. João Batista Machado. 1ª ed., SP. 371 pp.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e Struttura Nel Diritto*. Vol Primo. G. Giappichelli, Editore. Torino. Itália. 1ª ed. 1968. 313 pp.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Consituições Rígidas*. Ed. José Bushatsky. 2ª ed. 1980. SP. 248 pp.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos*. Saraiva. SP. 1ª ed. 1990. 371 pp.
- NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Forense. 1ª ed. RJ. 1943. 698 pp.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Forense 1ª ed. RJ. 1985. 239 pp.
- REPETTO, Raul Bertelsen. *Control de Constitucionalidade de la Ley*. Ed. Jurídica de Chile. 1ª ed. Santiago — Chile. 1969. 188 pp.
- ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana. Dois Séculos de Direito Comparado*. Ed. Trabalhista. 1987. 1ª ed. 155 pp.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. RT. 6ª ed. atual. 1990. 756 pp.

Artigos Consultados

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. "O Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais." *Rev. Inf. Legislativa* 76/1982.
- ANDRADA, Bonifácio de. "O Controle da Constitucionalidade na Elaboração de Emenda Constitucional". *Arquivos do M.J.* 1977.
- BORJA, Célio. "O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade". *A Nova Ordem Constitucional — Forense*. 1ª ed. 1990. 591 pp.
- COSTA, José Dilvanir da. "O Controle Constitucional e a Autonomia dos Estados Federados". *Revista Forense* n° 83.

- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. "Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade". *Revista da Proc.-Geral do Estado SP*, n° 34.
- FILHO, Nagib Slaibi. "O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade". *Seleções COAD* — Abril de 1989.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. "O Controle de Constitucionalidade das Leis e o Direito Adquirido". *Revista de Direito Civil* n° 48.
- MACHADO, Marcia Rodrigues. "Inconstitucionalidade por Omissão". *Revista da PGESP-30*.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. "O mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão". *Revista de Direito Público* — 89.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. "O Senado e as Leis Inconstitucionais". *Revista de Informação Legislativa* n° 50.
- RUSCHEL, Rui Ruben. "Contornos Constitucionais do Mandado de Injunção". *Revista Ajuris* — 45.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988". *Rev. Direito Público* n° 92.
- Jurisprudência*
Revista de Direito Administrativo, FGV, 175.
Revista de Jurisprudência do STF Lex-148/21

A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à justiça

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Bacharel em Economia e Mestrando em Direito Público na UNESP, Franca (SP)

SUMARIO

1. Os direitos do cidadão e o seu protetor natural. 2. A jurisdição judicial como "guardiã da propriedade privada e das liberdades públicas". 3. O contencioso administrativo: histórico no Brasil e o exemplo da França. 4. O acesso a juízo e o exaurimento das vias administrativas. 5. Conclusão.

1. Não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 alargou o campo de atuação do Poder Judiciário no que se refere à chamada Justiça Administrativa. Enquanto antes somente os direitos subjetivos eram objeto de proteção garantida, em face da redação do § 4º do art. 153 da Carta de 1969, agora, além da proteção tanto contra lesão quanto a ameaça de lesão a direito individual, também os direitos coletivos têm o mesmo amparo; o inciso XXXV do art. 5º, com efeito, não contém a ressalva antes existente, significando que é garantia contra o abuso aos direitos individuais e aos interesses legítimos, ou seja, os direitos da massa de administrados contra atos danosos via de regra perpetrados pelo todo-poderoso Administrador Público¹.

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 é fruto do liberalismo político que prega a manutenção do Estado socialmente organizado para o pleno exercício das liberdades individuais; é Constituição-garantia, "que se propõe a garantir os direitos fundamentais contra o poder e sua natural inclinação para o abuso"². Já dissemos alhures que o símbolo maior do Estado

1 Nesse sentido, CELSO AGRÍCOLA BARBI, no artigo "Garantias Constitucionais Processuais", publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 659, setembro de 1990, pp. 7-12.

2 Conf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ed. Saraiva, 1990, p. 4

de direito é o princípio da legalidade, inscrito no Capítulo I do Título II dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º da Constituição Federal), e a garantia do primado de justiça é a certeza de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (inciso XXXV). Como consequência do que estabeleceu o legislador maior, significará arbítrio a sonegação de matérias ou casos aos juízes e Tribunais, e como tal nada está protegido pelo ilusório manto da independência de poderes³.

Partindo dessa colocação, desde logo nota-se ser preciso voltar o pensamento ao interesse público e de plano serem removidas as pretensas barreiras alevantadas contra o pronto ingresso em juízo. Nesse mister, deve-se buscar no direito estrangeiro os exemplos bem sucedidos de administração de justiça, como o da dúplice jurisdição francesa, mas sem querer aqui implantá-lo, senão apenas para justificar a adoção do moderno entendimento que a Constituição Federal refletiu em muitos pontos, aplicando-se tais conceitos na proteção dos direitos do cidadão.

Os movimentos internacionais, notadamente na segunda metade deste século, tiveram em alta conta o interesse crescente pelos direitos do homem. À Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, seguiram-se outras importantes convenções sempre trilhando o caminho dos direitos humanos. Na síntese do francês PIERRE BON, houve "um alargamento de conteúdo com a passagem das liberdades individuais às liberdades coletivas e, em seguida, aos direitos econômicos e sociais"⁴. Entre nós, todavia, o reconhecimento dos direitos individuais é preocupação recente, mercê dos regimes de governo que por longos períodos tirou o país dos trilhos da democracia plena, e os coletivos e sociais então constituem-se em mera falácia, dada a teimosia em não se ouvir os difusos clamores de categorias, querendo-se, outrossim, a identificação de detentores de direito subjetivo.

A dificuldade na recepção de postulações para amparo das duas esferas de direitos, distinguindo *a priori* as suas características básicas, dimana do fato de que a legislação processual inadmite o ingresso a quem não detém direito próprio, só permitindo a legitimação extraordinária eventualmente (conforme art. 6º do Código de Processo Civil). São de AGUSTIN GORDILLO os esclarecimentos que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO apresenta *in verbis*:

"O interesse legítimo diferencia-se do direito subjetivo porque, neste último, alguém tem, em caráter exclusivo, a situação jurídica cuja proteção é postulável; no interesse legítimo, a situação jurídica é detida em concorrência com outros indivíduos e de tal sorte que

3 In *Considerações Atuais sobre o Controle da Discricionariedade*, item 3.

4 In "Proteção Jurisdicional dos Direitos do Homem na França", publicado na *Revista de Direito Público*. Ed. Revista dos Tribunais, vol. 88, out-dez de 1988, pp. 128 e 129.

não é nem pode ser concretizada com exclusividade — vale dizer, com exclusão de outros — em nenhum deles”.

Os interesses coletivos, os difusos e também os individuais indisponíveis necessitam de amparo processual válido para serem deduzidos em juízo. O arcabouço legislativo vigente, é certo, não autoriza nem legitima a qualquer cidadão o uso do processo, dificultando sobremaneira a prestação jurisdicional em casos que inclusive é reclamada com urgência. Os meios autorizados, por outro lado, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, são raramente utilizados para aquela finalidade, prevalecendo muitas vezes um ato prejudicial à coletividade somente porque não se identificou detentor de direito a ser exercido em nome próprio.

Precisa-se, na verdade, de adequação das normas processuais às novas necessidades impostas por uma ordem constitucional avançada no que se refere à proteção dos direitos do cidadão. Não será aqui, todavia, que se discorrerá sobre esse importante capítulo do tema ligado ao acesso à justiça, remanescendo o assunto para oportunas considerações.

A proteção dos direitos é matéria constitucional porque tolhe a um só tempo a injustiça da lei e a ação lesiva do tradicional inimigo das liberdades públicas, o Poder Executivo, incumbindo ao poder jurisdicional assegurar o cumprimento das normas constitucionais. Se há direito, não importa sua natureza para que se imponha uma garantia ao seu exercício. Daí falar-se em ser a jurisdição, quer administrativa, quer judicial, o protetor natural dos direitos do cidadão; e, frente à possível divisão da jurisdição com o estabelecimento de uma específica para a proteção contra os abusos do Poder Executivo, necessárias se fazem, para o Brasil, as ponderações que se seguem.

2. Num sistema de jurisdição dúplice, os litígios entre a administração pública e o administrado ficam a cargo da Justiça Administrativa, pode-se dizer, mas sem que a colocação reflita a realidade do que ocorre nos países que o adotam. Em Portugal, por exemplo, o exame no contencioso administrativo cinge-se a questões de legalidade, persistindo as questões não jurídicas ou de boa administração para o exame do Poder Judiciário se e quando provocado por quem detém direito subjetivo⁵. É que se à jurisdição administrativa fosse autorizada a revisão do ato sob os aspectos da conveniência e oportunidade, entraria o julgador em domínio específico da Administração — e passaria a realizar, na expressão de QUEIRO, “uma dupla administração”. Na França não é diferente, estando aberta a jurisdição administrativa para o controle da conformidade dos atos administrativos à lei e à Constituição, ocupando-se

5. “O Controle Judicial dos Atos Administrativos”, artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 152, abr./jun. de 1993, pp. 1-15, especialmente nota de rodapé nº 5.

6. Conf. AFONSO RODRIGUES QUEIRO, “Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas”, artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 97, jul./set. de 1969, p. 8.

a jurisdição judicial da guarda da propriedade privada e das liberdades públicas⁷. Para completar, na Itália, sob a influência francesa formou-se um sistema próprio de proteção aos direitos subjetivos, submetidos à justiça ordinária, enquanto os interesses legítimos ficaram sob tutela da justiça administrativa⁸.

Há, em síntese, nesses sistemas de dupla ordem jurisdicional, uma reserva de matérias pertinentes à jurisdição administrativa, sempre envolvendo litígios entre a administração pública e os administrados, ficando o mais a cargo da função judicial do Estado, incumbida de proteger as liberdades públicas e a propriedade privada, o que, enfim, implica dar guarda a qualquer reclamo contra lesão ou ameaça de lesão a direito individual.

No Brasil, de jurisdição única, não pode em hipótese alguma haver recusa de exame de lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo sob pena de não exercer o Estado a função que lhe atribui a Constituição Federal. Como corolário de eventual não-pronúncia do Poder Judiciário sobre questão levada a seus órgãos, quer sob o título de direitos subjetivos, quer sob o de interesses legítimos, redundará em denegação de justiça. A mesma conclusão aplica-se ao legislador ordinário na hipótese de limitar ou condicionar o ingresso em juízo, senão mediante a disciplina processual necessária à regularidade dos serviços judiciais e à garantia da obediência de princípios tradicionalmente assegurados.

3. Não obstante as ponderações sobre a imprescindível recepção de qualquer matéria para o crivo jurisdicional único, vale lembrar que a importação de modelos ou o resgate de idéias do passado tendem a indicar outros caminhos, como aliás se deu por ocasião da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, e pode de novo ser lembrada na reforma constitucional prevista para 1993. As razões que motivaram os ideais de modificação no Brasil sempre se identificaram com propostas tendentes a possibilitar mais ágil distribuição da justiça. Ocorre, porém, que as pretensões esbarram em dificuldades oriundas das peculiaridades estruturais brasileiras e mesmo em premissas financeiras que inviabilizam desde logo a concretização de projetos contendo drásticas modificações, como as que se fariam necessárias.

Na sua origem, a idéia do contencioso administrativo baseou-se em postulado que hoje não encontra suporte na realidade do Estado moderno. Com efeito, "o contencioso administrativo nada mais é do que um remanescente de épocas em que o rei englobava todos os poderes do Estado e, portanto, o Poder Judiciário, agindo sempre a Justiça em nome do rei"⁹. Sucedeu, com a Revolução Francesa, que o julgamento dos atos administrativos remanesceram com função do Poder Executivo, aparentemente contrariando o

7 Conf. PIERRE BON, ob. cit., p. 125.

8 Conf. CAIO TÁCITO, "Contencioso Administrativo", artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 133, jul./set. de 1978, p. 63.

9 Conf. CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, na abertura da exposição de tese aprovada no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, publicada na *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 131, jan. a mar. de 1978, p. 11.

princípio da separação dos poderes, mas sob fundamento aceito, qual seja o de que redundaria em transgressão àquele princípio a interferência do Poder Judiciário nas questões de interesse da Administração.

Na França, prepondera o entendimento de que “contencioso administrativo é o conjunto de contestações nascidas da ação da Administração, quando ela se exerce segundo o direito administrativo”; trata-se de verdadeiros Tribunais que desempenham a função normal de todo juiz: dizer o direito por ocasião dos litígios que lhe são submetidos, conforme excerto de JEAN RIVERO *apud* CRETELLA JÚNIOR¹⁰. Embora hoje não mais prevaleça o entendimento da tripartição de poderes para a aceitação da jurisdição administrativa, permanece na França o sistema de dupla jurisdição por mera conveniência, dada a suposta vantagem da especialização e possível maior rapidez da jurisdição administrativa.

Mais recentemente, inclusive, discute-se a eficiência do sistema francês. Pronunciando-se sobre o contencioso administrativo da França, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA falava sobre o fim próximo daquele paradigma nestes termos: “La crisis del contencioso-administrativo francés, un contencioso “subdesarrollado” según quienes hasta ahora mismo lo vanagloriaban, un contencioso inadaptado al tiempo actual, según quienes lo practican y lo sufren, un contencioso que esta ya en la cola u no en la vanguardia de los sistemas occidentales de protección judicial frente al poder, un contencioso que está ya en retraso sobre “los principios generales del Derecho europeo”, tanto comunitarios como de Derechos humanos, esa crisis, ya inocultable y ostentosa, que ha irrumpido como un sarpullido inesperado y súbito en el hasta ahora lozano rostro del Derecho público francés, esa crisis invalida definitivamente el pertinaz intento de acogerse a él como a un oráculo para la reforma pendiente de nuestro propio sistema”¹¹.

Entre nós o assunto não é novo, posto ter vigorado no Brasil Colônia o contencioso administrativo — ou ao menos o que hoje identifica-se como tal. Mas com a Independência, na Constituição de 1824, foi criado o Poder Moderador, conferido ao Imperador para manipular os Poderes Judiciário e Legislativo. A Constituição de 1891 estabeleceu de tal forma a competência do Poder Judiciário que teve, como corolário, a supressão da jurisdição administrativa, imperando, depois, nas Cartas de 1934, 1937, 1946 e 1967¹².

A Constituição Federal de 1969 ressuscitou a expressão “contencioso administrativo”, seguindo-se a Emenda n.º 7, de 1977, com inovações nesta área, mas nunca foram postas em prática por falta de regulamentação. Discutiu-se, a partir daí, se em verdade o contencioso administrativo foi criado no Brasil, inclinando-se os doutos em sentido negativo, como se vê, *exempli*

10 O “Contencioso Administrativo” inexistente, publicado na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vol. 75, pp. 27-30, especialmente 29.

11 “La Crisis del Contencioso-Administrativo Francés: El Fin de un Paradigma”, publicado na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vol. 91, pp. 5-18.

12 Conf. ADA PELEGRINI GRINOVER, “O Contencioso Administrativo na Emenda n.º 7, de 1977”, na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vols. 41-42, pp. 55-71.

gratia, da posição de José Cretella Júnior. "A Constituição de 1969 encerra o maior dos absurdos ao pretender criar "contencioso administrativo" para julgar litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União". E apregoa: "Isso nunca foi contencioso administrativo"¹³

Em verdade o legislador constitucional jamais inspirou-se no modelo da dúplice jurisdição; como meio de reformar o sistema judiciário, fortaleceu a Justiça Federal dando-lhe feições de verdadeiro contencioso administrativo para julgamento dos litígios envolvendo a União. Dá conta disso CAIO TÁCITO: a criação de órgãos especiais de contencioso administrativo apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934, anunciados como "um Tribunal especial, com competência privativa e final (salvo em matéria constitucional) para o julgamento dos recursos nas matérias que, no todo ou em parte, fossem regidas pelo Direito Administrativo e, ainda, nos litígios entre a União e seus credores, derivados de contratos públicos"¹⁴. Embora não tenha sido colocado em prática o mandamento constitucional, redundou na criação do *Tribunal Federal de Recursos*, pela Carta de 1946, e na implantação da Justiça Federal de Primeira Instância, organizada nos moldes da Lei n° 5.010, de 30 de maio de 1966.

Do exposto conclui-se que o sistema jurisdicional brasileiro trilha caminho diverso do modelo tradicional francês de dúplice jurisdição, até porque inspira-se no padrão norte-americano de justiça soberana a cargo do Poder Judiciário. Como em todos os sistemas avaliados, também no Brasil a questão envolve decisão político-constitucional, incumbindo ao poder constituinte a revisão do modelo em vigor com a manutenção dos órgãos existentes ou a criação de outros que organicamente impliquem sistema de contencioso administrativo como consagrado doutrinariamente, ou seja, "órgãos jurisdicionais distintos para o exercício do controle externo e final da administração pública"¹⁵.

A questão a saber-se, todavia, é se convém a criação de tais órgãos, independentemente das razões doutrinárias que os justificam.

Sobre o tema pronunciaram-se DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO e EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI, em abalizadas monografias, com ambos propugnando, na essência, pela mesma solução. O primeiro defende a criação de "Tribunais especializados administrativos, situados organicamente no Judiciário, tendo à cúpula, em relação recursal extraordinária, o Supremo Tribunal Federal"¹⁶. GUALAZZI posta-se favoravelmente à insta-

13. O "Contencioso Administrativo" inexistente, publicado na *Revista de Direito Público* da Ed. Revista dos Tribunais, vol. 75, pp. 27-30; o renomado autor diz, ainda, e expondo ideias que mais a frente será retomada: "Cu as fazes federais e, depois, o Tribunal Federal de Recursos (hoje Tribunal Regional Federal), julgam tais litígios e estamos, nesse caso, dentro do sistema tradicional da jurisdição una, que é e sempre foi o nosso sistema, o que é confirmado pelo art. 125 da CF de 1969, ou sermiado, realmente, o contencioso administrativo - modelo francês, o que conflita com o art. 153, § 4º (hoje equivalendo, *mutatis mutandis*, ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988); nunca, jamais, estando em vigor este artigo haverá "contencioso administrativo", pela simples razão que ele consagra a jurisdição una" (p. 29).

14. Texto de conferência publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 133 jul./set. de 1978, pp. 59-69.

15. Conforme CAIO TÁCITO, *ob. cit.* p. 61.

16. *Contencioso Administrativo*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, pp. 41 e seguintes.

lação de seções formal e materialmente especializadas do Poder Judiciário para conhecimento das lides administrativas, já esboçadas em face das varas da Fazenda Pública em todos os níveis¹⁷. Alerta que eventuais alterações no vencedor sistema brasileiro deverá "acentuar a caracterização formal e substancial da justiça administrativa, no seio do Poder Judiciário, em sistema de jurisdição una, que é o mais adequado ao Brasil e já conta, virtualmente, com um século de boa tradição"; a conclusão, portanto, é de que "a justiça administrativa já vem sendo desempenhada a contento, há muito tempo, no sistema de jurisdição una, em vista da legislação constitucional e ordinária em vigor, transparecendo como inútil para nosso País o contencioso administrativo de modelo francês"¹⁸.

4. Sempre inclinaram-se os doutos, com efeito, no sentido da inconveniência de volver-se ao regime de justiça que vigorou no Brasil antes da Proclamação da República. As razões são lógicas e repousam basicamente na suspeita em ter-se como juiz, em última análise, o próprio litigante, o que acabou por fazer letra morta e permissivo da Emenda Constitucional nº 7, de 1977.

Mas mesmo afastada a viabilidade da jurisdição dúplice, uma importante barreira contra o amplo acesso ao Poder Judiciário costuma ser levantada: o condicionamento do ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas¹⁹. Sabe-se que Tribunais administrativos desprovidos de função jurisdicional podem ser criados dentro da própria estrutura dos órgãos cujas decisões pretende-se sejam revistas. Nada impede que a função controladora seja exercitada pelo próprio ente que movimentou a ação estatal danosa, mas sem que o exercício do poder revisional implique retardamento na busca de amparo jurisdicional para o exercício dos direitos individuais e coletivos, necessariamente nos órgãos integrantes da estrutura constitucionalmente assegurada ao Poder Judiciário. A assertiva dimanada da garantia de que nada será sonogado à apreciação judicial (inciso XXXV do art. 5º).

Na vigência da Carta anterior a jurisprudência só excepcionalmente admitia o condicionamento do ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas²⁰. Contudo, mesmo os mais renitentes defensores da jurisdição única manifestaram-se em conformidade com a barreira. Nesse sentido, ADA

17 *Justiça Administrativa*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 124

18 *Ob. cit.*, pp. 155 e 159, respectivamente.

19 Lembra-se que na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 não se repetiu a permissão inserida na carta anterior pela Emenda nº 7, *verbis*: "O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exaurem previamente as vias administrativas, desde que não exija garantia de instância, nem ultrapassação o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido" (§ 4º, *in fine*, do art. 153 da CF de 1989), no art. 203 e antigo texto trazia a autorização — também não repetida — para a criação de contenciosos administrativos nas esferas federal e estadual, sem poder jurisdicional, "para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho" e para dirimir as questões entre as pessoas de direito público de mesmo nível de governo (conf. art. 205).

20 Bem a propósito é o enunciado n.º 429 da Súmula Predominante do Supremo Tribunal Federal: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade", a jurisprudência simulada em questão e um temperamento à letra do inciso I do art. 5º da Lei n.º 1.533, de 1951, *verbis*: "Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I de ato de que cabia recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução."

PELLEGRINI GRINOVER apregoou não haver "necessidade de permissivo constitucional para a exigência, que já existe em nosso sistema em determinadas matérias"²¹, embora ressaltando que o prévio esgotamento das vias administrativas só pode ser considerado legítimo "na medida em que não impeça ou não limite desarrazoadamente o acesso do indivíduo ao Judiciário para a defesa de seus direitos", isso porque "as normas legais que regulam e disciplinam tal acesso não podem colidir com o princípio da proteção judiciária"²².

O problema pode ser levado além para questionar-se sobre os pressupostos de admissibilidade do ingresso em juízo, que ao lado das tradicionais condições da ação são colocados como barreira ao livre acesso que se quer ver garantido. Neste particular, tratando com especial felicidade da garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional, ÁLVARO ÉRIX FERREIRA expôs que "não está a lei impedida de regular o processo, estabelecendo requisitos para a sua constituição e desenvolvimento, mas desde que o faça, entretanto, em caráter geral, aplicável a todas as causas e de forma a não impossibilitar ou inviabilizar, em alguma hipótese, o acesso ao processo. Essa é a única conclusão capaz de conciliar a garantia absoluta de acesso ao Judiciário com a conferida ao réu de não ser afetado na sua liberdade ou patrimônio senão através do devido processo legal"²³.

Tem-se de admitir, com razão, o condicionamento do ingresso em juízo à satisfação de requisitos legais porque em última instância significam o respeito a princípios como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da licitude das provas, entre outros explícita ou implicitamente adotados pela Carta de 1988.

Ainda assim remanesce a proposição acerca da possibilidade de ser condicionado o ingresso em juízo ao exaurimento de vias administrativas. A solução do problema poderia ser simples — pela negativa, já que ao legislador ordinário não é dado limitar ou condicionar o acesso senão mediante disciplina processual para a garantia da obediência de princípios constitucionalmente assegurados. É a própria Constituição, porém, que excepciona ao dispor, no § 1º do art. 217, que "o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei", e no § 2º do art. 142: "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares". Ambos os casos expressam claramente uma vedação ao princípio do livre acesso, sendo o primeiro caso de

21 Ob. cit., p. 61; arrola a autora, citando dispositivos legais, a matéria acidentária, em que a lei já revogada estabelecia, para o ajuizamento da ação, a condição de que se escoasse previamente a via administrativa da Previdência Social; a Lei nº 1.533, de 1951, que regula o mandado de segurança, exigindo a exaustão da via administrativa quando do ato couber recurso administrativo com efeito suspensivo independentemente de caução (ver nota nº 20, supra); e ainda o Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Decreto-Lei nº 1.713, de 1939), "acompanhado pelos estatutos de diversos Estados-Membros, no que concerne à necessidade de exaustão das vias administrativas para que o funcionário pudesse recorrer ao Judiciário".

22 Ob. e loc. cit.

23 "Garantia Constitucional de Acesso à Tutela Jurisdicional", *Revista dos Tribunais*, vol. 659, setembro de 1990, pp. 40-48, especialmente p. 46.

condicionamento à prévia exaustão das vias administrativas da chamada justiça desportiva que, por falta de caráter de definitividade de suas decisões, não tem o *status* de jurisdicional.

Parece de bom alvitre que casos como os da justiça desportiva sejam levados primeiro à esfera própria, não apenas pela natureza eminentemente técnica dos embates jurídicos que propicia, mas também como meio de obterem a solução imediata que o Poder Judiciário não pode dar em face da disciplina processual de difícil superação a que se submeteriam. Esse foi o intuito do legislador constituinte, evidenciado a partir da determinação de que a esfera administrativa tem o prazo máximo de sessenta dias para proferir decisão final (conforme o § 2º do art. 217 da Constituição Federal). Deste modo, mesmo enfocada sob o prisma da não-sujeição do direito a sacrifício de forma a implicar sua negativa, não adviriam prejuízos ao interessado porque a demora na via extrajudicial não será superior ao tempo marcado.

Não se pode negar, outrossim, que, havendo lesão ou ameaça de lesão a direito não passível de ser reparada ou evitada na forma sobredita, o ingresso em juízo pode se dar independentemente do escoamento do prazo ou de postulação administrativa ante o primado do controle judiciário incondicional. Por isso que os autores que outrora admitiam a condição expunham que "a exaustão das vias administrativas só será legítima na medida em que não infringir a primeira parte do artigo, que garante o acesso às vias jurisdicionais em caso de lesão de direitos individuais"²⁴.

A proibição concernente ao *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares é evidente resquício do regime autoritário anterior e encerra vício interno²⁵; deverá ser suprimida e, enquanto perdurar, tida por letra morta porque, afora a evidência de sacrifício de direito com vedação expressa — não se trata meramente de retardamento, como no caso anterior, mas de proibição mesmo —, ainda impede o uso de instrumento incondicionalmente garantido para o exercício do fundamental direito à liberdade de locomoção (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal).

5. Ante o exposto, é inevitável que se reafirme a conclusão dos doutos no sentido de que no Brasil não convém a instituição do contencioso administrativo e que firme-se ser conveniente que a justiça se especialize mediante a criação e manutenção de área específica para dilucidar questões entre a Administração e administrados.

24 Conf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *ob. cit.*, p. 70; a autora referia-se a ordem constitucional anterior, fundando-se no § 4º do art. 153 da Carta de 1969, mais permissiva que o atual dispositivo que lhe corresponde (o inciso XXXV do art. 5º). Sob aquela Constituição, também Eurico de Andrade Azevedo firmou que "a exigência do esgotamento da via administrativa não pode ser de tal ordem que frastre ou elimine o acesso ao Judiciário, pois o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional continua incólume em nosso ordenamento jurídico" ("A Exaustão da Via Administrativa como Condição da Ação", *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas, vol. 152, abr./jun. de 1983, pp. 16 a 26).

25 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO disse que "se jamais se deve determinar isoladamente o sentido de uma regra, com relação a Constituição vigente e imperioso procurar inseri-la no sistema que objetivamente defluiu de seu texto, conciliando-se o aparentemente inconciliável" (*ob. cit.*, p. 10).

Evidencia-se, outrossim, a impossibilidade de ser condicionado o ingresso em juízo ao prévio exaurimento das vias administrativas, embora admitindo que o legislador constituinte pode limitar o acesso à proteção dos direitos que a Carta assegura, reservando à esfera não jurisdicional o exame preliminar de questões essencialmente de natureza administrativa, como aconteceu com as demandas de origem desportiva. Se e quando da exigência de prévio exaurimento da via administrativa puder advir lesão ou ameaça de lesão a direito, ter-se-á por não escrito o condicionamento porque a garantia de acesso ao Poder Judiciário não sofre restrições quando presentes os pressupostos legais.

Deve-se ter sempre por não escrita a vedação ao uso de remédios ou instrumentos destinados a obter tutela jurisdicional, como a prevista no § 2º do art. 142 da Constituição Federal de 1988.

Essas são algumas das ponderações que o tema comporta, ficando em aberta, para ser retomada posteriormente, a importante questão da legitimação extraordinária, envolvendo a necessidade de se estabelecer como norma o processo civil coletivo para a dedução em juízo de interesses legítimos.

Propriedade intelectual e novas tecnologias

NEWTON PAULO TEIXEIRA DOS SANTOS

Advogado e Professor Catedrático da
Universidade Federal do Rio de Janeiro

"A fotografia é justamente o divisor do direito autoral clássico do moderno." (HERMANO DUVAL)

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Titularidade e copyright.* 3. *Aspectos econômicos.* 4. *A CEE e o Mercosul.* 5. *O CETEM e a propriedade intelectual; proposta.* 6. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Não foi sem motivo que escolhi para epígrafe deste trabalho uma frase de Hermano Duval, onde fica expresso o fato de como uma nova invenção pode desviar os rumos do direito autoral. Na realidade o direito autoral (e de modo mais abrangente a propriedade intelectual) há que, permanentemente, rever suas posições, na medida em que a técnica vai oferecendo ao homem novas formas de externar sua capacidade criadora¹. Foi por isso mesmo que em 10 de fevereiro de 1905 o Tribunal Civil do Sena teve que reconhecer, de maneira preempatória que:

"as produções cinematográficas são obras de arte protegidas pela Lei de 1793, por assimilação às fotografias" (*Doyen C. PARCRLAND, D. P. 1905, II, 389*)².

1 Bem notou KOUMANTOS (1992). Também CORBET (1991).

2 BÉRAND (1992), p. 12.

A partir de 1910 o cinema se transforma numa verdadeira indústria, e rapidamente uma questão inflama o debate: "o produtor da obra cinematográfica deveria ter a qualidade de autor?"³.

Portanto, sempre foi assim. Ocorre que o progresso tecnológico dos últimos tempos tem sido vertiginoso. Ora, é próprio da ciência do direito curvar-se ante cada realidade; e é natural que a área primeiro provocada seja a propriedade intelectual, pois ela é que vai propiciar e proteger todo o processo criador⁴. O impacto explosivo que os programas de computador causaram há cerca de vinte anos (hoje um pouco serenado, porém não de todo resolvido) é apenas um exemplo. Ao qual se juntam a emissão e recepção de sinais emitidos por satélites; a reprografia cada vez mais sofisticada e acessível; as manipulações genéticas; a restauração de antigos registros sonoros e filmes clássicos, etc, etc. Ou se criam novos direitos ou se ampliam os existentes; não é possível conter as inovações nos limites de textos que se mostram obsoletos. Pois é grande o desconforto e a inquietação social⁵.

Para isso é que os especialistas têm se reunido com frequência, num esforço para encontrar soluções adequadas.

O Instituto de Pesquisa em Propriedade Intelectual Henri Desbois promoveu um Colóquio sob o título: *O Futuro da Propriedade Intelectual*. Já não é só o presente, mas também o futuro dessa questão vem constituindo a preocupação dos juristas, dos legisladores, dos criadores e dos usuários. Pois todos estão ansiando por reformas, nem sempre fáceis de serem fixadas.

A UNESCO, por sua vez, promoveu uma Reunião de Reflexão nos dias 16, 17 e 18 de novembro de 1992, sob o título *O Direito Autoral em Face dos Desafios do Ano 2000*.

O legislador francês, sempre sensível aos problemas dessa área, não satisfeito com o texto de 1985 que reviu o seu direito autoral, acaba de editar um Código de Propriedade Intelectual, que é a Lei nº 92.597, de 1 de julho de 1992.

Neste trabalho, nós levantamos alguns aspectos desse problema tão atual, passando pela questão (tão polêmica) da titularidade, fazendo a distinção pretendida pelo *copyright* e o direito autoral, para chegar aos aspectos econômicos e avaliar fenômenos como a Comunidade Económica Européia (CEE) e o MERCOSUL. Essas questões vêm nos colocar justamente à espera do ano 2000 e no manuseio de normas que nos escapam quando queremos legisla-

3 DESBOIS (1966), p. 152. Também CORBET (1991).

4 No excelente livro *O direito autoral hoje*, organizado por Isabelle de LAMBERTERIE (1991), eis como se expressa Marie-Angèle HERMITTE: "Desde a invenção da imprensa, que provocou uma verdadeira fascinação por parte dos investidores, o autor teve que enfrentar um combate de quatro séculos para fazer valer seu direito moral, reconhecido como um direito de personalidade. Desde então, cada descoberta Tecnológica desestabiliza esse direito..." (p.3).

5 O que há de mais recente é uma "cultura *sampier*", onde prevalece uma "estética da cópia" em todas as áreas. Nos Estados Unidos se alastrou pela *blacks music* dos *rappers*, pelo *hip-hop* e pela *dance music*. Tanto que está sendo estudada uma lei para o seu uso. Na justiça, porém, tramitam muitos processos contra artistas plásticos que se apropriam de obras alheias" (matéria publicada na revista Domingo, do Jornal do Brasil, de 8 nov. 1992, pp. 20-3).

ias. Esse desafio é tão moderno quanto sedutor. Nossa pretensão é resumi-lo, e não enfrentá-lo, ou resolvê-lo.

2. *Tiularidade e copyright*

Sem dúvida: o primeiro desafio que as novas tecnologias fazem à propriedade intelectual é este, ou são estes: quem é o autor? Quem é o inventor?

Pode-se dizer que até a metade do século XX esse era um problema mais ou menos tranqüilo. Desde então as novas invenções têm provocado a questão, numa guerra ainda longe do fim.

Ocorre que, na propriedade industrial, a aquisição dos direitos, tanto no que se refere às patentes como às marcas, é fundada no cumprimento de certas formalidades. Quem as cumpre é, em princípio, o titular dos direitos correspondentes. Isso é muito importante, porque não é o fato de inventar, nem é o ato da escolha da marca, que concede a aquisição do direito; portanto nada impede que essa aquisição seja feita por uma pessoa jurídica, e é o que ocorre na maioria das vezes.

No direito autoral é diferente. Pelo menos na Europa Continental e nos países como o Brasil, que seguem a mesma orientação, somente o criador efetivo da obra de espírito pode ser o titular originário de um direito autoral. Ora, o criador efetivo só pode ser uma pessoa física, pois que as pessoas jurídicas são uma ficção; não têm o dom da criatividade. As pessoas jurídicas só podem adquirir o direito autoral a título derivado. Essa transferência é, no entanto, submetida a limites, mormente no que concerne ao aspecto moral que liga o autor à obra.

Veja-se o que diz a nossa Lei n° 5.988, de 1973:

“Art. 12 — Para identificar-se como autor, poderá o criador da obra intelectual usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou de qualquer sinal convencional.

Art. 13 — Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicado ou anunciado esta qualidade na sua utilização.

Parágrafo único. Na falta de indicação ou anúncio, presume-se autor da obra intelectual aquele que a tiver utilizado publicamente.”

Refere-se, sem dúvida, a uma pessoa física. Tanto mais que adiante a Lei vai dizer quando é que uma empresa pode assumir a autoria:

“Art. 15 — Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá a autoria.”

⁶ CETEM (1992).

⁷ COLOMBET (1992), p. 36.

No direito anglo-saxão é diferente, e por isso mesmo eles falam em *copyright*, e não em *rights of author*. O que importa é o aspecto material do objeto da proteção e o aspecto económico é o conteúdo do direito. A criação efetiva da obra ao nível intelectual goza de um papel menos importante que o resultado e os investimentos necessários. Por isso é que em casos como o cinema, indústria fonográfica, etc., etc., admite-se facilmente falar-se em uma pessoa jurídica, um empregador, ou um encomendante como o titular originário do *copyright*. Essa transferência de direitos conduz a uma ruptura dos laços entre o criador e a obra, e nesse sistema (do *copyright*), o direito moral só é reconhecido em limites muito estreitos.

Ora, quando na segunda metade deste século surge a grande revolução tecnológica, ela vai provocar profundas inquietações na propriedade intelectual. A facilidade com que são feitas reproduções de obras gráficas (a reprografia); a reprodução privada de fixações audiovisuais (a cópia única, prática quase tão nociva como a pirataria); transmissões por cabo e por satélite, transmissões essas que não vêem fronteiras — todos esses processos estão cada vez mais distantes dos modos tradicionais de utilização.

Mas é o computador que vem oferecer problemas maiores ao direito intelectual, sobretudo no que diz respeito à autoria de seus programas. Curioso é que o direito autoral vem sofrendo embates maiores; a propriedade industrial (as patentes e as marcas) vêm passando ao longo das inovações tecnológicas sem grandes fissuras.

Talvez porque a dependência económica sempre tenha acompanhado o processo das invenções. A criação literária e artística sempre foi, por tradição, um ato isolado, às vezes de solidão. No entanto, cada vez vem sendo maior o número de autores assalariados, de autores que trabalham com independência mas sob encomenda, de autores de obras que exigem investimento de grandes capitais, ou de autores obrigados pela natureza das coisas a trabalhar coletivamente (e o exemplo maior talvez seja a obra cinematográfica). A imagem social desses criadores difere profundamente da imagem tradicional do artista que trabalhava, isolado, submisso à sua inspiração.

Na verdade uma tal imagem social invadiu também o domínio das patentes. Outrora o inventor trabalhava só, ou com uma assistência elementar, com capitais insignificantes, fundado em sua inspiração, seu génio, ou sua paciência. Hoje as pesquisas suscetíveis de conduzir a invenções verdadeiramente importantes não mais apresentam, pelo menos em regra geral, essa imagem. Agora os capitais são enormes e o trabalho coletivo necessário. Os dois exigem investimentos dos quais somente as grandes unidades de produção são capazes — ou sejam, as pessoas jurídicas. Hoje o inventor não é mais o cavaleiro solitário que foi outrora; o assalariado tornou-se a regra, como o trabalho em equipe, em grandes centros. Tantas vezes multinacionais ou subvencionados pelo Estado.

O trabalho desenvolvido pelo Centro de Pesquisa em Tecnologia Mineral é um bom exemplo. As linhas dos seus programas apontam três áreas emer-

gentes no tradicional setor minero-metalúrgico, que são os Novos Materiais, a Questão Ambiental e a Química Fina. Os materiais avançados representam um desafio tecnológico na medida em que são ora competitivos e ora complementares em relação ao setor tradicional, e exigem alta tecnologia para seus desenvolvimentos e aplicações. Como estamos longe de uma Mme. Curie, um Oswaldo Cruz, ou um Santos Dumont!

Tal modificação da imagem do criador literário e artístico e do inventor, conseqüência da explosão tecnológica dos últimos anos, trouxe problemas para a titularidade dos direitos que, sem serem completamente inéditos (já se disse), ganharam uma dimensão nova.

Realmente, se o autor é uma pessoa física independente, o problema não traz dificuldade. Apesar disso, numerosos países inseriram em suas legislações um texto dizendo como se identifica o autor: a qualidade de autor pertence àquele cujo nome ou pseudônimo vem indicado na obra (é o caso da Argélia, Áustria, Brasil, Canadá, Egito, Espanha, Irlanda, Peru, Polónia, Portugal, Zaire). A fórmula da Lei francesa, que se encontra também nas legislações marroquina e senegalesa, é ligeiramente diversa:

“Art. L. 113-1— A qualidade de autor pertence, salvo prova em contrário, àquele ou àqueles sob nome de quem a obra é divulgada” (Lei nº 92.597, de 1º de jul. 1992).

Como bem assinala Colombet, a norma francesa abrange as pessoas jurídicas que tenham tido a iniciativa de obras coletivas, simplesmente por a terem divulgado.

O texto brasileiro, como se viu acima, insiste no art. 12 em que o autor identifique-se, etc. A novidade está é na recente Lei do Reino Unido:

“Quando a obra literária, dramática, musical ou artística é gerada por computador em condições reais que não haja autor humano da obra, considera-se como autor a pessoa que toma as medidas necessárias à criação da obra (cap. 178 e 93. — V.D. De Freitas, op. cit., p. 36). O dispositivo é, segundo o autor pré-citado, *único* no mundo.”

Conclusão: a posição ortodoxa de que o autor há que ser uma pessoa física vem cedendo lugar a uma realidade cada dia mais evidente, fazendo verdadeiras estas palavras de J. MARTINS:

“Existe uma certa mitologia no direito autoral, uma espécie de mística estética, que resulta de sua história, da época em que o direito autoral nasceu, quando certas afirmações foram consagradas, e que datam do século XIX e início do século XX.

Seria danoso ao direito autoral permanecer ao nível dessas encantações e na esfera desse tipo de afirmações.”⁸

⁸ Ibidem

⁹ LAMBERTERIE (1991), p. 109.

3. *Aspectos econômicos*

Os autores e os inventores estão enfrentando duas circunstâncias onerosas, conseqüentes de um acelerado desenvolvimento tecnológico. Ocorre que eles aumentaram intensamente os gastos de investigação e desenvolvimento na produção de bens, bens que lhes são usurpados com relativa facilidade. Investimentos dessa ordem só se justificam se houver a certeza de que poderão ser recuperados em um prazo razoável, durante o qual o produto seja protegido do uso não autorizado que outros possam fazer — e no entanto os textos legais descompassados da realidade não os protegem com eficácia.

Em segundo lugar, a reprodução de produtos protegidos está se tornando cada vez mais fácil e barata. As técnicas se modernizam e oferecem ao interessado meios e modos capazes de duplicá-los com crescente perfeição e rapidez. O infrator pode então vender o artigo pirateado por um preço bem menor que o do original, porque nada precisou investir na sua investigação e comercialização. Para obter uma cópia exatamente igual ao original não precisa de uma equipe, basta apertar um botão. E isso acontece em todas as modalidades da propriedade intelectual. Tanto nas marcas, como nas patentes ou no direito autoral. Vejamos uma de cada vez.

O princípio econômico em que se baseia o direito marcário é distinto do das patentes e do direito autoral. A proposta da marca é fazer uma diferenciação de produtos; é personalisar um determinado bem, através de um nome (ou de um símbolo) que lhe dê caráter. A fixação dessa marca é o resultado de pesquisas, de trabalhos técnicos especializados. É uma forma de propriedade intelectual, porém é um campo distinto das patentes, que pressupõem uma invenção nova que implique uma atividade suscetível de aplicação industrial. As marcas constituem hoje um patrimônio de risco, de alto risco, pois sabe-se o quanto elas são usurpadas sem que o titular encontre nas leis uma proteção eficaz.

A patente é uma propriedade mais relevante quando se quer considerar o desenvolvimento tecnológico e a economia. Pois ela serve exatamente para proteger e estimular a invenção, e protegê-la significa um esforço para garantir o crescimento econômico continuado, a prosperidade e a competitividade internacionais.

A Constituição Americana já dizia, em seu texto do século XVIII, que "para promover o progresso das ciências e das artes, será assegurado por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo sobre seus escritos e invenções" (8.8). Também hoje a propriedade intelectual se fundamenta na promoção do progresso. E a justificação moderna das patentes parte do reconhecimento de que um invento — os denominados bens do conhecimento — tem características próprias. São bens livres, quer dizer, bens cuja quantidade não diminui com seu uso. Há bens fungíveis (como o dinheiro) e os infungíveis (como um relógio, por exemplo), como é sabido. Aqui é outra coisa: o consumo que uma pessoa possa fazer de um bem do conhecimento

não interfere na possibilidade de outra pessoa consumir o mesmo bem. Assim sendo, a sociedade atingiria o máximo do bem-estar se não se cobrasse pelo uso de um bem do conhecimento, pois é certo que o custo de um subuso desse bem é zero. E as normas de eficiência econômica sugerem que com preço zero se conseguiria uma distribuição ótima de recursos.

Ocorre que somam-se circunstâncias que devem ser consideradas no caso das invenções. Ainda que determinada invenção possa ser usada sem esvaziar, ou mesmo diminuir o seu conteúdo, e ainda que isso possa ser feito sem custo econômico adicional, o processo que a gerou pode ter sido consequência de um projeto caro. Quanto mais sofisticada é a Tecnologia, mais caros são os projetos que dão causa às invenções. Pelo que, obviamente, tais investimentos precisam ser recuperados. Por isso são necessárias normas específicas e protetoras, para que os agentes econômicos encontrem os estímulos necessários para investir em atividades inovadoras. Ainda que o preço de venda zero consiga o máximo de bem-estar num equilíbrio estático, há de se convir ser ele inviável, pois é necessário almentar os avanços tecnológicos, fazendo com que eles se paguem, e dêem lucro.

Eis porque as patentes são necessárias: elas asseguram ao inventor um monopólio temporário do uso de sua invenção e impedem que seus concorrentes se valham de seus conhecimentos sem pagar por eles. Só assim os inventores asseguram seus interesses e são estimulados a desenvolver novos produtos e processos, fator decisivo para um crescimento econômico a longo prazo. Só assim a Tecnologia pode se desenvolver com a eficácia desejada.

Vejamos agora o que ocorre com o direito autoral. As obras artísticas, literárias e científicas também são bens do conhecimento. Escritores e artistas, assim como os inventores, correm o risco de perder o controle de suas criações, e com ele seus rendimentos financeiros. Ora, o direito autoral oferece ao autor um poder de, com exclusividade, administrar a sua obra, e durante um tempo até bem mais generoso que o previsto pelo direito industrial. Esse monopólio dá origem a estímulos econômicos para a criação e publicação de novas obras.

É verdade que as fronteiras que separam essas categorias diversas de propriedade não são nítidas. Muitas criações são disputadas por áreas diferentes, e o exemplo primeiro é o programa de computador, que foi finalmente absorvido pelo direito autoral, com grande desconforto. Isso prova a existência indiscutível de um campo comum às três propriedades — à marca, à patente e ao direito autoral, e também prova que todas elas são causa e consequência e regras econômicas onde os interesses em jogo são temperados por um sentimento de justiça. A mudança das normas legais vai ser determinada por esse processo.

4. *A CEE e o Mercosul*

Pelos aspectos assinalados pode-se medir de que forma e em que profundidade as novas tecnologias vêm desafiando a propriedade intelectual. Somem-

se a esse fato as inúmeras transformações econômicas pelas quais o mundo vem passando nesse final de século, pontilhadas de crises e de procura de soluções. Certamente que o esforço mais moderno é a abertura de fronteiras para que as trocas se façam com mais intensidade, intensificando-se o consumo pela não-tributação em várias áreas. A Comunidade Econômica Européia é uma realidade; cheia de problemas e de dúvidas, mas uma realidade sócio-econômica, enfrentando nos dias que correm a rivalidade dos Estados Unidos e do Japão.

Entre nós, o Mercado Comum do Sul, o MERCOSUL teve sua origem no Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE) firmado entre Brasil e Argentina em julho de 1986. Em 1988 foi assinado um Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, o qual estabeleceu o prazo máximo de 10 anos para a constituição de um espaço econômico sem barreiras. Posteriormente o Uruguai e o Paraguai foram convidados a aderir ao processo deflagrado, resultando na assinatura, em 26 de março de 1991, do Tratado de Assunção, prevendo-se um período de transição até 31 de dezembro de 1994.

É compreensível que programas dessa natureza afetem as regras que norteiam a propriedade intelectual, não apenas em seu aspecto gerencial, como em seus conceitos, que hão de se modernizar, acompanhando as transformações desse "mercado invisível", onde transitam o direito autoral, as marcas e as patentes. Hão que se harmonizar as legislações diferentes; um Código de Propriedade Intelectual há que ser editado; ao menos há que ser fixado um patamar mínimo de proteção.

Pois bem: de acordo com o referido Tratado de Assunção, coube ao Subgrupo 7 — Política Industrial e Tecnológica — o exame das legislações sobre propriedade intelectual, e nele foi criada a Comissão Permanente de Tecnologia — Seção Nacional. Em sua reunião de 31 julho de 1992 decidiu-se pela criação de uma Subcomissão de Propriedade Intelectual e Transferência Tecnológica, sob a coordenação do Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Tal empenho não pode esquecer as Convenções Internacionais firmadas pelos Estados-Partes, tanto na área do direito autoral quanto na propriedade industrial. Bem como outros compromissos. Tais como

1^o) O Acordo Quadro (4 + 1), firmado entre o Mercosul e os Estados Unidos da América em 19 de junho de 1991. Nele se inclui uma expressa proteção aos direitos de propriedade intelectual relacionadas ao comércio. Está prevista a criação de um Conselho sobre Comércio e Investimento, o qual inclui os seguintes tópicos para sua Agenda de Ação Imediata:

a) Cooperação na Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais, no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio — GATT.

b) Redução de barreiras ao comércio e ao investimento nas Américas.

c) Aspectos do direito de propriedade intelectual relacionados com o comércio.

2) Acordo Geral de Tarifas e Comércio — GATT.

Devido a proposta apoiada pelos Estados Unidos, Comunidade Económica Europeia e Japão, foi introduzido na Rodada do Uruguai do GATT o acordo de TRIPs — Trade Related Intellectual Property Rights (Direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio).

O Acordo pretende assegurar um alto nível de proteção aos direitos de propriedade intelectual, reduzindo distorções existentes nas diversas legislações e garantindo o atendimento dos interesses dos produtores de bens intelectuais e titulares de direito.

Alguns pontos relevantes do Acordo são:

a) Reconhecimento das disposições substantivas dos principais tratados e Convenções Internacionais sobre propriedade intelectual, quais sejam, Convenção de Paris (sobre propriedade industrial), Convenção de Berna (para proteção de obras artísticas e literárias) (1887, revista em Paris em 1971), Convenção de Roma (para proteção dos artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão) e Tratado sobre Propriedade Intelectual com respeito a circuitos integrados.

b) Proteção pelo direito autoral de programas de computador e base de dados.

c) Direito de aluguel, pelo menos com respeito a programas de computador, obras cinematográficas e gravações sonoras.

d) Garantia de certos direitos a intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.

e) Prazo de proteção mínimo de 50 anos, inclusive para intérpretes e produtores de fonogramas.

f) Proteção de indicações geográficas.

g) Proteção a invenções de qualquer campo da tecnologia, incluindo processos biotecnológicos e microbiológicos.

h) Medidas de *enforcement* — exercício dos direitos.

É de ressaltar que esta é a primeira abordagem sobre propriedade intelectual no âmbito do GATT.

Vê-se, portanto, que às novas tecnologias (por si tão instigantes) somam-se problemas macroeconômicos, formando um quadro desafiador que a propriedade intelectual há que enfrentar com a coragem de defender os seus propósitos maiores, mas com a versatilidade que lhe permita absorver e normalizar as investidas do progresso.

5. O CETEM e a propriedade intelectual; proposta

O CETEM — Centro de Tecnologia Mineral — é um instituto de pesquisa do CNPq — Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, tendo iniciado suas atividades em 1978. Desde então já desenvolveu mais de 300 projetos de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, tendo prestado serviço a mais de 100 empresas dos setores mineral e químico. Muitos dos serviços prestados pelo CETEM tornaram seus clientes tecnologicamente com-

petitivos, em nível internacional, como no caso da obtenção do padrão *good delivery* pela Casa da Moeda do Brasil.

Como se lê do seu Programa Trienal-1992/1994 (v. Bibliografia), nos seus 14 anos de existência pôde o CETEM amear uma série de feitos que muito contribuem para o desenvolvimento econômico-social brasileiro.

Cabe citar: projeto de concepção e desenvolvimento de Tecnologia de refino de metais preciosos (que dotou a Casa da Moeda do Brasil de *know-how* de produção de ouro *good-delivery*, de aceitação internacional); citar o projeto de concentração de oxidados de zinco que possibilitou ao grupo Votorantim a utilização de reservas antes inaproveitadas deste metal, em Vazante—Minas Gerais; o projeto moagem autógena e flotação dos minérios auríferos para a Mineração São Bento, Minas Gerais; o projeto de obtenção de talco para fins industriais, pioneiro na implantação de usina-piloto de flotação daquele bem mineral no Brasil, possibilitando a ampliação de mercados para o Sindicato dos Produtores de Talco de Ponta Grossa, no Paraná; a recuperação do mate da metalurgia do chumbo, para a Plumbum em Adrianópolis, no Paraná; cabe ainda citar os vários estudos e projetos para carvão metalúrgico e energético realizados no âmbito do Programa de Mobilização Energética para praticamente todas as empresas mineradoras de carvão do Rio Grande do Sul e Santa Catarina; o projeto diatomita, que possibilitou a abertura de mercados para os produtores nacionais deste mineral industrial de Fortaleza, Ceará; o projeto cobre, que produziu, por via hidrometalúrgica, a primeira placa de cobre gerada pela Carafba Metais, em Jaguari, na Bahia; o projeto de concentração de diamantes industriais para a Mineração Morro Vermelho, em Mato Grosso; o projeto fluorita, que atendeu à demanda Tecnológica do pequeno produtor minero-metalúrgico de Itaboraí, Rio de Janeiro; os inúmeros projetos de caracterização Tecnológica da matéria-prima mineral, cobrindo praticamente todas as áreas de potencialidade geológica mineral do território nacional, para as empresas produtoras e para as empresas de consultoria, à época em que floresciam os anteprojetos e projetos no setor minero-metalúrgico; os projetos de desenvolvimento experimental e piloto para o caulim do rio Jari, no Amapá, para a CADAM, e do rio Capim, no Pará, para a Mendes Júnior.

Somem-se a essas atividades todos os projetos que se valem de materiais avançados, onde estão sendo realizadas pesquisas de ponta da mais alta relevância.

Ora, o resultado de todo esse esforço há que merecer a proteção legal que dê aos autores e aos inventores o monopólio de que falam as leis, inclusive a Constituição de 1988 (art. 5º, XXVII a XXIX). Bem como seja objeto de expressa proteção nos Acordos Internacionais.

Tanto os de ordem mais geral (os patrocinados pelo GATT), como do MERCOSUL.

A oportunidade de uma efetiva aproximação não podia ser melhor. Veja-se como está fixado o *Cronograma de las Leñas*, com os principais temas

a serem normatizados para conformação do MERCOSUL, e datas antes das quais devem tomar-se as medidas correspondentes:

SUBGRUPO 7

POLÍTICA TECNOLÓGICA COMUM

Levantamento das seguintes informações	MAI/93
— Leis de propriedade intelectual	
— Leis de transferência tecnológica	
— Modalidades de apoio institucional relacionadas com a vinculação do sistema Tecnológico e o setor produtivo.	
— Sistemas e redes de informação sobre Tecnologia e interconexão dos mesmos.	
— Fundos, projetos e acordos internacionais.	
— Salvatórios e centros de investigação que prestem serviços às empresas.	
Exame de assimétrias	MAI/93
Discussão para elaboração da Legislação Nacional e Estadual do MERCOSUL	SET/93
Avaliação da proposta em cada país	NOV/93
Discussão do Tema	MAR/94
Elaboração de documento final	MAR/94
Encaminhamento ao GMC	JUN/94

A Coordenação do Direito Autoral, do Ministério da Cultura, encontra-se à disposição para receber contribuições e propostas de todos os segmentos da sociedade, a fim de subsidiar as tratativas brasileiras perante o MERCOSUL, no que concerne aos direitos autorais.¹⁰

Eis o endereço:

MINISTÉRIO DA CULTURA

COORDENAÇÃO DE DIREITO AUTURAL

Esplanada dos Ministérios — Bloco B — sala 324

70068-900 — Brasília, DF

Telefones: (061) 321-2874/225-7110, ramal 143

Fax: (061) 226-9093

Telex: 611066/1197/4326

¹⁰ SECRETARIA (1992). Esta excelente publicação, que se constitui numa primeira abordagem do problema MERCOSUL E DIREITO AUTURAL, foi a fonte de que nos valem.

6. Conclusão

Por tudo se vê que nada é mais atual que o interesse por uma reavaliação das normas que norteiam a propriedade intelectual. De um lado esse empenho é efeito da revolução tecnológica: questões como a titularidade, por exemplo, precisam ser repensadas. A distância que separava o sistema *copyright* do direito autoral vem se estreitando, como se disse. A economia de mercado, por sua vez, vem provocando comportamentos inesperados em todo o mundo, e as normas que regulamentam esse mercado invisível de marcas, patentes e direitos autorais hão que se adaptar às novas realidades. Há uma grande preocupação com o futuro, com o ano 2000. Sociólogos, economistas e legisladores, todos procuram normatizar essa nova sociedade. Os segmentos mais significativos devem colaborar com propostas e esclarecimentos, especialmente aqueles que se empenham em oferecer novos conhecimentos, resultados de suas pesquisas técnico-científicas, enriquecendo com eles a humanidade. Como é o caso do CETEM. Espero que nosso trabalho seja um esforço válido nesse sentido.

Bibliografia

- BERTRAND, André. *Le droit d'auteur, le copyright et les droits voisins à la croisée des chemins*. UNESCO/CLT/BCR/SCR/2, 15 set. 1992
- BLOMQUIST, Jorgen. *Copyright and software protection*. In: *Revue Internationale du droit d'auteur*. OMPI, jan. 1992, n° 151, pp. 2-51
- BOISSIEV, Christian de. *L'union économique monétaire*. In: *Regards sur l'actualité — spécial Maastricht*. n° 180, 1992 — pp. 51-60.
- BONET, Georges. *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle*. IRPI, 26 oct. 1992. 16 pp.
- BUSTURIA, Daniel. *Guía práctica*. Unión europea. (Madrid), CDN, 1992. 80 pp.
- CARL, Mogens Peter. *L'état des discussions au sein du GATT*. IRPI, 26 oct. 1992. 8 pp.
- CETEM. *Programação Trienal — 1992/1994 CNPq-CETEM, 1992 a.* 104 pp.
- CETEM. *Parceria constante com universidades e empresas CNPq-CETEM, 1992b.* 14 pp.
- COLOMBET, Claude. *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, 2^e L^{re} éd Paris, Létéc-Unesco, 1992 a. 196 pp.
- COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 6. éd. Paris, Dalloz, 1992 b. 408 pp.
- CORBET, Jean. *Does Technological development imply a change in the notion of author?* In: RIDA, n° 148, avr. 1991, pp. 57-101.
- CORNISH, William. *Nouvelles Technologies et naissance de nouveaux droits*. IRPI, 26 oct. 1992. 14 pp.
- CORREA, Carlos Maria. *Protección del software: estudio de caso sobre el desarrollo del derecho económico*. In: *Revista del Derecho Industrial*. Buenos Aires, vv. 12, n° 36, pp. 577-583.
- DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur en France*. Paris, Dalloz, 1966. 974 pp.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos et alii. *Hacia un nuevo sistema de patentes*. Madrid, Montecorvo, 1982. 222 pp.
- JEHORAM, Cohen. *Hybrids on the borderline between copyright and industrial property law*. In: RIDA n° 153, jul. 1955, pp. 75-145.
- KEREVER, André. *Author's rights and Technological development*. In: RIDA n° 148, avr. 1991, pp. 3-16.
- KOUNANTOS, Georges. *Nouvelles Technologies et Titulaires des droits*. IRPI, 26 oct. 1992. 12 pp.

- LAMBERTERIE, Isabelle de (org.). *Le droit d'auteur aujourd'hui*. Paris, CNRS, 1991. 160 pp.
- LA SERRE, Françoise de. *Le Traité d'union européenne*. In: *Regards sur l'actualité* — spécial Maastricht, n° 180, 1992. pp. 3-22.
- LE MONDE (dossiers et documents). Maastricht, *avant et après*. N° 204, nov. 1992.
- RAUX, Jean. *De la CEE à Communauté européenne: ce qui change dans le traité de Rome*. In: *Regards sur l'actualité* — spécial Maastricht, n° 180, 1992. pp. 23-49.
- Repertorio de Términos Comunitarios*. (Madrid), Ed. Mundi-Prensa, 1992. 160 pp.
- SILLAR, Malphettes Dominique. *Synthèse sur la protection des logiciels à l'usage des créateurs de programmes informatiques*. In: *Revue au Droit de la Propriété Intellectuelle*. Paris, éd. Cedat. v. 37. pp. 11-18.
- SIRINELLI, Pierre. *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. Paris, Dalloz, 1992. 182 pp.
- REVISTA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. *Aspectos económicos de la propiedad intelectual e industrial*. N° 3 Madrid, 1989. 340 pp.
- SECRETARIA DA CULTURA DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA — *O mercado comum do sul e o direito autoral*. SEC/PR/CDA/INFORME MERCOSUL/001/92. 21 pp.
- VOGEL, Lonis Joseph. *Le droit européen des affaires*. Paris, Dalloz, 1992. 128 pp.
- ZIEGLER, Jean-Alexis. *Nouvelles Technologies et modes de gestion des droits*. IRPI, 26 oct. 1992. 7 pp.

A lei injusta e sua inconstitucionalidade substancial no Estado democrático de direito

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE
Juiz Federal

SUMARIO

I — Introdução. II — A lei injusta, em hipótese concreta III — A lei como ato privativo do Parlamento. IV — A corrupção nos desvios substanciais da lei. V — Conclusão e crença no Estado de direito, na lição de Rui Barbosa.

I — O anúncio preambular de nossa Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, apregoa que os representantes do povo brasileiro reuniram-se em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de um sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Dentre os princípios fundamentais que inspiram a nossa Carta Magna, destacam-se os que determinam que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político” (art. 1º, incisos I a V) e que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único) bem ainda que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º), constituindo-se “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir

Parte final da palestra proferida, no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, em 24-10-92, no Centro de Convenções de Brasília (DF), sob o patrocínio da OAB/DF e da Fundação Santo Ivo.

uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, incisos I a IV).

II — Neste contexto, o Estado de direito não tolera a lei substancialmente injusta, sem conteúdo ético, falaciosa, tirânica, instrumento de opressão.

Leis dessa feitura, ainda que formalmente constitucionais, deixam espaço aos avanços da corrupção, que se institucionaliza por sua aplicação diuturna, através dos órgãos e agentes oficiais do Poder.

No complexo legal do ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se, dentre outras, por seu elevado teor de violência e injustiça, a Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, que "dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação".

Esta lei, produzida na fase mais aguda do regime ditatorial-militar, por um Parlamento subserviente a toques de baionetas, visa à proteção do Sistema Financeiro da Habitação, a macroimobiliária estatal, que é espaço aberto ao enriquecimento ilícito de seus agentes financeiros, sob o amparo legal, e ao aniquilamento substancial do mutuário, que lhe é submetido pelo intervencionismo voraz do poder público.

A famigerada Lei nº 5.741, de 1-12-71, manifesta-se *injusta e inconstitucional*, quando determina: a) a citação editalícia, pelo prazo exíguo de 10 (dez) dias, do executado e de seu cônjuge, que se acharem, fora da jurisdição da situação do imóvel hipotecado (art. 3º, parágrafo 2º), inviabilizando, assim, a *ampla defesa constitucional* (CF, art. 5º, inciso LV) que se instrumentalizaria através da citação regular, por carta precatória, consoante previsão da sistemática processual civil codificada, em casos que tais (CPC, arts. 200, 204 e 205); b) o despejo do executado, que estiver na posse direta do imóvel, para que o desocupe, no prazo de 30 (trinta) dias, entregando-o ao exequente (agente financeiro), antes de sua defesa, através da ação de embargos, que a lei somente admite, em regra, sem efeito suspensivo (arts. 4º, § 2º e 5º, parágrafo único), negando vigência à norma fundamental, garantidora de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, inciso LIV); c) a venda do imóvel hipotecado, em praça pública, única, com reduzida publicidade — edital pelo prazo de 10 (dez) dias —, ordenando a adjudicação do imóvel buscado ao credor exequente (agente financeiro), na ausência de licitantes, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, pelo valor do débito executando — saldo devedor — (arts. 6º e 7º), favorecendo o enriquecimento ilícito do agente financeiro, e não pelo preço justo da avaliação do imóvel, como determina a lei processual codificada (CPC, arts. 690, § 2º e 714), evitando-se o confisco executório do bem do devedor e a frontal violação de seu direito constitucional à propriedade (CF, art. 5º, *caput*).

Leis como esta — nº 5.741/71, que protege o Sistema Financeiro da Habitação e não protege a *habitação do mutuário* —, atentam contra a dignidade da pessoa humana e não concorrem para construir uma sociedade livre, justa e solidária, como assinalam os objetivos constitucionais.

Nessa ótica, falece, por contrariar a lógica do razoável, o enunciado da Súmula 207/TFR, na dicção de que “nas ações executivas regidas pela Lei nº 5.741, de 1971, o praxeamento do imóvel penhorado independe de avaliação”. É a consagração jurisprudencial da injustiça.

Os intérpretes e aplicadores da lei não devem esquecer os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum (LICC, art. 5º). Tal princípio há de ser observado, também, pelo Parlamento, já na realização do processo legislativo, como que no controle político de constitucionalidade das leis.

Agrava-se, sobretudo, a situação do executado pela malsinada Lei nº 5.741/71, quando, no momento processual da alienação do imóvel hipotecado, em praça única, aplicam-se-lhe, subsidiariamente, as normas de exceção dos Provimentos nºs 117 e 118, do egrégio e extinto Conselho da Justiça Federal, bem ainda do Provimento nº 15 da extinta Corregedoria-Geral da Justiça Federal, datados de maio de 1975 (os dois primeiros) e de abril de 1979 (este último), todos dispondo no sentido de que “aos oficiais de Justiça-avaliadores compete ainda efetivar as hastas públicas de bens imóveis”.

Ora, no Estado democrático de direito, somente a *lei*, em sentido estrito, pode inovar, originariamente, na ordem jurídica, estabelecendo competências, criando ou extinguindo direitos e obrigações, ou determinando privilégios e penalidades, nos casos nela previstos.

A nossa Constituição estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II), excluindo-se, assim, dessa garantia fundamental, qualquer ato normativo inferior, sem respaldo legal.

Somente a União, através do Parlamento, tem *competência privativa* para legislar sobre *direito processual* (CF de 1967, com a EC nº 1/69, art. 8º, inciso XVII, alínea b, CF, de 5-10-88, artigo 22, inciso I). Tal competência não fora outorgada, constitucionalmente (nem o será, com certeza), a juizes e tribunais ou a qualquer administrador público.

Mesmo que se pretendesse atribuir aos aiudidos Provimentos de natureza regulamentar (o que não têm, à míngua de qualquer disposição legal sobre a matéria), mereceria a lembrança oportuna, aqui, da lição abalizada de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, na fala de que “o regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. Ademais, sujeita-se a comportas teóricas. Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei,

isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em *matéria reservada à lei*¹.

De ver-se, pois, que se afiguram, formalmente, inconstitucionais, os indigitados Provimentos do extinto Conselho e da extinta Corregedoria-Geral da Justiça Federal, que alçaram, sem base legal, os oficiais de justiça-avaliadores, no âmbito da Justiça Comum Federal, à condição, também, de *leiloeiros públicos*, para efetivarem as hastas públicas de bens imóveis, nos processos de execução da competência da Justiça Federal.

Esses provimentos, como tantos outros similares, não encontram respaldo, também, na recente Lei nº 8.472, de 14-10-92, que dispõe sobre a composição e a competência do novo Conselho da Justiça Federal. Apresentam-se como atos normativos inválidos, no ordenamento jurídico brasileiro.

Nenhuma norma provimental pode criar *competência* para quem quer que seja, se a lei não a autoriza. Na verdade, somente a lei, como ato legislativo típico, oriundo do Parlamento, pode criar ou extinguir competências para o agente público, no Estado de direito.

Quando os decretos, regulamentos, resoluções, portarias, ofícios-circulares, pareceres e telex-normativos (pasmem!) inovam na ordem jurídica, originária e autonomamente, estamos diante do "Estado de exceção", que aniquila o *Estado de direito*.

Na espécie dos Provimentos citados, que transformaram os oficiais de justiça-avaliadores também em leiloeiros públicos de bens imóveis, no âmbito da Justiça Federal, contrariando os princípios constitucionais do Estado de direito, temos, em consequência, no campo fático, como resultado abortivo dessa situação de excrecência e de excepcionalidade jurídica a pior figura de leiloeiro já imaginável.

Sem condições fáticas de atender às exigências do princípio da ampla publicidade, moralizador das concorrências públicas, o *oficial de justiça avaliador e leiloeiro*, na Justiça Comum Federal, não apregoa, nem anuncia nada, por lhe faltarem os meios, a qualificação e a competência para o desempenho desse múnus público.

Todos os juízes federais, sabemos que as praças de bens imóveis, nos feitos de execução da competência da Justiça Federal, se encerram, quase sempre, sem licitantes e com praxeamento negativo por *incompetência* (sob todos os ângulos) de seu leiloeiro designado — o oficial de justiça-avaliador. Neste espaço, o oficial de justiça desempenha função que não lhe é própria. Exerce um encargo público, sem competência legal para tanto.

Nenhuma lei (*stricto sensu*), neste País, atribui competência a oficial de justiça para o exercício da função de leiloeiro público. De concluir-se, pois, que os atos praticados pelo oficial de justiça, no processo de execução

1 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito Administrativo* — Vol. I — Ed. Forense — 2ª Edição — 1979 — p. 360.

(comum, fiscal ou especial-hipotecária) se afiguram *absolutamente nulos*, por *inconstitucionalidade formal* (os Provimentos que lhe deram essa competência são formalmente nulos, por contrariarem os princípios constitucionais do processo legislativo, *lato sensu*) e (*substancial* pela injustiça resultante das praças por ele realizadas, sem concorrentes, a possibilitar, no caso específico da Lei nº 5.741/71, a adjudicação do imóvel penhorado ao credor exequente — agente financeiro — pelo saldo devedor, em evidente confisco do patrimônio do executado e conseqüente enriquecimento ilícito da entidade exequente), não podendo ser convalidados, judicialmente, por contrariarem, na essência, princípios de ordem pública.

Urge, pois, uma revisão nesse modelo procedimental, anômalo e excepcional, para que se restaure a garantia constitucional do devido processo legal (*due process of law*), mantendo-se a subsistência do Estado de direito, em nossos tribunais.

III — Nessa ótica jurídica, merece destaque o magistério de Rui Barbosa Nogueira, em dissertação sobre a “Constituição no País da Epidemia das Normas”, cujos tópicos mais significativos se expressam, nestas letras: “A lei ou norma é ato da maior responsabilidade de quem a elabora e da mais ampla ou geral conseqüência para a sociedade. Como já acentuara São Tomás de Aquino, na *Suma, Volume das Leis*, o legislador julga em geral e para o futuro; enquanto o Juiz julga cada e para o presente... Norma de *conduta social*, seja Constituição ou o mais inferior dos atos normatizantes, são comandos para alcançar objetivos previamente valorados, julgados e autorizados para, *conclusivamente*, atingirem os fins necessários e suficientes. São atos sérios, de muita responsabilidade por suas conseqüências sociais. Não podem ser elaborados e emitidos por órgãos ou autoridades incompetentes. Exigem não só habilitação prévia ou comprovada capacidade científico-técnico-legislativa da competência formal e material dos Parlamentos... Portanto, a estatuição de *normas* criando, alterando ou extinguindo direitos e obrigações é função tópica e privativa dos Poderes Legislativos. Não dos Poderes Executivos e muito menos dos multifários órgãos administrativos que, sem competência e sem efetiva responsabilização, vêm, diariamente e com usurpação de poderes legislativos, emitindo tantos e tão pretensos atos de criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, cujos órgãos ou funcionários chegam a qualificá-los, nominativamente, de “normativos”, neles incluindo até sanções! Se para impor o cumprimento de obrigações são ilegítimos a violência, a força bruta ou o excesso de poder, são ridículas as ameaças destes dentro do Estado de direito. Tanto mais o serão quanto coatores de atos ilegais, expedidos a jatos intermitentes e *supressivos* do tempo”².

IV — Nesta linha de convicção, observa o ilustre advogado e professor Waterloo Marchesini Junior que “o apregoado interesse social em favor das

2. NOGUEIRA, Rui Barbosa. “Constituição no País da Epidemia das Normas — In *Revisão do Tribunal Federal de Recursos* — Edição Especial — n.º 145, pp. 180/181.

classes economicamente menos favorecidas, que inspirou o ordenamento especial e a própria política da habitação, até hoje não se impôs com a intensidade necessária para resolver o problema habitacional deste País subdesenvolvido e já conformatado com as suas continuadas crises, jamais superadas por planos e projetos fantásticos, que apenas atordoam e enganam os combalidos administrados, ferindo-lhes a boa-fé e corroendo a cidadania. (...) o Sistema Financeiro da Habitação, principalmente na última década, não tem cumprido as metas preconizadas e desejáveis e, ao invés de propiciar a aquisição da casa própria pelas classes da população de menor renda, tem servido às camadas economicamente privilegiadas, que até enriqueceram mais, porque se aproveitaram das benesses governamentais e dos grosseiros erros cometidos pela Administração Pública, na gerência dos recursos arrecadados através do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e de outros meios, que o contribuinte é obrigado a custear.

Com a extinção do Banco Nacional da Habitação, nos idos de 1986, o problema ficou muito mais grave e, na prática, o governo federal não encontrou uma solução plausível para resolver, definitivamente, a crise habitacional brasileira. Numa seqüência de atos administrativos (portarias, resoluções, circulares) e, até mesmo, de leis ordinárias, tenta-se mostrar ao povo que a oportunidade para aquisição da casa própria é uma realidade para todas as pessoas que, preenchendo os requisitos essenciais da Lei n° 4.380, de 21-8-64, pleiteiam o financiamento com garantia hipotecária. Porém, tudo não passa de engodo.

Para insegurança dos administrados, todas as medidas propostas e executadas no âmbito dos Sistema Financeiro da Habitação, paulatinamente, têm sido contrárias aos interesses individuais e, em especial, de milhares de mutuários, que são sacrificados pelo governo federal, normalmente dado à prática de arbitrariedades e inconstitucionalidades, pois sabedor do insignificante número de jurisdicionados encorajados a buscar, no Judiciário, a contemplação dos seus direitos e garantias³.

A corrupção se oficializa quando encontra, na lei, os caminhos da injustiça.

Afigura-se oportuna, a propósito do tema, a observação de Celso Silva Costa, na fala de que "numa Carta, como a nossa, que propugna por "uma sociedade livre, justa e solidária" e por "reduzir as desigualdades sociais" (art. 3°, I e III); que tem na ordem econômica um fator de "justiça social" (art. 170); que se propõe a reprimir "o abuso do poder econômico" (art. 173, 5°); que limita as taxas de juros reais, como ganhos de capital, não excedentes de 12% a.a. (art. 193, § 3°); que estabelece a ordem social tendo como base "o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193) — permitir-se o locupletamento do credor sobre o devedor,

3 MARCHESINI JUNIOR, Waterloo. *Sistema Financeiro da Habitação — Propriedade, Mútuo e Hipoteca*. Junta Editora - 1992 — pp. 13-14.

pelo ganho imoderado ou extraordinário, enquanto aquele mais se enriquece e este mais se empobrece, a pretexto de que esteja a obrigação assim prevista na letra do contrato, sem nenhuma consideração pela *equivalência das prestações*, não é somente injurídico, porque é mais: é imoral, indecente, indigno, anti-social, antioletivo ou anticomunitário. Seria selvático e não urbano. Incrível.

Donde que, modernamente, na cidade ignara, na urbe cosmopolita, com os centros empresariais conduzidos por feras sequiosas e vorazes, ostentando presas afiadas e garras aguçadas, a condicionar todo o tráfico jurídico, com a colaboração tentacular da mercadologia, tendo como vivandeira a publicidade insinuante e insólita — o devedor que apenas contrata praticamente por *adesão*, quando apõe sua assinatura no lugar a isso reservado na fórmula instrumental peculiar aos contratos de massa; não pode gerar uma obrigação como outrora, de total fidelidade aos termos estipulados pelo credor. *Pacta sunt servanda* não é mais um princípio absoluto. É uma regra, sujeita a exceções, pelo visto.

Nos tempos atuais, máxime na democracia social, o contrato não pode ser considerado um grilhão que aprisione, uma cadeia que escravize, um látigo que açoite, uma forma de suplício chinês, um estigma que envergonhe o devedor. Jamais será um instrumento de escravidão para o devedor. Não seria um serviço forçado, assim criado em benefício do credor. Somente porque contratasse não estaria o devedor contingenciado a sofrer a vida inteira, para pagar um valor extraordinariamente ascendido, sem o correlativo incremento da prestação, por parte do credor. Não estaria obrigado, por isso, a negociar suas vísceras, barganhar a dignidade de sua família, de sua esposa e filhos, mergulhar o lar no caos da indigência, fazer trato com o diabo, tudo para atender à concupiscência do credor. (...) O Direito é um meio para atingir fins colimados pelo homem em atividade; sua missão é eminentemente social construtiva. Logo, não mais prevalece o pensamento antigo, que dava ao juiz, como agente do Direito, a função de aplicar suas normas de forma cega, empedernida, hermética, obcecada, obsessiva, álgida, indiferente às ruínas que, inconsciente ou conscientemente, possam resultar de uma tal aplicação⁴.

Cite-se, ainda, a título de mais um exemplo de ato normativo corruptor de nosso ordenamento jurídico, a Lei n° 8.237, de 30-9-91, que ao dispor sobre a remuneração dos serviços militares federais das Forças Armadas, negou vigência à norma do inciso X, do art. 37, da Carta Magna, em vigor, por estabelecer uma revisão geral da remuneração dos servidores públicos militares, federais, sem contemplar os servidores públicos, civis, com os mesmos índices daquela revisão.

A norma do art. 37, inciso X, de nossa Lei Fundamental é bastante em si, de eficácia plena. O comando isonômico, ali contido, é endereçado,

4 COSTA, Célio Silva. *A interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988* — Editora Liber Juris — 1992 — pp. 60 e 75.

expressamente, ao legislador ordinário, para cumpri-lo, ao editar a lei de revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Essa norma, sem dúvida, tem por objetivo evitar que a revisão geral da remuneração dos servidores públicos tenha data diversa, como tantas vezes ocorre, bem como impede que se aplique aos servidores militares índice diferente do que for estabelecido para os civis, e vice-versa.

Se é certo que a referida Lei n° 8.237/91 não fixou, expressamente, um índice ou percentual de aumento da remuneração dos militares por ela visados, fora exatamente com a intenção de proceder à burla ao Texto Supremo, camuflando o aumento da remuneração verificada aos militares, numa estratégia própria de um País de moralidade decadente, em nível de seus governantes eleitos pelo sufrágio popular. Contudo, será de fácil verificação aritmética a apuração desse índice de aumento, na fase processual de liquidação do julgado, com amplo contraditório e transparência democrática.

A isonomia, que resulta do comando constitucional do art. 37, inciso X, da Lei Maior, afasta a orientação da Súmula n° 339/STF, na espécie.

No Estado de direito, a Constituição Federal não pode ser amortilhada pelo jogo imoral dos espertos.

Na esfera da tributação, inúmeras são as leis e atos normativos infralegais, que violam os princípios norteadores de nosso Sistema Tributário Nacional e atentam contra as limitações constitucionais do poder de tributar. Assim, os impostos, disfarçados de "empréstimos compulsórios", os IOFs, as sobretaxas do FNT, os Finsociais, já declarados inconstitucionais, em suas cobranças, por nossos tribunais.

No fenômeno jurídico da tributação, o Estado tem cometido toda espécie de abuso contra o administrado contribuinte, impondo-lhe a máxima fascista *solve et repete*.

Na topografia da corrupção legal, registra-se o confisco da poupança pública, através da retenção de cruzados novos pelo Banco Central do Brasil, com base na Lei n° 8.024/90, cuja inconstitucionalidade os nossos tribunais vieram a declarar, tardiamente, reconhecendo a violação do direito de propriedade, do ato jurídico perfeito e do devido processo legal. A imoralidade estatal já se houvera consumado e a injustiça atingira seus objetivos espúrios, com o aval da inércia da cúpula do Judiciário, obstruindo, na cassação de liminares, a atividade corajosa dos magistrados singulares.

Merece ser lembrada, aqui, a lição hermenêutica de Juarez Freitas, na convicção de que "intérprete transdogmático não é um servo da lei, pois não a obedece, pura e simplesmente, mas funde o seu horizonte com o da norma jurídica, sendo este o motivo pelo qual deve, frontal e resolutamente, desaprisionar-se de formalismos excessivos, oriundos, em boa medida, do exagerado apego ao tronco romanístico-continental. Destarte, sem sucumbir aos arroubos sofisticados de uma insustentável, por arbitrária, hermenêutica do Direito Livre, deve compreender que "a única forma de ser fiel a uma

norma iníqua é não aplicá-la”, pois esta é a sua correta aplicação. E mais: toda norma injusta, por contrariar os princípios de justiça, esculpidos no topo do ordenamento jurídico, é substancial e manifestamente inconstitucional. A hermenêutica transdogmática pode e deve servir como garantidora da eficácia de tais princípios, para que a nossa Constituição, no que tem de melhor e mais favorável aos injustiçados, seja lembrada e, sobretudo, respeitada. Seu objetivo maior é, pois, fornecer ao intérprete e, de modo especial, ao aplicador a argumentação lógica, técnica e jurídica, mas também ética e política para, ao afastar as leis injustas, aproximar o direito e o estado da sociedade civil e de suas mais prementes necessidades de justiça prática, concreta e solidamente fundamentada pelos juízes mais sensíveis às carências de nosso povo”⁵.

O Estado de direito, que preconiza a nossa Constituição, sem dúvida, é aquele que se governa por leis justas e se submete à jurisdição de uma magistratura independente, sábia, ética e imparcial.

V — Precisamos marchar, para a construção de um Brasil melhor, numa postura ética individual e coletiva, na crença de que o Estado democrático de direito está diante de nós, no raio das possibilidades de cidadãos livres, que somos e haveremos de ser, à luz da crença de nossos Majoires, assim, transmitida: “Creio na liberdade onipotente, criadora das nações robustas; creio na lei, a primeira das suas necessidades; creio que, neste regímen, soberano é só o direito, interpretado pelos tribunais; creio que a República decai, porque se deixou atrasar, confiando-se às usurpações da força; creio que a federação perecerá, se continuar a não acatar a justiça; creio no governo do povo pelo povo; creio, porém, que o governo popular tem a base da sua legitimidade na cultura da inteligência nacional pelo desenvolvimento nacional do ensino, para o qual as maiores liberalidades do erário constituirão sempre o mais reprodutivo emprego da riqueza comum; creio na tribuna sem fúrias e na imprensa sem restrições, porque acredito no poder da razão e da verdade; creio na moderação e na tolerância, no progresso e na tradição, no respeito e na disciplina, na impotência fatal dos incompetentes e no valor insuperável das capacidades.

Rejeito as doutrinas de arbítrio. Abomino as ditaduras de todo o gênero, militares ou científicas, coroadas ou populares. Detesto os estados de sítio, as suspensões de garantias, as razões de Estado, as leis de salvação pública. Odeio as combinações hipócritas do absolutismo, dissimulado sob as formas democráticas e republicanas. Oponho-me aos governos de seita, aos governos de facção, aos governos de ignorância”⁶.

5 JUAREZ FREITAS. *A substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta* — EDIPUCRS — 1989 — pp. 107/108.

6 RUI BARBOSA. *Campanhas Parlamentares* — Vol. IV — Livraria Editora Itacema Ltda. — pp. 13/14.

Conceito de crime hediondo e o equívoco da Lei nº 8.072/90

JOÃO JOSÉ LEAL

Professor de Direito Penal e Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau

SUMÁRIO

1. *Introdução: a Constituição de 88 e a idéia de crime hediondo.* 2. *Fatores imediatos determinantes da Lei nº 8.072/90.* 2.1. *Conservadorismo e alienação parlamentar.* 2.2. *Violência urbana e síndrome do medo.* 2.3. *"Indústria do seqüestro" no Rio e São Paulo, como fator imediato.* 3. *A dogmática jurídico-penal e o conceito substancial de crime.* 4. *A Lei nº 8.072/90 e o conceito de crime hediondo.* 4.1. *Semântica do crime hediondo.* 4.2. *Lei nº 8.072/90 e o rótulo da hediondez obrigatória.* 4.3. *Conceito jurídico ou normativo.* 4.4. *Equívoco e desnecessidade da Lei nº 8.072/90.*

1. *Introdução: a Constituição de 88 e a idéia de crime hediondo*

O período de autoritarismo político, que se instalou no país a partir de 1964, baseado na ideologia da segurança nacional e marcado por perseguições políticas, prisões arbitrárias, torturas e assassinatos; a intensificação do tráfico e uso indevido de drogas as mais diversas, aí incluindo as de alto potencial entorpecente; os altos índices da violência urbana, que atingiram níveis intoleráveis, gerando o pânico generalizado nos grandes aglomerados urbanos: eis o contexto histórico e político-ideológico antecedente que motivou o Constituinte de 88 a introduzir, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, o seu art. 5º, o inciso XLIII, estatuinto que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Verifica-se que o Constituinte

de 88 tomou a iniciativa de considerar a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie maior, imperativa e categórica de crime profundamente repugnante e, portanto, merecedora de uma reação punitiva especificamente mais severa (inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia). São crimes constitucionalmente hediondos.

Ao mesmo tempo, a Carta Magna autorizou o legislador ordinário a rotular outras infrações penais com a marca jurídica da hediondez absoluta e legalmente presumida. Em decorrência desse mandamento constitucional, o legislador aprovou a Lei nº 8.072, de 25-7-90, considerando hediondos os seguintes crimes: "latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados".

Pela primeira vez, o sistema punitivo brasileiro passou a distinguir, dentre as inúmeras condutas criminosas que constituem o vasto espectro de nossa tipologia criminal, algumas delas com o *nomen juris* de crime hediondo.

2. Fatores imediatos determinantes da Lei nº 8.072/90

2.1. Conservadorismo e alienação parlamentar

Não há dúvida de que esta lei somente logrou aprovação devido ao pensamento extremamente conservador da maioria dos membros do Congresso Nacional. Muitos deles marcados pelo conservadorismo político, outros pela alienação de fim de mandato, os parlamentares votaram um texto legal que representa um verdadeiro retrocesso face ao processo histórico de humanização contínua do direito penal, endurecendo desnecessariamente o sistema punitivo vigente e contrariando princípios jurídico-penais indiscutíveis, como o da individualização e o da progressão pelo mérito do condenado na execução da pena privativa de liberdade.

2.2. Violência urbana e síndrome do medo

Do ponto de vista de sua fonte substancial, o intenso clima de violência, que vem marcando o cotidiano dos grandes centros urbanos brasileiros, responsável por uma generalizada e indistigável síndrome do medo, contribui seguramente para o surgimento da lei repressiva em exame. Sem esta sinistra realidade social, marcada por assassinatos, estupros, tráfico de drogas, assaltos armados, latrocínios e execuções sumárias, ao longo das duas últimas décadas, acarretando o pânico e o terror e dificilmente haveria vontade e condições político-jurídicas para a aprovação deste diploma legal.

2.3. "Indústria do seqüestro" no Rio e São Paulo, como fator imediato*

Mesmo assim, parece-nos indiscutível que a onda de extorsões mediante seqüestro, ocorrida a partir de 1989 em São Paulo e, principalmente, no Rio, constituiu a causa imediata e preponderante de aprovação da Lei nº 8.072/90. Quadrilhas com elevado grau de organização e grande número de participantes passaram a operar nessa área da atividade criminosa. Ocorreu, então, uma intensificação sem precedente da prática de seqüestros, com o objetivo de extorquir vultosas somas em dinheiro da vítima ou de seus familiares. O número de seqüestros chegou a ser tão grande que, no Rio, implantou-se uma verdadeira operação de guerra contra o que se chamou de "indústria do seqüestro". O clima de insegurança era acentuadamente grave e transcendia os limites do suportável. Falou-se em crise de governabilidade no Rio de Janeiro, e cogitou-se de intervenção federal naquele Estado. Os meios de comunicação social, divulgando os fatos de forma inconseqüente e sensacionalista, contribuíram seguramente para a formação de uma opinião pública favorável a uma solução radicalmente mais severa, tanto do ponto de vista jurídico-penal, quanto meramente policial.

Foi este fenômeno episódio das extorsões mediante seqüestro que se constituiu no fator imediato e determinante da Lei nº 8.072/90, de 25-7-90. É certo que a Constituição Federal, no mencionado inciso XLIII, do art. 5º, que trata dos direitos e garantias individuais, já previra a possibilidade de se considerar legalmente hediondos certos tipos de crime. Porém, se não fosse o episódio dos seqüestros, que gerou pânico na população dos grandes centros urbanos, e não fosse também a manipulação político-ideológica de tal fenômeno, dificilmente as correntes conservadoras teriam conseguido reunir a maioria necessária para aprovação desta lei, que endureceu brutal e inutilmente o sistema punitivo brasileiro.

3. A dogmática jurídico-penal e o conceito substancial de crime

Sabe-se que a dogmática jurídico-penal não conseguiu chegar a um conceito substancial de crime, baseado na idéia de que este constitui uma conduta indiscutivelmente repugnante, perniciososa ou perigosa para a ordem social. Estudos criminológicos demonstram que, numa sociedade dividida em classes sociais, com situações e interesses divergentes e até antagônicos, não tem havido unanimidade em torno dos valores ético-culturais, padronizadores das

* A doutrina converge no sentido de apontar a onda de crimes de extorsão mediante seqüestro, que atingiu vítimas ilustres e importantes, e a forte coação exercida pelos meios de comunicação de massa, através de programas e noticiários de natureza nitidamente sensacionalista, como o fator preponderante no processo de elaboração e aprovação da Lei nº 8.072/90. FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1991, p. 34. BARTOLI, Márcio: "Crimes Hediondos", RT-684, p. 294. BARBOSA, Licínio: "Dos Crimes Hediondos", Rev. Inform. Legisl. do Sen. Fed., n.º 1.2, 1991, p. 163. TOLEDO, Francisco de Assis: "Crimes Hediondos", Fasc. de Ciênc. Penais, vol. 5, abr./jun, 1992, p. 59. NOGUEIRA, Paulo Lúcio: "Dos Crimes Hediondos", Revista Jurídica, n.º 172, lev. 92, p. 46. FARIA JÚNIOR, César de: "Crimes Hediondos, a nova Lei", Fasc. de Ciênc. Penais, vol. 3, out./dez. p. 27.

formas de conduta social. Para muitos indivíduos, marginalizados do processo social, tais valores podem ser encarados com certa dose de indiferença ou como contrários aos valores praticados por seu grupo social. O crime, portanto, pode ser visto como uma conduta contrária (intolerável, indesejável) a certos valores ou interesses individuais ou coletivos (bens jurídicos) emergentes da ideologia praticada por um determinado grupo social, num certo momento histórico.

Outros estudos, invertendo o enfoque, procuram demonstrar que o crime não passa de apenas um rótulo que o poder estabelecido atribui a certas condutas, selecionadas segundo os interesses da ideologia dominante, num certo momento histórico. De qualquer forma, não se deve perder de vista a historicidade de que se tem revestido o conceito de crime através dos tempos.

Para a teoria criminológica da vulnerabilidade ou da fragilidade social do delinqüente, este é assim considerado e se encontra severamente punido, não pela natureza do ato que cometeu, mas por ser mais vulnerável do que outros indivíduos diante da eficácia repressiva do sistema penal vigente. Por ser mais frágil socialmente, devido a sua condição de marginalizado do processo social, o indivíduo estará seguramente mais exposto a sofrer as conseqüências punitivas do direito penal. Enquanto isso, outros indivíduos podem cometer atos também graves do ponto de vista ético-jurídico e não serão considerados legal e/ou juridicialmente criminosos. É que não são vulneráveis ou, ao menos, apresentam um alto grau de resistência à eficácia do sistema penal.

Esta leitura do problema criminal pode à primeira vista chocar e parecer inaceitável, mas não devemos esquecer dos autores de crimes financeiros e dos mais diversos e graves atos de corrupção contra a administração pública, que lesam a pátria em bilhões de cruzeiros e que, por ocuparem posições de prestígio junto ao próprio poder, tornam-se imunes a qualquer tipo de reação punitiva. Quando todo o país do carnaval aplaude os notórios e assumidos contraventores do jogo do bicho, suspeitos evidentes da prática do tráfico de drogas, de assassinatos e de sonegação de impostos, consierando-os benfeitores e sustentáculos financeiros da maior festa popular brasileira, transmitida pela mídia para todo o mundo, como a expressão mais autêntica da arte e da cultura popular nacional, fica evidente a relatividade da eficácia punitiva do sistema penal vigente.

4. A Lei nº 8.072/90 e o conceito de crime hediondo

4.1. Semântica do crime hediondo

Na conceituação de tais crimes, deve-se levar em consideração o próprio sentido semântico do termo *hediondo*, que tem o significado de um ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indiscutivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente. Com base nisto, podemos dizer que hediondo é o crime que causa uma profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais

de indiscutível legitimidade. Ontologicamente, o conceito de crime hediondo repousa na idéia de que existem condutas que se revelam como a antítese extrema dos padrões de comportamento moral, ou de que seus autores são portadores de um extremo grau de perversidade, de perniciosidade ou de periculosidade e que, por isso, merecem sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social.

4.2. *Lei nº 8.072/90 e o rótulo da hediondez obrigatória*

Ao classificar certas condutas como crimes hediondos, partiu o legislador do pressuposto de que, seja quem for o seu autor, com sua personalidade e sua conduta social antecedente; sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime; seja, ainda, qual tenha sido o comportamento da vítima, tais crimes merecerão sempre um grau de reprovação acentuadamente maior do que as demais infrações penais. Trata-se, portanto, de um conceito puramente formal, que contraria a própria natureza das coisas, pois a lei criou uma presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo do ato incriminado de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas criminosas, já tipificadas na lei positiva, com o rótulo da hediondez absolutamente obrigatória.

Na verdade, este conceito meramente formal é inaceitável, porque parte de uma premissa cientificamente falsa ao presumir que as condutas assim rotuladas legalmente carregam em suas entranhas o caráter da hediondez indiscutível. Do ponto de vista ético-jurídico, em muitos casos não será possível aceitar-se esse presumido maior grau de repugnância de um crime hediondo, assim conceituado aprioristicamente, em relação a outros crimes também graves, por circunstâncias as mais diversas. Qual, por exemplo, seria a diferença, de natureza substancial, entre um homicídio praticado mediante emboscada, ou veneno ministrado em doses homeopáticas, ou por um motivo profundamente torpe, e um latrocínio, uma extorsão mediante seqüestro, ou um estupro, nestes dois últimos casos, sem que a vítima tenha sofrido violência física de maior conseqüência? A distinção de tratamento penal entre os casos de homicídio acima expostos que, segundo a lei positiva, não podem ser qualificados como hediondos e as três hipóteses de crimes hediondos, baseia-se em critério de natureza meramente formal; é conseqüência de pura conveniência da política criminal praticada num certo momento, como expressão categórica do poder discricionário estatal. Pode-se afirmar que, em relação a qualquer destes crimes, o maior ou menor grau de reprovação dependerá de certas circunstâncias que dizem respeito ao agente ou ao próprio crime, sendo incorreto classificar alguns como necessariamente hediondos.

Na prática, não será rara a hipótese de crime hediondo, assim definido na lei, que deixe de apresentar o caráter de presumida hediondez. Onde poderemos encontrar elementos suficientes para afirmar esse juízo de reprovação extrema, em relação ao estupro cometido por um jovem de dezoito anos, contra sua namorada, no interior de um automóvel, sem a utilização

de violência física grave? Ou em relação a um estupro com violência presumida, praticado pelo pai contra sua filha, com a qual, durante anos, por pobreza extrema, fôra obrigado a compartilhar de seu próprio leito conjugal ou em relação a um outro estupro praticado contra uma mulher que, com o seu comportamento lascivo, acabou por provocar a ação do estuprador?

Do mesmo modo, como podemos classificar de hediondo o crime de extorsão mediante seqüestro, praticado com o fim de receber importância em dinheiro, decorrente de uma dívida que a vítima, inequivocamente, se negava a pagá-la, quando esta foi libertada ilesa, com ou sem pagamento do resgate? Ou a prática deste mesmo crime, contra reconhecido contraventor, sonegador ou mesmo delinqüente, por motivos políticos e com fins altruísticos, ou seja, com o fim de distribuir o valor do resgate aos pobres? Criticando a nova lei, Damásio de Jesus escreve que ela "equipara o beijo à morte", referindo-se à hipótese em que o "toque lascivo, realizado com a destreza e sem o consentimento da ofendida", é considerado crime hediondo com pena agravada (no caso de ofendida não maior de quatorze anos), enquanto que "o homicídio executado com crueldade não o é" *.

São apenas alguns exemplos de crimes classificados pela lei positiva como obrigatoriamente hediondos e que, embora reprováveis, não merecem maior grau de censura do que um crime de homicídio ou de lesão corporal grave praticado por puro ódio, recompensa em dinheiro ou qualquer outro motivo torpe.

4.3. *Conceito judicial ou normativo*

Por outro lado, e apenas para argumentar, admitida a necessidade da nova lei, pensamos que esta somente deveria atribuir o caráter de hediondez aos crimes envolvidos por certas circunstâncias muito graves, praticados por motivos profundamente condenáveis, ou causadores de conseqüências gravíssimas e que venham a suscitar necessariamente um juízo de reprovação máxima. O critério que defendemos e que nos parece razoável não conduz a classificar determinados crimes por si mesmos como compulsoriamente hediondos, mas somente considerá-los como tal em certas circunstâncias, quando praticados por motivos acentuadamente ignóbeis, ou quando causarem conseqüências extremamente graves, como seria o caso de um estupro praticado mediante tortura, lesões gravíssimas ou morte da vítima. A apreciação de tais circunstâncias, motivos ou conseqüências, ficaria sujeita ao poder discricionário do juiz que, em caso concreto, teria a liberdade de decidir sobre a ocorrência de um crime hediondo.

Entendemos que a judicialização do conceito de crime hediondo, mesmo que venha a ocasionar um certo grau de casuismo, seria preferível ao critério adotado pela Lei n° 8.072/90.

* "Anotações à Lei n° 8.072/90. *Fascículos de Ciências Penais*. SAFe, out./dez. 1990, p. 5

4.4. *Equívoco e desnecessidade da Lei nº 8.072/90*

Essas rápidas colocações demonstram que a concepção de crime efetivamente praticada não coincide, em absoluto, com o discurso ético-político inspirador do direito positivo. Este, em muitos aspectos, permanece apenas no campo do abstrato e das intencionalidades. Também demonstram que o conceito material de crime, definindo-o como uma ação ofensiva a valores éticos consagrados pelo grupo social, torna-se bastante discutível. Ora, se isto é verdadeiro, que paradigma de natureza ética poderá constituir-se no fundamento de um conceito, de valor verdadeiramente absoluto e indiscutível, de crime hediondo? As dificuldades parecem-nos insuperáveis.

Isso nos leva a concluir que o legislador cometeu sério equívoco ao destacar algumas figuras delituosas já definidas em lei, classificando-as como condutas criminosas obrigatória e necessariamente hediondas. É que o caráter de hediondez desses delitos não se constitui numa regra geral absoluta, mas decorre principalmente de certas circunstâncias ou conseqüências do crime em concreto, da personalidade ou antecedentes do seu autor ou, ainda, dos motivos que o levaram à prática delituosa.

Não obstante a faculdade prevista no mandamento constitucional (art. 5º, inciso XLIII, *in fine*), parece claro que, do ponto de vista do interesse coletivo, a Lei nº 8.072/90, definindo alguns crimes como hediondos, não constituía em absoluto uma prioridade político-jurídica, principalmente se verificarmos que inúmeras leis complementares, de indiscutível interesse popular, ainda esperam pela aprovação do Congresso Nacional. Na verdade, se considerarmos as quantidades máximas de pena, já anteriormente cominadas por crimes agora rotulados de hediondos, não teremos dúvida em afirmar a absoluta desnecessidade de endurecimento do sistema punitivo e, em conseqüência, da própria Lei nº 8.072/90. Basta lembrar que o roubo, a extorsão e a extorsão mediante sequestro já tinham penas máximas fixadas em trinta anos de reclusão e o estupro em oito anos. Ao escolher algumas condutas criminosas para defini-las como hediondas, o legislador acabou por minimizar as conseqüências e o grau de reprovação de outras infrações penais também graves, como é o caso do homicídio, da lesão corporal gravíssima ou dos crimes financeiros.

O regulamento no sistema jurídico brasileiro

VITOR ROLF LAUBÉ

Procurador do Município de São Bernardo do Campo.
Pós-graduado em Direito, em nível de mestrado, pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP

SUMÁRIO

1. *Considerações introdutórias.* 2. *As funções estatais e o regulamento.* 3. *Ato administrativo e regulamento.* 4. *Aspectos gerais do regulamento.* 5. *O regulamento no Direito brasileiro.* 6. *Regulamento delegado ou autorizado.* 7. *Regulamento autônomo ou independente.* 8. *Regulamento de urgência ou de necessidade.* 9. *Regulamento executivo ou subordinado.* 10. *Conclusão*

1. *Considerações introdutórias*

Importa, preliminarmente, evidenciar que o presente estudo tem como objeto de investigação o regulamento nos moldes que disciplinado pela Constituição Federal de 1988, que, anote-se desde já, lhe restou por prever, no inciso IV de seu artigo 84, dentre as elevadas atribuições conferidas ao Presidente da República.

A análise que se pretende empreender, vale explicitar, além de situar o regulamento em nosso sistema jurídico constitucional, mediante uma investigação sistemática da atual Lei Magna, busca examinar os seus principais aspectos, assim como algumas questões que ainda não se encontram devidamente pacificadas entre nossos doutrinadores, apesar de alguns poucos autores da maior suposição sobre o tema já haverem se debruçado encetando lições de incontestável valor científico, tais como OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹, GERALDO ATALIBA², CELSO ANTÔNIO BAN-

¹ *Princípios de Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 1, pp. 342-65.

² "Decreto Regulamentar no Direito Brasileiro", *RDA* 97:21-33, jul./set. 1969, e "Poder Regulamentar do Executivo", *RDP* 57-58: 184-208, jan./jun. 1985.

DEIRA DE MELLO³, SÉRGIO FERRAZ⁴, LUCIANO FERREIRA LEITE⁵, ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA⁶, DIÓGENES GASPARINI⁷, entre outros; isso, é óbvio, mais recentemente.

Ressalte-se que, apesar dos diversos assuntos que se pretende enfatizar, muitos aspectos que envolvem a matéria restarão inapreciados, eis que o tema eleito surpreende pela sua abrangência, assim como pelas diversas questões incidentais que suscita.

2. *As funções estatais e o regulamento*

A investigação do regulamento, ainda que deva ser calcada no direito positivo, já que esse é o objeto de estudo de todo aquele que almeje incursionar pela Ciência do Direito, não prescinde de uma análise das funções estatais desde o seu nascedouro.

Assim, importa registrar que os primeiros passos para a concepção da teoria da tripartição do exercício das funções estatais foram dados por ARISTÓTELES, ao entrever três espécies de atividades exercitáveis pelo Estado: *deliberação, mando e justiça*.

Mesmo havendo esse filósofo grego isolado as referidas atividades, a verdade é que muito tempo se passou sem que fosse modificada a tradicional moldura do poder, isto é, este por muito ainda continuou a concentrar-se nas mãos de uma única pessoa.

Também é certo que, no curso da História, se debruçaram ainda sobre o tema SANTO TOMÁS DE AQUINO, MARCÍLIO DE PÁDUA, CROMWELL e JOHN LOCKE, entre outros⁸.

Mas a delineação final, decorrido cerca de um milênio da formulação de ARISTÓTELES, coube a MONTESQUIEU, que, em meados do século XVIII, idealizou a tão difundida "Teoria da Separação dos Poderes".

MONTESQUIEU, partindo da premissa de que todo o homem que detém o poder dele tende a abusar e objetivando que o "poder" controlasse o "poder", propôs que as três funções estatais fossem exercitadas por órgãos diferentes, com cada um realizando uma única função, ou seja, aquele que produzisse as leis não deveria executá-las e tampouco julgá-las; já aquele que as executasse não poderia produzi-las e tampouco poderia julgar a sua aplicação; por fim, aquele a quem competisse julgar a aplicação das leis não poderia produzi-las

3 *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, pp. 83-103.

4 *Três Estudos de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 103-26.

5 *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

6 *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, pp. 1-17.

7 *Poder Regulamentar*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

8 Cf. JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, São Paulo, s. ed. 1968, pp. 13-4.

e tampouco executá-las. Surgem, destarte, dessa proposição, os três órgãos de exercícios do poder: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

É bem verdade que a teoria do escritor francês, apesar de largamente adotada pela maioria das Constituições dos Estados modernos, não o foi de forma integral, uma vez que, na prática, a adoção pura e simples do modelo proposto restou inviável⁹, porquanto se demonstrou imperioso que cada um dos órgãos do poder exercesse, além da função que lhe emprestasse o nome (ou seja, a sua função típica), outra função de forma secundária.

Por fim, no atinente a esse breve esboço histórico, importa mencionar que, não obstante a universalização do esquema desenvolvido por MONTESQUIEU, autores existiram que, divergindo quanto ao número de órgãos entre os quais deveriam as funções estatais ser repartidas, chegaram, após identificar outras mais, a distribuí-las em até oito órgãos. Dentre esses autores, conforme notícia ANHAIA MELLO¹⁰, é possível citar SAINT-GIRONS, LUIGE PALMA, HELLO, ROMAGNOSI e BENJAMIN CONSTANT.

Após essas ligeiras considerações de cunho histórico, impende que se apresente uma distinção, mesmo que de forma breve, entre as funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

Tal intento, todavia, não se apresenta como dos mais fáceis, visto que vários são os métodos ou critérios utilizáveis para a identificação dessas atividades estatais.

Sobre tais critérios, impossível é se olvidar a excelente sistematização formulada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹¹. Segundo sua lição, os critérios de identificação podem ser classificados segundo duas perspectivas: uma *subjetiva* e outra *objetiva*. Através do primeiro critério, também chamado *orgânico*, há predisposição de se focar uma atividade pela análise do respectivo sujeito, ou seja, o órgão emanador do ato; já pelo segundo critério (*objetivo*), busca-se uma definição mediante o enfoque de um objeto, isto é, uma determinada atividade. Contudo, esse último critério se biparte em *material* e *formal*. *Material*, porque enfoca o objeto (uma dada atividade, no caso) mediante o exame de seu conteúdo, de suas características intrínsecas; e, como acentua o eminente jurista, por isso mesmo, dito critério se apresenta como *metajurídico*, uma vez que busca o significado da atividade de forma apartada do que dispõe o sistema jurídico. *Formal*, por seu turno, porque enfoca uma atividade mediante a investigação do regime jurídico dos atos que a compõem.

Contudo, cumpre anotar que existem outros critérios, como, por exemplo, o *negativo*, também nominado *residual* ou de *exclusão*, que se funda na defini-

9 Nesse sentido, veja-se as agudas críticas formuladas por FRANCIS PAUL BENOIT a tal teoria, que, inclusive, a categorizou como "meramente artística", in *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, pp. 32 e segs.

10 Ob. cit., p. 14.

11 *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 12, nota de rodapé nº 7

ção, no caso, de determinada atividade, valendo-se daquilo que remanesceu inclassificado após definidas as demais funções estatais. A tal critério, vale dizer, fazem referência, entre outros, mestres da envergadura de OTTO MAYER, AGUSTIN GORDILLO e GABINO FRAGA¹².

Pois bem, apesar da variedade de critérios, verifica-se que nem todos têm se demonstrado eficazes para uma satisfatória definição das funções do Estado. Assim é que o orgânico ou subjetivo, v.g., ante o não-exercício pelos órgãos do poder de uma só função, acaba por possibilitar a classificação de um ato específico como pertencente a mais de uma atividade estatal. Igualmente, o critério objetivo material também acaba por se erigir como insuficiente, à vista de sua já citada natureza não-jurídica e, por derivação, do seu maior descomprometimento com o direito positivo, fato esse que acaba por implicar casuísmos indesejáveis.

Nesse passo, ante a insuficiência dos demais critérios, há que se preferir o critério objetivo formal, já que mais consentâneo com um exame estritamente jurídico de determinado objeto, haja vista que preocupado com o regime jurídico deste, com seus correspondentes efeitos.

Isso considerado, importa que sejam consignadas as definições das já mencionadas atividades estatais. Para isso, pois, e para que não se alongue excessivamente este tópico, conveniente se faz recorrer à inexcusável doutrina de RENATO ALESSI¹³ que, de modo muito percuciente, definiu tais atividades, captando a essência de seus respectivos regimes jurídicos.

ALESSI leciona que a *legislação* consiste na emanação de atos de produção jurídica *primária*, que decorrem diretamente do exercício de soberania do Estado. A lei, portanto, continua o administrativista italiano, não só inova a ordem jurídica primariamente, mas o faz *originariamente*, além do que regula as relações, permanecendo *acima e à margem* das mesmas.

A *jurisdição*, à sua vez, "é a emanação de atos de produção jurídica *subsidiários* dos atos primários (permanecendo, em todo caso, o órgão estatal *acima e à margem* das relações às quais os próprios atos se referem) com o fim de obter a concreção e a atuação coativa dos anteditos atos primários".

A *administração*, por fim, abarca a "emanação de atos de produção jurídica *complementares* (ou quando menos de atividade auxiliar destes), na aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa: atos de produção jurídica do órgão estatal *como parte das relações* às quais os atos se referem".

Declinadas as definições propostas por ALESSI, que, mesmo se referindo a sistema jurídico outro que não o brasileiro, se prestam *inegavelmente* aos

12 OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 10, t. 1; AGUSTIN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Macchi, 1974, p. VII/9, t. 1; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1969, p. 51.

13 *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, Bosch, 1970, pp. 7-8, v. I.

fins ora objetivados, para logo se poder concluir que o regulamento não se compatibiliza tanto com a atividade jurisdicional, como com a legislativa.

O regulamento não se insere na atividade jurisdicional, já que não se qualifica como apto a, subsidiariamente à lei, obter a concreção e a atuação coativa dessa, apresentando-se o seu órgão produtor acima e à margem das relações a que ele se refere; mais ainda: resente-se ele também da principal característica da jurisdição, a imutabilidade do ato jurisdicional.

Já com relação à função legislativa, por certo diferente não será, uma vez que o regulamento, em nosso sistema jurídico positivo, como adiante se verá de forma mais detida, não tem o condão de inovar primária e originariamente a ordem jurídica; ele decorre, sim, de lei, ficando a essa espécie normativa integralmente submetido, já que fornecedora ela de seu fundamento de validade. Inobstante, há que se concordar que, sob uma ótica material, tal confusão não ficaria afastada, pois, como a lei, o regulamento também enuncia normas gerais e abstratas, de sorte a se assemelharem entre si quanto à substância. Mas, consoante acima se viu, mesmo que de forma singela, repelida fica qualquer intenção de se agregar o regulamento à atividade legislativa, mediante uma análise fundada no critério formal.

Isso assentado, tem-se que o inferido no respeitante ao posicionamento do regulamento dentre as atividades estatais no plano da Ciência do Direito guarda inteira consonância com o preceituado pelo nosso sistema positivo, uma vez que a faculdade regulamentar encontra-se, como já aludido, perfilhada entre as altanciras atribuições cometidas ao Presidente da República.

3. *Ato administrativo e regulamento*

Visto que a atribuição regulamentar está enraizada na função administrativa, importa agora que se verifique a sua relação com o ato peculiar dessa função, o ato administrativo.

Convém ressaltar, todavia, que a definição do ato administrativo constitui missão relativamente tormentosa. Muito tem a doutrina se debatido no intento de obter uma unidade conceitual, sem, contudo, alcançá-la. Existe, pois, uma infundável série de fatores que conduzem a divergências, a começar, de exemplo, pelas particularidades dos diversos sistemas constitucionais em que são emitidas as definições, que acabam por induzir a dita falta de convergência definitiva. Outro motivo, como bem ressalta AGUSTIN GORDILLO, consiste na grande vagueza existente na própria palavra ato administrativo, ao abarcar um domínio muito grande de coisas¹⁴. Mais ainda: possível

¹⁴ Essa grande vaguidade do vocábulo *ato administrativo*, entre outros no Direito Administrativo, assinalada por AGUSTIN GORDILLO (Ob. cit., pp. 1/5-13), reside no fato de que "su zona periférica de incertidumbre es muy amplia: se torna por ello metodológicamente necesario tratar de estipular un campo de aplicación lo más preciso posible (nunca lo será totalmente) para saber entonces cuál es el campo de aplicación de un determinado régimen jurídico y no outro. Esto no le dará exactitud al análisis de los problemas

(Continúa)

é também se citar como outro fator, para tanto, a ausência de uma noção legal de ato administrativo fornecida pelo nosso direito positivo.

Isso observado, cumpre, à primeira, consignar alguns entendimentos ou definições propostos pela melhor doutrina no que concerne ao ato administrativo.

Consoante o supratranscrito escólio de ALESSI, possível é se perceber que o ato administrativo tem por especiais características o ser *complementar* à lei, assim como o ser expedido por órgão estatal na condição de *partes nas relações às quais os atos se referem*. É, pois, o que se depreende dos ensinamentos desse grande mestre sobre a atividade administrativa.

Por seu turno, o Prof. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹⁵ prefeccionou que o ato administrativo, em sentido estrito, pode ser definido "como manifestação de vontade do Estado, enquanto poder público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direitos".

ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, à sua vez, define o ato administrativo como "o acto voluntário de um órgão da administração que, no exercício da função administrativa, e usando de um poder público, concretiza em comandos individualizados o comando contido abstractamente na norma jurídica"¹⁶.

Já MICHEL STASSINOPOULOS conceitua o ato administrativo nos termos seguintes: "la déclaration de volonté émise par un organe administratif et déterminant d'une façon unilatérale ce qui est du droit dans un cas individuel"¹⁷.

Essas poucas mas valiosas definições já revelam alguns traços característicos do ato administrativo, os quais, mesmo que de forma rudimentar, acabam por aclarar o seu significado.

Destarte, observa-se que o ato administrativo constitui uma declaração emitida pelo Estado, sob a sua especial condição de poder público, buscando, mediante a expedição de comandos concretos complementares à lei, satisfazer o interesse público. Para melhor delimitar essa noção, poder-se-ia a ela ainda agregar a sujeição ao controle jurisdicional tocantemente à sua legitimidade.

(Continuação da nota 14)

jurídicos, pero si se la dará en mayor grado y mas racionalmente, que en el tratamiento de tales problemas empleando palabras que el autor supone verdaderas o necesariamente válidas. Aclarando en cambio que se trata de estipular una definición o un concepto tan sólo funcional y operativo dentro de un cierto contexto sistemático, sera posible referirse a situaciones reales antes que a luchas de palabras". Mais adiante, o autor portenho prossegue averbando que: "Queda dicho con lo expuesto que la definición de las palabras *acto administrativo, función administrativa, derecho administrativo, etcétera*, será casi siempre una cuestión de libertad de estipulación; pero esto no significa que carezca de importancia ni que pueda nacerse demasiado arbitrariamente". Por fim, lastreando-se em CARRIÓ, arremata o administrativista, asseverando que as definições, como as classificações, podem ser mais amplas ou mais restritas, úteis ou inúteis, cômodas ou incômodas, conforme o caso, mas não verdadeiras ou falsas.

15 Ob. cit., p. 463.

16 *Erro e Legalidade no Ato Administrativo*, s.l.p., Atica, s.d., p. 95.

17 *Traité des Actes Administratifs*, Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 37.

Contudo, como não se tem por escopo conceituar o ato administrativo neste estudo, tomar-se-á por empréstimo a definição proposta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que, a par de já externada sob a égide da atual Carta, indubitavelmente abarca os principais característicos desse ato, assim como se apresenta extremamente funcional aos fins ora almejados.

Assim, conforme a lição desse insigne mestre¹⁸, pode-se conceituar o ato administrativo como sendo a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes — como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”¹⁹. Esse, segundo seu autor, é um conceito do ato administrativo em sentido amplo, que abrange tanto os atos abstratos e gerais como os concretos e individuais; acrescentando-lhe as características da *concreção* e da *unilateralidade*, tem-se o ato em seu sentido estrito, ou seja, abrangedor tão-somente dos atos concretos²⁰.

Exposto o conceito de ato administrativo, para logo se percebe que ele tanto pode abarcar os atos gerais e abstratos, como os individuais e concretos. Essa possível dicotomia demonstra que o ato administrativo é, entre outros aspectos, classificável, segundo a extensão de seus efeitos e o seu conteúdo, em gerais e abstratos e em concretos e individuais, respectivamente.

Ora, evidenciada a admissibilidade de existência de uma categoria de atos administrativos que, quanto à abrangência de seus efeitos e conteúdo, seja gerais e abstratos, verifica-se, por consequência, inexistirem maiores tormentos em se taxar o regulamento como ato administrativo, nos moldes que preliminarmente feito, ao incluí-lo na seara da atividade administrativa.

Advirta-se, no entanto, que alguns autores, ao invés de compreenderem o regulamento como uma modalidade do ato administrativo, preferem, sim, subdividir os atos emanados no exercício da atividade administrativa em atos administrativos e atos regulamentares, visto entenderem que os atos administrativos conteriam somente aqueles de efeitos individuais e conteúdo concreto.

Todavia, importa ressaltar que, não obstante categorizável o regulamento como ato administrativo, mesmo que em sentido amplo, algumas diferenças quanto ao regime jurídico emergem quando comparado, de forma mais percuciente, com o ato administrativo em sentido estrito. Assim se assevera porque, apesar dos inúmeros pontos de contato, os quais são extraídos do conceito acima transcrito, distinguem-se entre si referidos atos administrativos nos se-

¹⁸ *Elementos de Direito Administrativo*, 2.ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a CF de 1988, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 90.

¹⁹ Externado esse conceito, esclarece o seu autor que alguma hipótese excepcional pode haver, na qual a Constituição, de maneira inteiramente vinculada, regule dado comportamento administrativo obrigatório; averbando, em seguida, que nesses casos, então, existirá ato administrativo imediatamente infracoconstitucional.

²⁰ *Id. ibid.*, p. 91.

guintes aspectos: a) quanto à proteção judicial — enquanto o ato administrativo em sentido estrito é atacável em juízo, o regulamento não o é, salvo se de efeitos concretos, hipótese em que se iguala àquele; b) quanto à irretroatividade — o regulamento não pode retroagir, salvo se expressamente admitido, tal qual ocorre com a lei, ao passo que o ato administrativo concreto, via de regra, pode retroagir; c) quanto à hierarquia — segundo o escalonamento hierárquico, o regulamento tem precedência sobre o ato administrativo em sentido estrito (este último poderá, se o caso, disciplinar concretamente uma relação mais abstratamente posta pelo primeiro); d) quanto aos efeitos — produz o regulamento efeitos gerais, enquanto que o ato administrativo *stricto sensu* gera efeitos individuais; e) quanto ao conteúdo — o do regulamento é abstrato e o do ato administrativo em sentido estrito é concreto; f) quanto à publicidade — como a lei, o regulamento não prescinde de publicidade para possuir eficácia, ao passo que o ato administrativo individual exige ciência daquele a que se dirige para surtir eficácia; etc.

Mas, apesar das citadas distinções, evidente está que não se apresentam elas suficientes para apartar os atos administrativos regulamentares daqueles de efeitos individuais e conteúdo concreto, ou seja, os atos administrativos em sentido estrito. Ambas as classes de atos, pois, sujeitam-se aos *princípios fundamentais do regime jurídico administrativo*, quais sejam, a integral submissão à lei ²¹, o constituir atividade complementar da lei, buscando emprestar um maior grau de concreção aos seus comandos abstratos, assim como o ser expedido por órgão estatal que também se apresente como parte na relação disciplinada pelo próprio ato administrativo.

4. Aspectos gerais do regulamento

Neste tópico, importa declinar, pretende-se tratar basicamente de dois aspectos do regulamento: a sua relação com o decreto e as suas possíveis classificações.

4.1. Decreto e regulamento

Apesar de alguns se utilizarem indistintamente dos vocábulos *decreto* e *regulamento* para designar uma mesma coisa, claro está que essas locuções encerram significados distintos.

Entretanto, apesar dessa imprecisão terminológica por parte de alguns, pacífico se tem que, enquanto a expressão *regulamento* significa o conteúdo de uma determinada classe de atos administrativos, a palavra *decreto* designa a forma desse e de outros tipos de atos administrativos.

Destarte, considerando-se o teor do art. 84, IV, da Lei Fundamental, tem-se que o decreto ali referido consiste na designação, de forma genérica, de qualquer ato administrativo de competência privativa do Presidente da

²¹ Adverte-se, com lastro na lição reproduzida na nota 19, que por vezes tal submissão poderá ser imediatamente a própria Constituição.

República. O decreto, por conseguinte, é o instrumento expedido pelo chefe do Executivo (de qualquer uma das pessoas jurídicas com capacidade política da federação) para veicular os atos de sua exclusiva competência. Já o regulamento, conforme acima enunciado, constitui-se num dos diversos conteúdos do decreto, compreendendo normas gerais e abstradas complementares da lei, que visam à sua execução.

Em suma: tocantemente ao ato administrativo, o decreto é um de seus instrumentos, uma das formas pelo qual é externado, ao passo que o regulamento é um dos seus eventuais conteúdos.

4.2. *Classificações do regulamento*

Como todo objeto de estudo, o regulamento é suscetível de ser classificado tendo em conta algum de seus aspectos.

Uma das referidas classificações do regulamento é aquela fornecida pelos *estudiosos italianos* e que leva em conta a relação existente entre o regulamento e a lei. Embasados nesse pressuposto, classificam-no em *executivos*, *delegados*, *autônomos* e de *necessidade*. Os regulamentos executivos visam à melhor aplicação da lei. Os delegados, mediante expressa autorização legislativa, buscam completá-la relativamente ao objeto autorizado. Os regulamentos autônomos prestam-se ao preenchimento das omissões legislativas. Por fim, os de necessidade são os editados excepcionalmente em casos de notada urgência, mesmo que conflitando com as leis preexistentes.

A *doutrina germânica*, à sua vez, classifica os regulamentos, quanto ao conteúdo jurídico que encerram, em *jurídicos* e *administrativos*. Segundo essa concepção, os regulamentos jurídicos (*rechtsverordnungen*) são aqueles que estabelecem aos administrados regras externas e obrigatórias, ao passo que dos regulamentos administrativos (*verwaltungsverordnungen*) emanam apenas preceitos fixadores da organização e dos serviços internos da administração pública, dirigindo-se, por consequência, tão-somente aos funcionários desta última²².

No *sistema jurídico espanhol*, conforme se observa da lição de GARRIDO FALLA²³, são admitidas, sob o ponto de vista de seu conteúdo, duas classes de regulamentos: os *executivos* e os *independentes*. Aqueles ditados para o desenvolvimento de uma lei anterior, e estes últimos ditados sem a preexistência de tal lei, com o mesmo fito dos regulamentos administrativos alemães, assim como para regular o exercício de poderes discricionários conferidos à Administração.

A *doutrina argentina*, como outras tantas, e consoante os escólios de RAFAEL BIELSA e JOSÉ ROBERTO DROMI, adota o modelo propug-

²² Sobre as classificações formuladas entre os italianos e os alemães, seguiu-se a exposição de FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, pp. 268-9, nota de rodapé n.º 50.

²³ Ob. cit., pp. 269-70.

nado pelos estudiosos italianos, ou seja, aquele que individualiza os regulamentos de acordo com seu conteúdo e segundo a sua vinculação com a lei²⁴.

Entre nós, também seguindo o modelo italiano e apresentando valiosos ensinamentos, que, por isso mesmo, acabam por exigir integral reprodução, tem-se OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO classificando os atos administrativos regulamentares em *executivos*, ou, de *execução, autorizados* ou *delegados*, e *independentes* ou *autônomos*. Os executivos, segundo o ilustre administrativista, constituem os regulamentos que contêm normas orgânicas e processuais destinadas a colocar em execução os princípios institucionais estabelecidos pela norma legal; assim, desenvolvem as leis, buscando tão-só a sua aplicação, conformando-as, quanto à sua execução, às peculiaridades locais e temporais. Os regulamentos autorizados ou delegados, por sua vez, são os resultantes de habilitação legislativa conferida por lei, para o Executivo regular determinada matéria nos exatos termos e limites em que autorizado pela lei habilitante. Finalmente, os regulamentos independentes ou autônomos são aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício da prerrogativa de legislar conferida pelo sistema constitucional a esse órgão estatal, em matérias não reservadas ao Legislativo; esse tipo de regulamento, na dicção do referido mestre, "enfeixa faculdade regulamentar *praeter legem* e mesmo *contra legem* para regular qualquer matéria que constitucionalmente não tenha sido reservada aos órgãos legislativos, pertinentes às relações do Estado-Poder com terceiros", assim como, no respeitante à área de sua regulamentação, subdivide-se em três espécies, a saber: a) *orgânicos* — são aqueles através dos quais o Chefe do Executivo disciplina acerca da organização das unidades administrativas; b) *regimentais* — são os predispostos a regular o funcionamento interno dessas mesmas unidades administrativas, bem como o modo de sua utilização pelos administrados; c) *policiais* — são aqueles editados com o fim de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos. Por fim, necessário é registrar que, não obstante exposta essa classificação pelo eminente autor, é de seu entendimento que no ordenamento pátrio, sob a égide da Carta de 1967, com a redação imposta pela Emenda Constitucional nº 1/69, somente são admitidos os regulamentos externos executivos, *secundum legem*, e os regulamentos externos autorizados ou delegados, *intra legem*²⁵.

Por outro lado, admitindo, sob a égide da Constituição precedente, a existência, entre nós, tanto dos regulamentos de *execução*, como dos *autônomos*, DIÓGENES GASPARINI, em percuciente estudo acerca dessa matéria, classifica-os sob diversos aspectos. Assim, conforme esse autor, segundo os

24 RAFAEL BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 1ª ed., 1ª reimpr., Buenos Aires, Depalma, 1966, pp. 140-43; JOSÉ ROBERTO DROMI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 350-57.

25 Ob. cit., pp. 342 e segs.

destinatários que visam atingir, podem os regulamentos ser classificados em gerais e especiais. Com relação à abrangência de seus efeitos, classifica-os o autor em nacionais e regionais. Já em relação à lei, classifica os regulamentos, tal qual a sobredita doutrina italiana. E por último, no respeitante às entidades que os editem, classifica os regulamentos em federais, estaduais e municipais²⁶.

De forma diversa, no entanto, posiciona-se GERALDO ATALIBA²⁷, para quem o nosso sistema normativo somente admite a modalidade de regulamento *executivo*, ou de *execução*.

À sua vez, HELY LOPES MEIRELLES admite, já em face do sistema constitucional inaugurado em 1988, duas classes de regulamentos: os de *execução* e os *autônomos* ou *independentes*²⁸.

Aclare-se que, sem embargo das demais classificações ora trazidas a lume, tem-se como a mais conveniente e funcional ao desenvolvimento do presente estudo aquela que classifica os regulamentos, no respeitante à sua relação com a lei, em executivos ou de execução, independentes ou autônomos, delegados ou autorizados e de necessidade ou de urgência. Essa classificação, convém anotar, se demonstra mais útil que as demais exatamente por sua universalidade, já que, além do enfoque a que se propõe, acaba por reunir todas as modalidades regulamentares positivadas nos mais diversos sistemas constitucionais estrangeiros.

Assim se afirma no concernente à funcionalidade ou utilidade dessa classificação, pois, conforme adiante se procurará demonstrar, sustenta-se que o nosso atual sistema constitucional não agasalha senão o regulamento de execução.

Aliás, vale frisar que, desse entendimento da só admissibilidade entre nós do regulamento executivo em face do estabelecido pelo nosso sistema constitucional (mormente o ditado pelo art. 84, IV, da CF), resulta que quaisquer outras modalidades regulamentares baseadas no critério de relação mantida com a lei, tal qual a proposição italiana, somente se apresenta plausível no plano da Ciência do Direito, já que no plano do objeto desta — o Direito positivo brasileiro — simplesmente inexistem. Assim, quando se fizer a elas referência, estar-se-á sim cogitando delas naquele primeiro plano e nunca no último.

5. O regulamento no Direito brasileiro

Assentadosos principais aspectos do regulamento, impende que se parta efetivamente para a análise dessa modalidade de ato administrativo, nos termos em que configurada em nosso ordenamento jurídico.

26 Ob. cit., pp. 41-3.

27 Decreto... cit., p. 32

28 *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed. atual, pela Constituição de 1988, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 107.

5.1. *O regulamento nos diversos sistemas constitucionais pátrios*

É de inafastável importância a todo estudo que se proceda acerca de qualquer instituto da Ciência do Direito que se investigue a sua evolução histórico-jurídica. Nesse sentido, a propósito, são as ponderações de THEODOR STERNBERG²⁹: "El que quiera hacer Derecho sin Historia, no es un jurista, nin siquiera un utopista; no traera a la vida espíritu de ordenación social consciente, sino mero desorden y destrucción"

De se verificar, então, mesmo que superficialmente, como conformado o regulamento nos diversos Textos Constitucionais em que positivado.

Antes, porém, extremamente conveniente se faz fazer algumas poucas considerações sobre a sua etiologia.

O regulamento, sem margem a dúvidas, advém etiológicamente da concentração de todas as funções do Estado exclusivamente nas mãos de uma só pessoa, o monarca. Trata-se, pois, de uma competência que sobejou ao referido soberano, com a atribuição das competências legislativas e judiciais a órgãos estatais específicos, em decorrência da institucionalização da teoria da tripartição das funções estatais. Assim, nesse contexto, passou o Executivo a necessitar de um instrumento apto a dar maior concreção aos comandos da lei, do que resultou a faculdade, ou melhor, a atribuição regulamentar.

Pois bem, de se ver agora como plasmado o regulamento nos diversos sistemas constitucionais pátrios.

A Constituição Imperial de 1824 estabelecia, em seu artigo 102, item 12, que o Imperador era o chefe do Poder Executivo, sendo que, dentre as suas principais atribuições, encontrava-se a de expedição de decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis.

A primeira Lei Fundamental Republicana, de 1891, a seu turno, previa, no seu artigo 48, item 1º, a competência privativa do Presidente da República de "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para a sua fiel execução". Note-se, pois, que continuou o Chefe do Poder Executivo, agora o Presidente da República, a deter privativamente a competência regulamentar.

Sob a égide da Carta Política de 1934, não foi diferente, visto que assim dispunha o item 1º do seu artigo 56: "Compete privativamente ao Presidente da República (...) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução".

Outorgada a Carta Magna de 1937, quedou a matéria disciplinada de forma diversa e pouco mais detalhada. Destarte, do regulamento cuidavam dois dispositivos, quais sejam, os artigos 11 e 74, letra a. O primeiro dispositivo citado era assim redigido: "A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princí-

²⁹ *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. Jose Rovira y Ermengol, 2. ed., Barcelona: Labor, 1930, p. 32, apud MARIA HELENA DINIZ, *Normas Constitucionais e seus Efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 1

pios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos complementares." Já o segundo dispositivo mencionado assemelhava-se às disposições dos sistemas pretéritos, pois previa a competência privativa do Chefe do Executivo tocantemente à expedição de decretos e regulamentos para a execução das leis.

Com a promulgação do Estatuto Supremo de 1946, voltou a matéria a ser objeto de sua já, por assim dizer, tradicional forma de estatuição: isso porque, segundo o inciso I do artigo 87 desse texto, as atribuições de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem assim os regulamentos para a fiel execução daquelas, restou enfeixada dentre as competências privativas do Presidente da República.

Por fim, no Código Fundamental de 1967, com a redação imposta pela Emenda Constitucional nº 1/69, manteve-se a aludida tradição no respeitante à atribuição regulamentar, uma vez que o artigo 81, inciso III, dessa Carta também cometia competência privativa ao Presidente da República para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, assim como para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução daquelas.

Desse breve esboço, evidente ficam os seguintes traços do regulamento sob uma perspectiva histórico-constitucional: sempre foi ele compreendido no plexo das atividades administrativas do Estado como uma das competências privativas do Chefe do Executivo, tendo por finalidade exclusiva a fiel execução das leis. Mais do que isso, também se pode concluir que tradicionalmente sempre esteve o regulamento marcado pela sua integral subordinação à lei.

5.2. *Fundamento constitucional do regulamento*

O atual fundamento constitucional da atribuição regulamentar é encontrado no já citado artigo 84, inciso IV, da Constituição de 1988. Segundo esse dispositivo, dentre as diversas competências privativas outorgadas ao Presidente da República, depara-se com a de "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

Da redação desse preceptivo, óbvio está que o constituinte de 1988 pautou-se por manter no atual Texto Fundamental as mesmas características do regulamento previstas nas Constituições precedentes. Nesse passo, portanto, além das outras características já acima consideradas, continua o regulamento a existir entre nós tão-somente na hipótese de subordinado à lei, ou seja, não há fundamento em nosso ordenamento para a atribuição regulamentar que não integralmente submetida à lei.

Patente, por conseguinte, que, no sistema brasileiro, o regulamento apenas encontra guarida para garantir a fiel execução da lei, falecendo, em consequência, suporte normativo para a verificação de regulamentos *praeter, extra, ultra* ou *contra legem*.

5.3. *Princípios constitucionais que se relacionam com a atribuição regulamentar*

Nada obstante o fato do preceituado na segunda parte do inciso IV do artigo 84 da *Lex Maxima* já muito bem delimitar a atividade regulamentar em nosso ordenamento jurídico, de forma a rechaçar a possibilidade até mesmo de cogitação do cabimento de outra classe de regulamento entre nós que não a dos subordinados ou de execução, certo é que outros preceitos constitucionais existem que, face a seu conteúdo, corroboram essa afirmação.

Assim, reforçando dita submissão à lei dos atos administrativos — aí também obviamente se incluindo o regulamento —, possível é citar o artigo 1º da Constituição Federal, uma vez que o seu *caput* deixa claro que a nossa República constitui um Estado Democrático de Direito. Ora, se vige entre nós o Estado de Direito, ou seja, aquele que, na lição de BALLADORE PALLIERI³⁰, “se submete à lei e à jurisdição independente e imparcial”, para logo fica clara a inviabilidade de se admitir no Direito brasileiro qualquer espécie regulamentar que não aquela submetida à lei.

Nesse sentido, averba MICHEL STASSINOPOULOS que “em um Estado de direito (*sic*), a administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas está obrigada a agir sempre *secundum legem*”³¹.

Como corolário da adoção do Estado de direito, a Constituição traz estampado em seu artigo 5º, inciso II, o *princípio da legalidade*. Segundo esse preceptivo, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Somente a lei, de conseguinte, é espécie normativa apta a inovar a ordem jurídica primária e originariamente, criando obrigações e direitos. A nenhuma outra atividade estatal, nessas condições, tal é permitido: elas devem, sim, desenvolver-se sob a lei, subsidiária ou complementarmente, conforme o caso.

Note-se que o artigo 37 do Texto Magno realça essa sujeição da Administração ao princípio da legalidade, ao esclarecer o seguinte: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...)”.

No que respeita especificamente à administração, evidente está que do sobredito princípio exsurge inelutavelmente a integral vinculação da atividade por ela desenvolvida à lei. A propósito alumiuo HELY LOPES MEIRELLES que, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”³². E, complementando essa assertiva, impossível é olvidar a lição de CIRNE

³⁰ *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, p. 85, apud *Poder Regulamentar...*, cit., p. 185.

³¹ Ob. cit., p. 69.

³² Ob. cit., p. 78.

LIMA, que assim pontificou: "Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário — do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado"³³.

Desse modo, toda atividade administrativa que extrapolar esse limite principiológico, dele fazendo tábula rasa, estará fadada a ser categorizada como inválida, por não adequada às exigências normativas. Daí, dentre outros aspectos, caberá ao Legislativo, *ex vi* do artigo 49, inciso V, da Magna Lei, sustar esse ato, já que *exorbitante do poder regulamentar*.

Essa especial submissão da Administração ao princípio em comento não passou ao largo da melhor doutrina, que emitiu lições de singular valor acerca da matéria. Nesse sentido, de FRITZ FLEINER é o seguinte esclarecimento: "Administração legal significa então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições"³⁴. Igualmente esclarecedora é a lição de OTTO MAYER, que, ao conceituar a função administrativa, dizia ser ela a satisfação dos fins do Estado sob a lei³⁵. Entre nós, lapidar é o magistério de SEABRA FAGUNDES, para quem "administrar é aplicar a lei de ofício"³⁶. Ainda acerca dessa subordinação à lei, especial destaque merece o escólio de ALESSI³⁷, que, com sua inegável autoridade, averbou: "Tal subordinación, que concreta el principio de la necesaria *legalidad* de la actividad administrativa, se entiende en *sentido negativo*, es decir, en el sentido de que la actividad administrativa encuentra um límite formalmente insuperable em la ley, la cual puede establecer prohibiciones a determinadas actividades, tanto en lo que concierne a las *finalidades* a alcanzar, como en lo que se refiere a los medios y *formas* a seguir para ello. Pero se entiende también, y sobre todo, em sentido *positivo*, y ello no solamente en el sentido de que la ley puede vincular positivamente la actividad administrativa a determinadas finalidades o a determinados medios o formas, sino también en el sentido de que (...) la Administración sólo puede hacer *aquello que la ley permite*".

Isso tudo considerado implica, de forma incontestável, fato de que inexistente atividade administrativa que não pautada pela lei. A já tão repisada subordinação da ação administrativa à norma legal insculpida no princípio da legalidade administrativa condiciona e conforma, pois, inafastavelmente dita ação, de sorte que, ao ser considerada conjuntamente com o conteúdo do artigo 84, inciso IV, da CF, tem-se uma vez mais confirmada a tão-só admissibilidade da modalidade regulamentar de execução, visto que é a única que, dentre aquelas classificadas quanto à relação do regulamento com a lei, se tipifica como *intra legem*,

33 *Princípios de Direito Administrativo*, 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 22.

34 *Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1993, p. 87, apud CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos*, p. 27.

36 *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 4-5.

37 *Ob. cit.*, p. 12.

Outro princípio constitucional que amolda a atividade regulamentar é o da *indelegabilidade de atribuições*. Dito princípio, que na Carta precedente encontrava-se gravado no parágrafo único do artigo 6º — “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro” —, não foi reproduzido pelo legislador constituinte de 1988 no atual Texto Magno. No entanto, tem-se por certo que esse princípio ainda vige entre nós, mesmo que de forma não expressa. Isso porque, impende considerar, implica ele uma consequência lógica da adoção do *princípio da tripartição das funções estatais* (CF, art. 2º). De nada valeria, para o alcance dos fins propugnados por MONTESQUIEU, como, por exemplo, a tentativa de erradicação do abuso do poder, através do controle de um órgão pelo outro, que não se observassem as competências específicas de cada órgão de exercício do poder, ou que elas, ao talante dos membros desses órgãos e a pretexto de toda sorte de motivos e conveniências, fossem livremente distribuídas ou emprestadas entre si pelos “poderes”. Por certo não foi essa a *voluntas constitutiones*. Destarte, a falta de previsão expressa da indelegabilidade de atribuições não se constitui num “cheque em branco” para a livre delegação de “poderes”; esta, pois, ante a conformação do nosso sistema constitucional, e em especial ante o princípio acima nominado, só poderá ter existência em uma única hipótese, qual seja, em ocorrendo expressa previsão. No mais, persiste vedada a delegação de atribuição de um órgão do poder para outro. Aliás, interessa referir que, como também divisado no sistema constitucional antecedente, subsiste somente uma exceção ao princípio em apreço: a lei delegada (CF, art. 68).

Então, por derivação ao princípio da indelegabilidade das funções, para logo se percebe que difícil é pretender sustentar a existência dos já mencionados regulamentos delegados em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, no que tange aos princípios constitucionais que, de uma forma ou outra, acabam conformando a atribuição regulamentar, pode-se citar ainda aquele contido no *caput* do artigo 48 da *Magna Lex*. Reza esse versículo que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, *inexigível esta para o circunstanciado nos artigos 49, 51 e 52 (respectivamente, as atribuições privativas do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado)*, dispor sobre todas as matérias de competência da União.

Ora, extrai-se daí, com luminar clareza, que ao Legislativo, e tão apenas a esse órgão estatal, incumbe legislar acerca de todas as matérias de competência da União. Se assim é, óbvio está que *nem existe entre nós, diversamente do observado em alguns sistemas constitucionais estrangeiros, razão para se falar em reserva legal e reserva regulamentar*. Todas as matérias, pois, são expressamente reservadas ao Legislativo, que as desenvolverá através de seu ato típico, a lei. Só a essa é dado inovar originariamente a ordem jurídica; a nenhum outro tipo de ato mais.

Disso resulta, então, que também ficam afastadas de nosso sistema jurídico as modalidades de regulamento denominadas independente ou autônoma e de necessidade ou de urgência.

5.4. *Modalidade regulamentar admitida em nosso ordenamento*

À vista do exposto no item precedente, pacífico é de se concluir que, à luz do sistema constitucional pátrio, mediante a combinação do estatuído no artigo 84, IV, do Texto Maior (previsão da atribuição regulamentar) com os artigos 1º, *caput* (estabelecimento do Estado de direito), 2º (princípio da tripartição do exercício das funções estatais e, obliquamente, da indelegabilidade das atribuições), 5º, II, e 37, *caput* (princípio da legalidade), e 48, *caput* (princípio do monopólio da atividade legislativa), há incontestável impossibilidade de serem expedidos decretos delegados ou autorizados, independentes ou autônomos e de urgência.

Assim, claro resta que o único modal regulamentar passível de cogitação em nosso ordenamento jurídico é o subordinado ou de execução, visto que só ele, vale repisar, guarda conformidade com os princípios acima enunciados.

6. *Regulamento delegado ou autorizado*

Apesar de se rejeitar a existência de regulamentos delegados ou autorizados no Direito brasileiro, conveniente se faz a abertura desse tópico, a fim de emitir algumas considerações sobre essa espécie regulamentar, assim como para tecer umas poucas críticas a determinadas doutrinas que pugnam, ou pugnam, pela sua existência entre nós.

Subsumem-se a essa espécie regulamentar "aqueles emanados pelo Executivo, em razão de habilitação legislativa, que lhe é conferida pelo Legislativo, porém nos termos dessa determinação de competência, para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita o seu âmbito a respeito"³⁸.

Como bem observou MÁRCIO CAMMAROSANO³⁹, a questão da admissibilidade ou não dessa classe de regulamentos em nosso sistema jurídico envolve, além do aspecto jurídico, o terminológico.

Assim é que, sob a perspectiva jurídica, de acordo com o já divisado, não encontra tal espécie regulamentar qualquer fundamento apto na Lei Maior a ensejar a sua aceitabilidade entre nós. Mas é sob a outra perspectiva aventada pelo administrativista que se nota a perspicácia de sua proposição. Com efeito, a denominação "regulamento delegado" enfeixa invencível impropriedade terminológica, porquanto acaba por sugerir que tal modal regulamentar seja delegado ao Executivo pelo Legislativo. Todavia, óbvio está que impossível seria uma conclusão de tal jaez, uma vez que não poderia o Legislativo delegar atribuição que não detém, isto é, que não lhe foi originariamente conferida.

38 Cf. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 346.

39 "Regulamentos", *RDP* 51-52: 131-32, jul./dez. 1979.

Ora, comezinho é que a faculdade regulamentar é própria do Executivo, erigindo-se, por isso mesmo, nos diversos sistemas constitucionais (quer pátrios, quer estrangeiros) como uma competência privativa do chefe desse órgão de exercício do poder. Doutra feita, também se apresenta inquestionável que não é (e nem poderia ser) a competência regulamentar que *in casu* constitui objeto da delegação, mas sim determinada matéria de atribuição legislativa, que, mediante lei de habilitação, é autorizada ao Executivo disciplinar. Observados, é claro, os limites prefixados na citada lei. Destarte, o insinuado pela denominação em apreço efetivamente não condiz com o real significado da aludida modalidade regulamentar; daí, importa repisar, a inicialmente mencionada invencível impropriedade terminológica que encerra o termo "regulamento delegado".

Pois bem, consoante já se averbou, somente seria admissível a expedição de regulamentos delegados ou autorizados no Direito brasileiro caso houvesse permissivo constitucional expresso nesse sentido. Contudo, como inexiste tal previsão, infundada é qualquer pretensão tendente a reconhecer a sua presença entre nós. Não obstante, é cediço que alguns autores muito já insistiram em afirmá-los plausíveis em nosso sistema jurídico. Talvez, supõe-se, influenciados pelas excelentes lições proferidas pela doutrina estrangeira, mas sem a devida cautela de considerar que foram elas emitidas em países cujas Constituições deram guarida a dita modalidade regulamentar

Isso considerado, sabe-se, por exemplo, que na Itália o regulamento delegado ou autorizado é admitido, assim como não é fato desconhecido que os estudiosos de lá, como de hábito, sobre a matéria expenderam magníficos comentários. Contudo, essas lições foram lançadas com base em fundamento fornecido pelo artigo 77 da Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que assim dispõe: "Il Governo può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria".

Mas, incontroverso é que essas lições, apesar do seu inegável valor, não podem servir de fundamento para se sustentar esse tipo de regulamento em nosso Direito, já que constituem "metalinguagem" de uma linguagem objetiva específica (o Direito positivo italiano), e, portanto, diversa daquela a que deveria necessariamente se referir (o nosso Direito positivo). Assim se assevera, pois, a simples transposição de uma metalinguagem estrangeira (doutrina) para o nosso sistema jurídico, com a finalidade de tentar justificar ou explicar determinado fato pertinente a esse último ordenamento, remanescer impréstável no mais das vezes, já que aquela metalinguagem está a se referir a uma norma de seu próprio sistema jurídico positivado e não do brasileiro. Daí, pois, a necessidade de extrema cautela em tais transposições, sob pena de se construírem proposições falazes.

Em síntese: qualquer estudo que se externe com base em lições estrangeiras, acolhendo o regulamento delegado em nosso ordenamento, obviamente

estará fadado à imprestabilidade, porquanto o nosso sistema constitucional é claríssimo ao vedá-lo.

De modo diverso, SÉRGIO FERRAZ entende como exemplo de regulamento delegado entre nós a "normatividade que o Supremo Tribunal Federal dite, quanto ao processo e julgamento dos feitos que lhe sejam encaminhados"⁴⁰. Embora respeito mereça essa posição, ousa-se divergir do ilustre publicista, posto que se crê não caracterizar essa hipótese regulamento delegado nos moldes em que entendido pela melhor doutrina. E isso porque não se está diante de nenhuma delegação de matéria específica; e mesmo se desconsiderado esse fato, para hipoteticamente admitir que houvesse alguma delegação, ainda assim não se entenderia presente regulamentação delegada alguma, pois deveria ser esta, ao menos em princípio, privativa do Chefe do Executivo e, portanto, não exercitável por qualquer outro "poder": ao menos em tese, a faculdade regulamentar, sob o ponto de vista etiológico, e no referente a qualquer uma de suas modalidades, constitui prerrogativa exclusiva do Executivo. Também divergindo do entendimento externado por SÉRGIO FERRAZ, tem-se LUCIANO FERREIRA LEITE, que assim se manifesta: "Dissentimos do ilustre mestre, porque entendemos que a normatividade do Supremo Tribunal Federal não decorre de ato administrativo regulamentar. A normatividade, emanada do Excelso Pretório, decorre de seu Regimento Interno, não se inserindo, portanto, no âmbito da competência regulamentar deferida exclusivamente ao Presidente da República, Governadores e Prefeitos".⁴¹

7. *Regulamento autônomo ou independente*

Como no item anterior desta monografia, mesmo não se admitindo a acolhida do regulamento acima nominado em nosso Direito, reputa-se conveniente abrir o presente tópico, a fim de sobre esse modal regulamentar tecer algumas poucas ponderações.

Conforme está a indicar a própria denominação dessa espécie regulamentar, caracterizam-se esses regulamentos por um vínculo de independência e autonomia a algo. Essa relação, pois, se dá em face da lei: é dela que são independentes e autônomos. Não se subordinam a ela, portanto. Segue daí que se têm entendido sejam tais regulamentos aqueles expedidos pelo Executivo, em decorrência de competência que lhe é atribuída constitucionalmente, para o fim de disciplinar primariamente matérias estabelecidas no próprio texto constitucional.

Recorrendo-se uma vez mais ao magistério de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, tem-se que os ora tratados regulamentos "são verdadeiras leis, e assim chamados tão-somente porque emanados pelo Poder Executivo, pois não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária,

40 *Três Estudos de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais 1977, p. 122.

41 *Ob. cit.*, p. 49.

mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional”⁴².

Com efeito, para logo se denota que, materialmente, os regulamentos autônomos (ou independentes) constituem de fato efetivas leis baixadas pelo Executivo, porquanto decorrem diretamente do Texto Constitucional suas específicas competências normativas e sobre as respectivas matérias dispõem primariamente, inovando a ordem jurídica, tal qual as leis.

Baseada nessa repartição de competência normativa entre o regulamento e a lei ditada por algumas Constituições é que a doutrina estrangeira cunhou as expressões “reserva regulamentar” e “reserva legal”. A primeira para designar as matérias que ficam circunscritas à atividade legislativa do Executivo, enquanto a segunda, de igual modo, relativamente ao Poder Legislativo.

Exemplo comumente citado a respeito da aludida repartição de competência normativa entre a lei e o regulamento é o observado no ordenamento francês, pois a sua Constituição de 1958 (com a atualização de 1983), a par de enunciar, em seu artigo 34, as matérias de competência legiferante do Parlamento, traz, entalhado em seu artigo 37, que “as outras matérias, fora do domínio da lei, terão caráter regulamentar”. Quanto à competência para editar os pertinentes regulamentos, vem ela estampada no artigo 21 do mesmo texto, que deixa claro caber ao Chefe de Governo. Assim, nota-se, do aqui exposto, que no sistema francês há a “reserva regulamentar”, a qual, no entanto, se dá de forma residual.

Em nosso sistema jurídico, diferentemente, afigura-se incorreto pretender defender a existência de tal espécie de regulamento. Afirmar-se presentes os regulamentos autônomos em face do contido em nossa Constituição é, no mínimo, ignorar a existência do preceituado no artigo 84, IV, que tão apenas prevê o regulamento subordinado à lei, com a finalidade específica de lhe emprestar fiel execução. Além disso, pode-se dizer que vige entre nós unicamente o princípio do “monopólio da atividade legislativa” (CF, art. 48), pois todas as matérias devem submeter-se ao tratamento legal (frise-se, todavia, que exceções há). Não bastassem esses dois óbices a tal pretensão, existe ainda o princípio da legalidade administrativa, que, consoante já se viu, se encontra enraizado no inciso II do artigo 5º da atual Constituição.

Nada obstante se repelir essa classe de regulamentos do nosso sistema jurídico-positivo, mister se faz citar que alguns de nossos doutrinadores a ela dão guarida.

É, por exemplo, o caso de HELY LOPES MEIRELLES⁴³, que, além de acolher os regulamentos subordinados ou de execução, também entende possível a expedição de “decretos autônomos” sobre matérias ocorrentes na prática administrativa que ainda não hajam sido disciplinadas por lei. Essa faculdade de suprir, com normas próprias, as omissões do legislador, segundo

42 Ob. cit., p. 543.

43 Ob. cit., pp. 106-7.

o referido autor, repousaria no poder de chefear a administração outorgado ao Chefe do Executivo.

Com lastro no já exposto, é possível se atrever a rejeitar esse posicionamento, pois, apesar de se concordar que o fundamento político do poder regulamentar resulte dessa citada condição, não se entende admissível, em hipótese alguma, que o Executivo usurpe do Legislativo a sua primordial e exclusiva missão, qual seja a de legislar. Demais disso, certo é que, em havendo uma eventual omissão legislativa, poderá o Executivo se valer de outros instrumentos colocados à sua disposição como, por exemplo, em sendo o caso, a utilização da prerrogativa de iniciar o processo legislativo, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 61 do Código Fundamental. Não há, pois, como se preencher um vazio legal mediante a expedição de um ato administrativo.

DIÓGENES GASPARINI, sob a égide da Lei Maior antedecente, também proclamava o cabimento do regulamento autônomo ou independente. Para ele, consoante se observa de seu animoso estudo⁴⁴, “uma competência extraordinária, outorgada diretamente pela Constituição ao Presidente da República”, é que constitui suporte autorizador para a edição desse modal regulamentar em nosso sistema. Como exemplos dessas competências extraordinárias diretamente hauridas da Carta de 1967, com a redação imposta pela EC nº 1/69, cita o autor, entre outras, as seguintes: a) competência para decretar a intervenção (art. 11); b) competência para o Presidente da República dispor privativamente sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração Federal (art. 81, V); c) competência privativa do Chefe do Executivo para prover e extinguir os cargos públicos federais (art. 81, VII); d) competência privativa do Presidente da República para decretar o estado de sítio (art. 81, XVI); e) competência exclusiva do Chefe do Executivo Federal para declarar a desnecessidade de cargo público (art. 100, parágrafo único)⁴⁵.

Do elencado, fácil é se perceber ao menos duas situações distintas: a) a competência oriunda do inciso V do artigo 81 da *Lex Major* precedente (estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração Federal) encerra o que se convencionou doutrinamente denominar de “regulamento de organização”; b) as demais competências enfeixam atos que se desenvolvem em nível imediatamente infraconstitucional e, excepcionalmente, portanto, sem se subordinar à lei.

Dissente-se, contudo, do referido mestre no respeitante às duas situações. Ambas se demonstram inaptas a abarcar o regulamento do tipo autônomo em nosso ordenamento.

Na primeira hipótese — estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração Federal — não se vislumbra autonomia ou indepen-

44 Ob. cit., pp. 132 e segs.

45 Além dessas hipóteses, são também referidas as constantes dos artigos 8º, XV, a, b, c e d, 21, I, *in fine*, e 81, XV e XXII.

dência alguma em relação à lei; a disposição acerca disso, por certo, deriva de lei, isto é, da norma que criou os respectivos órgãos. Não há, pois, como o Chefe do Executivo dispor sobre tal sem essa lei prévia. Destante, pressuposta a existência de lei e à vista da atribuição privativa ora em apreço (cujá redação foi repetida na atual *Lex Legum*, em seu artigo 84, VI, mas lhe acrescentando, importa mencionar, que tal se daria *na forma da lei*), os decretos expedidos com o referido conteúdo têm, sim, caráter regulamentar⁴⁶.

Com relação às demais situações arroladas pelo citado autor, apesar de se entender que as hipóteses enumeradas constituam classe especial de ato administrativo, não se crê possível querer rotular o por elas enunciado de regulamentos autônomos ou independentes; a bem da verdade, nem conteúdo regulamentar nelas se vislumbra, para se poder concluir que constituam efetivos regulamentos. Com efeito, apartam-se inofismavelmente dos atos administrativos em sentido estrito, assim como dos normativos, que encerram os regulamentares, pois, ao invés de encontrarem fundamento na lei, obtêm-no diretamente da Constituição. Todavia, isso não parece bastante para se deixar de compreender tais hipóteses no âmbito da atividade administrativa. Trata-se, sim, de atos administrativos excepcionais ou *sui generis*, já que têm suporte diretamente no Texto Constitucional, mas que nem por isso deixam de ser compreensíveis no plexo das atividades administrativas. Por outro lado, não obstante o referido caráter de excepcionalidade que enfeixam, referidos atos não podem sequer ser classificados como regulamentos perante o nosso sistema jurídico, já que esse tão apenas admite os vocacionados para a fiel execução da lei. Dentre as hipóteses acima enumeradas, então, se tem outro tipo de ato administrativo, que se inclui no conceito de ato administrativo *lato sensu*, mas que não o regulamentar; são, é verdade, veiculados por decretos, já que esse é o instrumento pelo qual expede o Presidente da República os atos de sua privativa competência, mas, repita-se, não possuem conteúdo regulamentar. Por fim, há que se observar que a Constituição permite a expedição desses atos ante hipóteses excepcionais, porém de forma vinculada, ou seja, sem nenhuma margem de discricionariedade ao Administrador: as hipóteses vêm constitucionalmente postas de forma objetiva, de sorte a não permitirem um comportamento do Administrador marcado pela liberdade de decisão na escolha (apreciação subjetiva).

46 Em sentido semelhante é a sempre exata lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Administrativo...*, cit., p. 51, que, a par de recusar ao decreto regulamentar poder para criar, incondicionadamente, o órgão em sua inteireza e respectiva competência, também pontifica que "... dispor sobre estruturação e atribuições de órgãos (art. 81, V, citado) é algo que já pressupõe a existência dos órgãos. Logo, presume lei que os haja criado, pois na Carta Constitucional, salvo o art. 81, V, nenhum outro existe donde se pudessem extrair, em prol do Executivo, competências sobre a matéria". Na mesma linha, possível é também de se citar a lição de LUCIANO FERREIRA LEITE, ob. cit., p. 54, que assim se manifesta: "Na verdade o regulamento de organização e espécie do regulamento de execução, já que a criação do serviço depende de lei".

Em face do ora exposto, tem-se que os regulamentos autônomos ou independentes não encontram lugar em nosso sistema constitucional.

8. *Regulamento de urgência ou de necessidade*

Há presente essa espécie regulamentar quando o Chefe do Executivo se investe de uma competência legislativa para dispor sobre matérias reservadas ou não à lei, à vista de uma situação de fato gravíssima e urgente. Assim, em casos de guerra, calamidade pública, comoções internas graves etc., o Poder Executivo, acima da lei ou mesmo contra ela, e agindo em "legítima defesa da sociedade", usurpa do Legislativo a sua competência primordial de legislar, mas o faz com arrimo numa sua obrigação decorrente do princípio *salus populi suprema lex est*⁴⁷.

Para não se alongar desnecessariamente nesse item, desde logo se declina o entendimento de que tal não pode ser lido como um regulamento, pois, antes de se constituir em ato jurídico, é, incontrovertivelmente, um ato irregular (desde que não previsto no Direito positivo), cujos efeitos seriam nulos, já que carecedor de qualquer juridicidade.

Em nosso sistema jurídico, irrefragável é que não encontram esses "regulamentos" qualquer ressonância, mesmo porque as hipóteses que visariam regular (disciplinar) seriam perfeitamente regradas através de *medidas provisórias*, nos termos do estatuído pelo artigo 62 da Lei Maior, *ad litteram*: "Em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias". Aliás, de imediato se denota a similitude teleológica de ambas as espécies normativas.

9. *Regulamento executivo ou subordinado*

Como já visto, de acordo com o artigo 84, inciso IV, do Estatuto Supremo de 1988, compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos regulamentares para a fiel execução das leis. Por consequência, em nosso sistema jurídico, somente há substrato constitucional para a emissão de regulamentos inteiramente subordinados, submissos ou conformados à lei.

Essa inobjetável subordinação à lei encontra, pois, razão de ser na proteção aos indivíduos, pelo constituinte, através de um princípio basilar do nosso ordenamento: o *princípio da legalidade*. Dele deriva que os indivíduos só serão obrigados a fazer ou deixar de fazer alguma coisa mediante lei (art. 5º, II). Trata-se de uma inegável *garantia fundamental* conferida aos indivíduos pela Constituição. Só a lei, portanto, é instrumento normativo hábil a obrigar o indivíduo e a limitá-lo em seus mais básicos direitos (liberdade, propriedade etc.). Segue daí o porque da adoção entre nós do *princípio do primado legal*, reservando à lei a disciplina de todas as matérias (art. 48). Mas não é só esse princípio que com tal concorre, pois o princípio da legalidade resulta

47 Cf. DIÓGENES GASPARIAN, *ob. cit.*, pp. 78-9.

de uma trama maior. Embricam ainda a Lei Maior, nesse sentido, três outros dispositivos contendo princípios fundamentais, quais sejam a configuração da nossa República Federativa como um *Estado Democrático de Direito* (art. 1º, caput), o *princípio da tripartição das funções estatais* (art. 2º) e o *princípio da indelegabilidade de atribuições*. Ora, patente é que o mecanismo sugerido por MONTESQUIEU tinha por fim salvaguardar as liberdades individuais dos abusos, das arbitrariedades cometidas pelo monarca (hoje sucedido pelo Executivo) no exercício de seu poder absoluto; daí a criação de sua consagrada teoria reservando, por assim dizer, parcelas do poder a órgãos específicos, com o fito disso coibir. Assim é que se acolheu entre nós, como na maioria dos Estados democráticos, o aludido princípio na tripartição, através do qual cada órgão do poder exercita primordialmente uma função (e secundariamente outra, mas adstrita ao expressado pelo Texto Maior) de forma independente, porém harmônica com os demais órgãos. E para resguardar esse exercício da atividade estatal é que vem à tona o *princípio da indelegabilidade de atribuições*, que, mesmo radicado implicitamente na Constituição, veda a delegação de funções entre os órgãos do poder. É dessa formidável amarração principiológica realizada pelo constituinte de 1988 que se extrai o acima firmado, tocantemente à pretendida proteção à liberdade individual, no sentido de que somente mediante lei se poderá sobre ela dispor.

É em face dessa referida amarração principiológica que há de ser considerada a *competência regulamentar*. Note-se que foi tal a preocupação do constituinte que, sem desbordar dos princípios já referidos e de forma com eles harmônica, acabou por prever que essa atribuição, como toda a atividade administrativa (salvante poucas exceções expressas na Magna Carta), fosse exercitada tão-só *debaixo da lei*, visando à sua fiel execução. Ora, com isso afastou o referido legislador a possibilidade do Poder Executivo dispor acerca dos direitos individuais.

Em suma: claro resta que só ao regulamento de execução pretendeu o legislador constituinte dar acolhida em nosso sistema constitucional. Nenhuma outra modalidade regulamentar, como verificado no Direito estrangeiro, tem substrato lógico e jurídico para coexistir com aquela prevista no artigo 84, IV, da Constituição da República de 1988.

Isso considerado, importa que se trate, mesmo que perfunctoriamente, de alguns aspectos do regulamento.

Consoante o já divisado, a *competência para a emissão do regulamento subordinado* é privativa do Presidente da República. A razão dessa competência repousa exatamente na condição desse ser o Chefe da Administração Pública. Como o regulamento visa precipuamente a executar a lei para a sua aplicação pela máquina administrativa, logo acaba por ter como destinatários aqueles que estiverem subordinados hierarquicamente àquela autoridade. É precisamente esse poder hierárquico que "serve de principal explicação

e suporte para a faculdade regulamentar”⁴⁴, assim como, reflexamente, se presta a explicar a razão dessa competência privativa do Chefe do Executivo.

Todavia, entre os *destinatários* do regulamento não se encontram apenas os integrantes do aparelho administrativo, uma vez que tal ato também poderá operar efeitos extrínsecos aos órgãos administrativos, para atingir terceiros alheios ao serviço público, mas que, de uma forma ou outra, se relacionem com a máquina administrativa. É, por exemplo, o caso de um concessionário de serviço público, de um administrado interessado em uma providência qualquer do Poder Público etc. Nesses casos, e em inúmeros outros, submeter-se-á o terceiro às normas regulamentares. Advirta-se, no entanto, que somente em casos desse jaez é que o regulamento poderá atingir terceiros, pois, como já se aludiu, ante o prescrito no artigo 5º, inciso II, da Constituição, só à lei devem eles obediência.

Com relação ao *âmbito* do regulamento de execução, fica claro que consiste no do Poder Executivo. É nessa scara que produzirá efeitos, a fim de regular, de modo uniforme, a ação administrativa derivada da lei regulamentada. Sua eficácia, é óbvio, não ultrapassará os lindes do Executivo, para surtir efeitos no âmbito do Legislativo ou Judiciário. Estes, pois, pautar-se-ão por normas próprias e de forma independente.

De acordo com o já ressaltado, o regulamento é exteriorizado por *decreto*. Essa constitui a *forma* pela qual o Chefe do Executivo manifesta seus atos privativos. É também o caso do regulamento.

Desse modo, tem-se que os regulamentos são expedidos por decretos, os quais são obviamente subscritos pelo Presidente da República e, nos termos do artigo 87, I, da Constituição, referendados pelos Ministros de Estado.

Doutra feita, entende-se como *limite imediato* da competência regulamentar a própria lei que empresta fundamento de validade ao regulamento, isto é, a lei regulamentada. Óbvio está que para isso se pressupõe que referida norma legal tenha sido promulgada isenta de qualquer vício. Já como *limite mediato* da atribuição regulamentar tem-se a própria Constituição, que prevê a única hipótese em que admissível.

Nesse passo, exclusivamente a essa lei deverá conformar-se o regulamento, restringindo dentre a pluralidade de situações possíveis uma ou algumas situações que nortearão a conduta dos hierarquicamente vinculados àquele que o editou. Registre-se que se inexistente essa pluralidade de situações passíveis de estreitamento, inútil será o regulamento, visto que se estará ante uma lei auto-executável. Mais ainda: não poderá o regulamento exceder às situações previstas na lei regulamentada, nem tampouco poderá, a pretexto de completar algum seu vazio ou cumprir mandamento nela contido, integrá-la ou complementá-la, inovando a ordem jurídica. Em extrapolando a lei regulamentada ou complementando-a, inválido será o regulamento, uma vez que

44 Cf. GERALDO ATALIBA. Poder Regulamentar... cit., p. 193.

desbordante do campo de ação constitucionalmente lhe traçado: a fiel execução da lei.

Nesse aspecto, extremamente agudas são as ponderações de PONTES DE MIRANDA, ao comentar o artigo 81, III, da Constituição precedente: "Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei". E prossegue esse grande jurista pátrio averbando que: "Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. (...) Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. (...) Vale dentro da lei, a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica"⁴⁹.

Por fim, importa trazer à lume algumas considerações sobre o *conteúdo* do regulamento. De acordo com o já dito, o regulamento, em nosso sistema jurídico, deverá se submeter inarredavelmente à norma legal que lhe empresta fundamento de validade imediato, ou seja, à lei que objetiva executar.

Observe-se, todavia, que a aludida subordinação não importa numa restrição demasiado excessiva a essa atividade administrativa, visto que é inerente à lei a ser regulamentada reservar certas situações em que ao administrador caberá escolher, dentre as hipóteses possíveis, aquela que melhor se conforme com o interesse público, de forma a estreitar a atuação dos subordinados do emitente do decreto regulamentar. Haverá aí, então, por parte do Chefe do Executivo, um exercício discricionário (em contraposição ao vinculado), em que esse agente político, ante a imanente abstração da norma legal, buscará, louvando-se dos critérios de conveniência e oportunidade, eleger a melhor ou melhores hipóteses admissíveis, visando a execução da lei, mediante a sua maior concreção.

Destarte, constituirá o *conteúdo* do ato administrativo regulamentar a *situação discricionariamente eleita* pelo Chefe do Executivo dentre aquelas possíveis na lei, a qual *rescritivamente norteará a conduta dos agentes administrativos do Executivo*, tanto procedimental como materialmente, uniformizando a ação administrativa do Executivo na busca do interesse público.

De igual sentido é a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "Com fundamento no poder hierárquico, o Chefe do Poder Executivo restringe os comportamentos possíveis e especifica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Assim, uniformiza processual e materialmente os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que

⁴⁹ *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, 2.ª ed., rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, pp. 314 e 316.

elege e das pautas que estabelece para órgãos e agentes administrativos^{50,51}.

Pois bem, à vista de todo o explanado, entende-se possível declinar a seguinte *noção* do objeto deste estudo: consiste o regulamento num ato administrativo em sentido amplo, de cunho normativo (geral e abstrato), produzido no exercício da função administrativa, instrumentalizado por decreto e de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), destinado a única e exclusivamente promover a fiel execução da lei (sem, portanto, inovar originariamente a ordem jurídica), e com o fito de restringir, procedimental e materialmente, a ação administrativa na busca do interesse público.

10. Conclusão

Ante todo o enfocado neste despretencioso estudo — que, vale frisar, não esgota a matéria, a qual, como alhures entrevisto, é por demais vasta —, possível é de se concluir que manteve essa espécie de ato administrativo as mesmas características exsurgidas no sistema constitucional antecedente.

Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, Bosch, 1970.
- ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo, s. ed., 1968.
- ATALIBA, Geraldo. *Decreto Regulamentar no Direito Brasileiro*. RDA 97:31-33, jul./set., 1969.
- . “Poder Regulamentar do Executivo”. RDP 57-58 184-208, jan./jun., 1985.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- . *Prestação de Serviços e Administração Indireta*. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.
- . *Elementos de Direito Administrativo*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a CF de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1979. V.1.
- BÉNOIT, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris, Dalloz, 1968.

50 *Ato Administrativo...* cit., p. 91.

51 Também em igual sentido é a colocação de ANTÔNIO CARLOS CINTRADO AMARAL, *Extinção do Ato Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, pp. 20-1: “se o regulamento extrapola a moldura legal é inválido; se espelha fielmente a moldura legal é inútil, não tem sentido; se reduz a moldura legal situa-se dentro dos limites que lhes são estabelecidos pelo ordenamento jurídico”. E prossegue o autor: “Após o regulamento, reduz-se o número de soluções possíveis de aplicação da lei, soluções essas que, reduzidas, não são apenas possíveis, mas também escolhidas pela Administração. Vale dizer: ao produzirem atos administrativos, os órgãos estatais não podem mais optar entre as soluções contidas na moldura legal, mas apenas entre aquelas contidas na moldura regulamentar.”

- BIELSA, Rafael. *Princípios de Derecho Administrativo*. 3ª ed. 1ª reimpr. Buenos Aires, Depalma, 1966.
- CAMMAROSANO, Márcio. "Regulamento". RDP 51-52:126-38, jul./dez., 1979.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. *Normas Constitucionais e seus Efeitos*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1973.
- FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- FERREIRA LEITE, Luciano. *O Regulamento no Direito Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 13ª ed. México, Porrúa, 1969.
- GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Macchi, 1974. v.1.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, Depalma, 1949. V. 1.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1964 com a Emenda nº 1/69*. 2ª ed., rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*. S.l.p., Ática, s.d.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Ato Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Athenas, Librairie Sirey, 1954.

A prova pericial e a nova redação do CPC

IVAN LIRA DE CARVALHO
Juiz de Direito em Natal (RN)

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *A modificação do papel do assistente técnico.* 3. *O perito e o processo.* 4. *Facilitando a produção da prova pericial.* 5. *A desnecessidade do compromisso e a responsabilidade pela atuação do perito.* 6. *Da substituição do perito.* 7. *O laudo e os pareceres.* 8. *Conclusões.*

1. *Introdução*

Após regular sancionamento pelo Presidente da República, entrou em vigor a Lei nº 8.455, de 24 de agosto de 1992, que vem a modificar diversos dispositivos do Código de Processo Civil atinentes à prova pericial. Considerando a importância das inovações carreadas ao processo civil pelo mencionado diploma, será traçada, neste artigo, uma breve análise dos institutos mais afetados, com destaque para a nova feição adquirida pelo trabalho do perito e do assistente técnico.

2. *A modificação do papel do assistente técnico*

O primeiro dos preceptivos a sofrer alteração com a lei nova foi o inciso III do art. 138 do Código de Ritos. Dispunha a redação originária do prefalado inciso, que os mesmos motivos ensanchadores do impedimento e da suspeição do juiz (singular ou membro de colegiado); do representante do Ministério Público não parte na demanda; do serventuário da justiça; e do intérprete, seriam também aplicáveis ao perito e aos assistentes técnicos.

A nova dicção do CPC excluiu do rol dos passíveis de suspeição e impedimento o assistente técnico, reduzindo-o, ao que se depreende, a um mero colaborador da parte que o indicou, sem prejuízo de ser também visto como um eficaz colaborador do juízo (ainda que de forma transversa), no afã de atingir a verdade processual. A deliberada omissão do assistente técnico do elenco do art. 138 do CPC está roborada, de forma explícita, na redação inovadora do art. 422 do mesmo *codex*, que na parte final afirma que ditos

auxiliares "são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição".

Laborou acertadamente o legislador ao impor esta revisão redacional do C. P. Civil. Com efeito, por ser pessoa geralmente da estreita confiança de um dos litigantes, não se lhe deve ser outorgado o mesmo *status* do perito judicial, este sim, um auxiliar precioso do magistrado, que como tal deverá sempre exercer o encargo escrupulosamente e vinculado ao Judiciário por força de nomeação, sendo, por isso mesmo, afastado da missão opinativa quando sobre si pesarem motivos de impedimento ou de suspeição.

3. O perito e o processo

Havido para alguns doutrinadores como "sujeito secundário" do processo, em face da sua configuração como auxiliar da justiça (cf. MAURO CUNHA e ROBERTO G. COELHO SILVA, *Guia para o estudo da teoria geral do processo*, 1984:122), o perito, ao dizer do art. 146 do CPC, "tem o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência". Pode, inobstante, escusar-se do encargo, desde que por motivo legítimo.

A escusa do experto tem prazo para ser apresentada: cinco (5) dias, a contar da intimação de que foi escolhido para o encargo ou do aparecimento do motivo ensejador do impedimento ou da suspeição, sob pena de ser reputado como renunciado o direito de alegá-los.

A vigente redação do parágrafo único do art. 146 do CPC fixou, para a escusa do perito, um novo *dies a quo*: a intimação, ou o impedimento ou a suspeição supervenientes à referida comunicação processual. Anteriormente, a suspeição e o impedimento ulteriores à intimação somente poderiam ser apresentados como base para a declinação do mister pelo perito após a tomada do compromisso deste.

Registre-se que o legislador perdeu, com a reforma em análise, excelente oportunidade para corrigir a omissão constatada no corpo do parágrafo único do art. 146 do CPC, que apenas faz referência ao impedimento como lastro para a escusa do perito, esquecendo elemento de igual importância interferidora na credibilidade do experto, que é a *suspeição*. Inobstante, como foi conservada, ao fim do texto, a expressa remissão ao art. 423, e neste dispositivo está dito que o perito pode escusar-se ou ser recusado por impedimento ou suspeição, não resta dúvida que os dois motivos podem dar base à iniciativa do auxiliar pericial.

4. Facilitando a produção da prova pericial

Inovação de grande relevo foi introduzida na produção da prova pericial com a substituição do absurdo texto do § 2º do art. 421, que previa, em caso de pluralidade de autores ou de réus, a escolha do assistente técnico pelo voto da maioria e, em caso de empate, pela decisão da sorte. Agride ao bom senso a aparição da álea como instrumento processual, mormente

em um sistema jurídico que consagra o monopólio do Estado na prestação jurisdicional, sendo tímidas as “delegações” em sentido inverso (v.g. o juízo arbitral — CPC, art. 1.072, e Lei nº 7.244, art. 25). THEOTÔNIO NEGRÃO já havia criticado com acidez: “Esta disposição não tem sentido, em face do sistema adotado pelo CPC. De acordo com o anteprojeto, os peritos eram indicados pelas partes. Justificava-se, portanto, o sorteio, quando houvesse pluralidade de autores ou de réus. O assistente técnico não passa, porém, de mero assessor dos litigantes: não é perito do juízo; e, assim sendo, inexistente razão para que cada litisconsorte não fique livre de indicar seu assistente técnico, especialmente no caso de interesses distintos ou opostos (argumento do art. 509, *caput*)” (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 1992:274).

Consoante o novo § 2º do art. 421 do CPC, sempre que “a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem *informalmente examinado ou avaliado*” (grifei).

Desnecessária, assim, a interferência presencial do juiz na produção da prova técnica. Sequer a marcação de dia, hora e lugar para a realização da diligência é mais tarefa do magistrado, a teor da nova redação do art. 427 do C.P. Civil. Suprimindo tais atributos, passou o art. 427 a cuidar de tema mais importante, qual seja o de facultar ao juiz a dispensa da prova pericial, desde que as partes, na inicial ou na contestação, apresentarem pareceres técnicos ou documentos suficientes ao esclarecimento das questões fáticas. Consagrada está assim a atividade saneadora do juiz, independentemente da topografia processual, posto que, com esteio no mencionado art. 427, exercerá mais confortavelmente a deliberação das provas que interessem ao desate da questão *sub judice*.

Volvendo ao § 2º do art. 421 do CPC, cumpre anotar que quando ali está permitida a inquirição do perito que houver examinado ou avaliado *coisas*, deve ser entendida a permissão, também, para que o *experto* seja perguntado sobre idêntica análise que porventura tenha desenvolvido *em pessoas*. Creio eu que houve imperfeição técnica na redação da norma, já que a produção da prova pericial é perfeitamente incidível nas pessoas, servindo como exemplo as que são apuradas em questões de Direito de Família.

5. *A desnecessidade do compromisso e a responsabilidade pela atuação do perito*

Na redação antiga, dispunha o artigo 422 do CPC que os peritos e os assistentes técnicos seriam intimados a prestar, em dia, hora e local marcados pelo juiz, o compromisso de bem cumprir o encargo que havia a eles sido cometido. A redação atual simplificou mais uma vez o processo, prescindindo o perito da assinatura do anacrônico termo de compromisso. Idem o assistente da parte.

Já não era sem tempo a tomada de tão significativa providência legislativa, escoimadora de uma das célebres sandices que atravancam a marcha processual. O perito é havido como auxiliar da justiça, e ainda que seja serventário excepcional e temporário (cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 1991:184), máxime por exercer o encargo mediante remuneração (para uns, uma taxa; para outros, um preço público), não foge ao enquadramento de "particular em colaboração com o poder público" (cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 1991:308) ou mais precisamente de *funcionário público*, na amplitude conceptual do art. 327 do Código Penal.

Outro não era o desígnio do malfadado "termo de compromisso" do perito e dos assistentes técnicos senão o de vincular-lhes à atividade estatal judicante, sujeitando-os aos rigores disciplinares e penais em caso de tergiversação ou perjúrio. Mas, qual a necessidade do "termo", se a própria lei prevê o sancionamento do experto que agir de maneira criminosa, levando inexatas informações ao processo?

É indiscutível que ao exercer uma função pública ("atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais" — HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1990:356), o perito configura-se como funcionário público e portanto está exposto às punições antevistas no artigo 147 do CPC, quais sejam a reparação civil dos prejuízos e a inabilitação, por dois anos, para funcionar em outras perícias.

No que concerne ao encaixe do perito como funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327), a matéria é pacífica, tanto em sede doutrinária como a nível pretoriano (cf. NÉLSON HUNGRIA, citado por JÚLIO FABRINI MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, 1991:289 e *RT*, 640/349, 556/397, 569/376, 598/327; *RTJ* 100/135; *Jutacrim* 69/552).

Assim, se o perito, no exercício do seu mister, fizer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, incorrerá no crime de *falsa perícia* (CP, art. 342) e sofrerá reclusão, de um a três anos, além de multa, desde que não se retrate oportunamente e as informações tenham potencialidade lesiva para desnaturar a distribuição de justiça (*RTJ*, 107/134 e *RT*, 639/295).

Além das sanções de natureza penal acima comentadas, é recomendável que o mau perito receba, também, o exemplamento do órgão administrativo incumbido de fiscalizar o seu exercício profissional (CREA, CRM, etc.).

Se o perito, nessa condição, causar prejuízo a quaisquer das partes, responderá civilmente pelo seu agir, consoante dispõe o já citado art. 147 do C.P. Civil. Mais fácil ainda será a reparação devida pelo perito, se tiver este sido condenado por falsa perícia (CP, art. 342), já que aí a indenização advirá em simples execução, precedida de liquidação. Em outro escrito, emiti opinião sobre o tema: "A liquidação da sentença condenatória criminal é feita por

artigos (CPC, arts. 609 e seguintes), com a citação do executivo para oferecer defesa (procedimento ordinário). Será aí apurado o montante da indenização e quem deverá recebê-la." (*Os Efeitos Cíveis da Sentença Penal Condenatória*, informativo ADV/COAD, 1992:374).

Por último, sendo o perito judicial um agente público, e tendo o seu agir dado azo ao prejuízo da parte, há base para que esta procure do Estado uma indenização, na conformação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bem assim do art. 15 do Código Civil. Não é demais lembrar que, em casos tais, a responsabilidade do Estado é objetiva, já que "pouco importa para o prejudicado e para o bom Direito que o prejuízo tenha decorrido da culpa do funcionário ou da proclamada deficiência e insegurança do serviço público. O contribuinte, o usuário, paga para ter um serviço satisfatório e, se o serviço, por ser notoriamente falho e mal aparelhado, ocasiona um prejuízo inescusável, deve a Administração pagar pelo dano, notadamente quando se tem em conta que a responsabilidade do Estado é objetiva, isto é, independente de culpa" (MÁRIO MOACYR PORTO, *Temas de Responsabilidade Civil*, 1989:148). A responsabilidade sem culpa do Estado tem inspiração "no risco e na solidariedade social" (cf. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, "Responsabilidade Civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional", *RF*, 297:406; *AJURIS*, 29/17 e *RP*, 40/147).

6. *A substituição do perito*

Disponha o art. 424 do CPC, em sua redação original, que poderia haver a substituição do perito ou do assistente, desde que estes carecessem de conhecimento técnico ou científico sobre a matéria em exame ou se, sem motivo legítimo, deixassem de prestar o compromisso. Atualmente, nada está regulado no que tange ao assistente e não mais será exigido o compromisso do perito, devendo este ser substituído se não reunir bagagem técnica ou científica sobre o tema examinado, bem assim se "deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado" (inciso II). Nesta última hipótese "o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo".

7. *O laudo e os pareceres. Prazos*

Sobre o "atraso no processo", é bem de ver que foi modificada a redação do art. 433 do CPC, restando facultada ao juiz a marcação do prazo para a entrega do laudo pericial em cartório, *pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento*. Duas destacadas modificações foram introduzidas na produção da prova pericial pelo parágrafo único do prefalado art. 433. A primeira diz respeito ao vocábulo usado para definir a peça informativa confeccionada pelo assistente técnico: ao invés de *laudo*, como dizia o dispositivo derogado, chama-se agora de *parecer*, patenteando assim a intenção

do legislador de excluir o assistente técnico da relação dos auxiliares da Justiça, para enquadrá-lo como ajudante da própria parte, às expensas desta, que, tal qual um jurisperito, emite uma opinião a pedido do litigante que com ele tenha contactado. Aliás, já era como mera "alegação da parte" que a jurisprudência encarava o laudo extemporâneo apresentado pelo assistente técnico (1º TACiv-SP, Jurisprudência ADV/COAD, 1991, verbete nº 55257). Era o gérmen do parecer agora consagrado na lei.

A segunda inovação trazida pelo novo texto do parágrafo único do art. 433 do CPC é sobre o prazo para que os assistentes entreguem em juízo os seus pareceres. É este de *vinte dias*; é comum; e correrá independentemente de intimação. O *dies a quo* deste prazo é a apresentação do laudo em cartório, o que exigirá redobrada diligência das partes e dos seus respectivos advogados para evitar a preclusão, máxime em razão do prazo conferido ao perito ser de natureza *judicial* (marcado pelo juiz — art. 433, *caput*).

8. Conclusões

1º) Com as modificações introduzidas no CPC pela Lei nº 8.455, o assistente técnico é considerado um auxiliar *da parte* que o contactou para dele receber um opinamento acerca das questões técnicas ou científicas afloradas na sede da prova pericial.

2º) O assistente técnico está expressamente excluído do rol das pessoas passíveis de suspeição ou impedimento no processo (CPC, art. 422), não mais estando elencado no art. 138 do C.P. Civil.

3º) Para apresentar a sua escusa em não funcionar no processo, o perito tem o prazo de cinco dias, a contar da intimação de que foi nomeado ou do surgimento do fato novo ensejador do impedimento ou da suspeição. Não o fazendo nesse lapso, reputar-se-á renunciado o direito de arguir tais óbices.

4º) Deveria o legislador de 1992 ter incluído na redação do art. 146 a *suspeição* como causa autorizadora da escusa do perito em funcionar no processo.

5º) Desde que compatível com a natureza do fato, é judicialmente válida a informação prestada em audiência, tanto pelo perito como pelo assistente técnico, acerca de fatos ou de pessoas que tenham sido examinadas por estes.

6º) Se as partes oferecerem, no ajuizamento e/ou na defesa, pareceres técnicos ou documentos que bastem ao esclarecimento da lide, o juiz *poderá* dispensar a produção da prova pericial (CPC, art. 427).

7º) O perito e o assistente técnico não mais prestarão compromisso (CPC, art. 422).

8º) É permitida a substituição do perito, se este parecer de base técnica ou científica, bem assim se deixar de cumprir o seu mister no prazo assinado.

9º) O laudo do perito deve estar em cartório no prazo fixado pelo juiz, até vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento.

10º) É chamado de *parecer* a peça de opinamento dos assistentes técnicos e deverá chegar a juízo no prazo comum de dez dias, a contar da entrega do laudo oficial.

Bibliografia

- ALVIM, Arruda e ALVIM PINTO, Tereza. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª edição, vol. 2, São Paulo, Ed. RT, 1991.
- CARVALHO, Ivan Lira de. *Os efeitos Cíveis da Sentença Penal Condenatória*, Informativo ADV/COAD, n. 34, Rio de Janeiro, 1992.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 8ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1991.
- CUNHA, Mauro e SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Guia para o Estudo da Teoria Geral do Processo*, Porto Alegre, Sagra, 1984.
- DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional*, in *AJURIS*, v. 29, Porto Alegre, 1983.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 5ª edição, v. 2, São Paulo Saraiva, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª edição, São Paulo, Ed. TR, 1990.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, 5ª edição, v. 3, São Paulo, 1991.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 22ª edição, São Paulo, Malheiros, 1992.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 2ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 1991.
- PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Ed. RT, 1989.

O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas

JOSE CARLOS DE MAGALHÃES

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO

1. *Pretensões e conflitos de interesses.* 2. *Pretensão de regular a atividade internacional das empresas privadas.* 3. *Pretensão de controle das exportações de investimentos.* 4. *Pretensão de retorno de lucros.* 5. *Pretensão de controle do ingresso de investimentos estrangeiros.* 6. *Pretensão de desenvolvimento.*

1. *Pretensões e conflitos de interesses*

Na organização jurídica internacional, em que cada Estado exerce jurisdição em seu território e sobre seus nacionais, devendo respeitar a jurisdição, dos demais, não é fácil para nenhum, isoladamente, legislar para uma entidade fragmentada em tantas quantos são os Estados em que operam, como é o caso da denominada empresa multinacional, ou transnacional, na nomenclatura da ONU.

Nesse contexto é útil examinar quais as pretensões dos Estados manifestadas em leis e regulamentos, ou na área internacional, em declarações ou proposições sobre as atividades dessas empresas. Diferentes elas se apresentam, de acordo com a posição de cada Estado em relação ao investimento direto, se exportador de capitais, e portanto, sede real do complexo multinacional, ou importador, onde as subsidiárias se localizam. Tal critério é adotado para descrever as pretensões diversas que surgem relativamente ao assunto e as resistências conseqüentes que dão nascimento a conflitos de interesse para os quais o direito internacional nem sempre dispõe de normas que possibilitem solução.

O termo pretensão é aqui empregado no seu sentido técnico-jurídico de pedido endereçado à autoridade internacional, manifestando um interesse que se quer ver protegido¹ pelo direito. Assim, pretensão dos Estados é referida

¹ Nesse sentido, por exemplo, a célebre definição de CARNELUTTI, para quem lide é o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida. *Diritto e Procedimento*, Napoli, 1958, p. 54.

no sentido de interesse, cuja proteção e reconhecimento são pleiteados como legítimos perante o direito internacional. Autoridade internacional é aquela capaz de tomar decisões de caráter internacional que se traduzem em fontes de direito internacional. Assim, a Corte Internacional de Justiça, as Organizações Internacionais e Tribunais Arbitrais são autoridades internacionais, como o são também os chefes de Estado e autoridades governamentais, cujos atos vinculam os Estados e lhes impõem obrigações, produzindo efeitos internacionais.

2. *Pretensão de regular a atividade internacional dos complexos empresariais como unidade jurídico-econômica*

Tradicionalmente os Estados julgam ser de sua exclusiva competência a concessão de nacionalidade às pessoas jurídicas adotando, como critérios principais, o local da constituição da sociedade ou o local onde se situa sua sede. A esses critérios, junta-se a pretensão, comum em épocas de guerra, de considerar a nacionalidade do grupo majoritário ou do grupo que exerce o controle acionário. Assim, a nacionalidade dos acionistas ou do grupo dominante é que determinaria a nacionalidade e também a lei aplicável à empresa.

Em épocas de guerra, a relevância da questão liga-se, especialmente, à expropriação de bens de inimigos e do controle de atividades de nacionais no território do Estado. A Inglaterra, no caso *Daimler Co. v. Continental Tire & Rubber Co.*, considerou inimiga a empresa organizada na Inglaterra e, portanto, inglesa de acordo com a lei então vigente, pelo simples, mas importante, fato de que era controlada por alemães, seus proprietários². A mesma orientação foi tomada no Tratado de Paz assinado com a Itália, onde a nacionalidade dos proprietários ou do grupo majoritário da empresa foi considerada como determinante de sua nacionalidade, não obstante o lugar da constituição fosse a Itália, e, portanto, italiana, de acordo com o critério adotado nesse país³.

Os Estados Unidos, tradicionalmente adeptos do critério da nacionalidade da pessoa jurídica segundo o local de sua constituição⁴, consideraram preponderante a nacionalidade dos acionistas, quando o México expropriou as empresas de petróleo controladas por norte-americanos⁵. A lei mexicana conferiu a nacionalidade do México àquelas sociedades, constituídas no país. A falta de pagamento de indenização pelas expropriações feitas deu nascimento à pretensão dos Estados Unidos de proteger interesses dos acionistas, pessoas naturais de nacionalidade norte-americana. Não obstante a lei mexicana outorgasse a nacionalidade da pessoa jurídica segundo o local de sua constituição,

² Vide HENRICH KRONSTEIN, *The Law of International Courts*, — Cornell University Press, 1973, p. 257.

³ Tratado de Paz, 10 de fevereiro de 1947 UNTS I pp. 161-3. Vide também KRONSTEIN, nota 2, p. 259.

⁴ 266 US 457 (1925). A decisão do caso *Behn-Meyer & Co.* constitui manifestação dessa orientação.

⁵ Cf. KRONSTEIN, nota 2, p. 257. Vide também KRONSTEIN, *The Nationality of International Enterprises*, 52 *Columbia Law Review* 983 (1952), p. 986.

os Estados Unidos consideraram aquelas sociedades como americanas para legitimá-las a postular a indenização não paga⁶.

A pretensão de conferir nacionalidade a pessoas jurídicas e regular-lhe os atos mereceu certa relevância com o aparecimento da organização empresarial assentada em diversos países.

A realidade econômica prevalece sobre a organização formal da empresa, procurando-se identificar as vinculações efetivas com os países onde opera, legitimados a regular-lhes as atividades locais.

Os chamados "paraísos fiscais", sede formal de importantes complexos, conferem-lhes nacionalidade que tende a ser contestada pela falta do *genuine link* da empresa com o país⁷.

A nacionalidade de navios tem sido por vezes impugnada, sob o fundamento de falta de vinculação efetiva entre países que concedem registros de conveniência e os efetivos interesses econômicos das companhias deles proprietários, cujos acionistas são nacionais de terceiros Estados, onde se situa o centro de suas atividades. Formalmente nacionais dos países de registro, como acordado no Tratado de Genebra de 1958⁸, tais empresas são, no entanto, consideradas americanas pelos Estados Unidos, para efeito de sujeitar seus navios à requisição em épocas de emergência nacional.

As pretensões de conferir nacionalidade às empresas que exibem diversas pessoas jurídicas em sua estrutura econômica toma variadas formas e mostra-se complexa em sua formulação.

A denominada empresa multinacional, ou transnacional, não existe como entidade jurídica reconhecida por instrumentos jurídicos próprios. Constitui complexo de sociedades de diversas nacionalidades sujeitas a diferentes leis, mas interligadas entre si constituindo uma unidade econômica definida e clara, perfeitamente indetectável. É essa realidade econômica que se pretende regular por meio de leis nacionais, que passam a ter efeitos extraterritoriais ao serem aplicadas às diversas unidades jurídicas que compõem o complexo empresarial.

6 A controvérsia, iniciada em 1938, terminou em 1941, após intensas negociações diplomáticas que resultaram num acordo, segundo o qual o México pagou 24 milhões de dólares, em prestações. Cf. STEINER and VAGATH. *Transnational Legal Problems*, The Foundation Press 1968, p. 323.

7 A apreciação do "genuine link", relativamente a pessoa física, foi feita pela Corte Internacional de Justiça na decisão do caso *Nottebohm v. Guatemala* e invocado, sem sucesso embora, no caso *Barcelona Traction*.

8 E de se notar, entretanto, que a convenção adotou o critério da vinculação efetiva com o país de registro, como se vê no artigo 5: "Cada Estado deverá estabelecer as condições para outorga de nacionalidade aos navios, para o registro de navios em seu território e para o direito de ostentar sua bandeira. Os navios terão a nacionalidade do Estado cuja bandeira são legitimados a ostentar. É necessário que haja vinculação real entre o Estado e o navio; em particular, o Estado deve exercer sua jurisdição e controles efetivos sobre os navios de sua bandeira em assuntos administrativos, técnicos e sociais".

Cf. STEINER and VAGTZ, *nota 6*, p. 865. Esses autores informam que os Estados Unidos se opõem ao requisito da vinculação efetiva entre o navio e o país de registro, para atender conveniências de política nacional interna, qual seja a de defesa dos armadores americanos, que sustentam não teriam condições de competir com armadores estrangeiros, em face dos pesados ônus fiscais e salariais impostos pelas leis fiscais e trabalhistas a que estariam obrigados se suas empresas fossem consideradas americanas.

No âmbito interno, a perquirição da realidade tem por objeto evitar fraudes por empresas sem substância, criadas para burlar o fisco ou delimitar responsabilidades, cumprindo às autoridades governamentais e Tribunais ignorar as pessoas jurídicas formais e considerar a rede de sociedades interligadas, como entidade econômica única. Nos Estados Unidos, como no Brasil, os Tribunais têm freqüentemente tratado duas ou mais sociedades como se uma só fosse, aplicando a teoria do *disregard of legal entity*. Essa teoria tem sido aplicada em maior profundidade e extensão em países de direito codificado, como a Alemanha que, com a lei de companhias interligadas (*konzernrecht*) de 1965, introduziu um sistema que define a empresa como uma rede de múltiplas entidades, dentro de uma estrutura⁹. Essa orientação fundamenta a pretensão de impor leis nacionais da matriz às subsidiárias estrangeiras, sediadas em outros Estados.

Assim, a sujeição da matriz às leis locais obriga também as subsidiárias no exterior, não obstante subordinadas a outras ordens jurídicas e com outras nacionalidades. O que prevalece, nessa pretensão, é a unidade econômica da empresa, integrada por diversas pessoas jurídicas.

Da mesma forma, a citação judicial de uma filial, para responder a uma ação antitruste, seria suficiente para submeter à jurisdição dos Tribunais americanos a matriz sediada no exterior, tal como aconteceu no caso *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center*¹⁰.

O acolhimento dessa orientação tem motivado a aplicação de leis nacionais com efeitos extraterritoriais, atingindo especialmente as empresas com subsidiárias ou filiais no exterior. As leis antitruste, sobre comércio com países inimigos, sobre controles de exportação de capitais e de investimentos ou regulamentos da atividade bancária, quando aplicados a tais empresas, consideradas como unidade econômico-jurídica, acabam por ter efeito extraterritorial, conferindo jurisdição sobre atos iniciados e consumados no exterior, sob o amparo da lei local. A área de conflito é evidente, e a resistência a essa pretensão é notória, como ocorreu no caso *ICI x Dupont*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou, sem sucesso, o desfazimento de contrato entre a firma inglesa *Imperial Chemical Industries* e sua subsidiária na Inglaterra.

No Brasil, essa tendência tomou corpo, notadamente em matéria de direito processual internacional. O Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 88, considera domiciliada ou sediada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver filial, sucursal ou agência, relativamente aos atos

⁹ Cf. YITZAK HDARI, *The Structure of the Private Multinational Enterprise* in 71 *Michigan Law Review*, vol. 71 — p. 729 (1973).

Vide também HENRICH KRONSTEIN, *The Law of International Cartels*.

¹⁰ 133 F. Supl. 40. O mesmo ocorreu em *United States v. Sophony Co.* 333 US 795 (1946).

por eles praticados. O Supremo Tribunal Federal tem admitido, como válida, até a citação feita em representantes comerciais ou agentes de sociedades estrangeiras, com personalidade jurídica própria, de acordo com as leis brasileiras e, portanto, sem qualquer poder de representação legal^{10-A}.

3. Pretensão de controle das exportações de investimentos

A escolha de áreas prioritárias no exterior e a distribuição geográfica dos recursos exportados são de interesse vital para as relações internacionais do Estado exportador. Da mesma forma, os investimentos em países inimigos ou adversários são desincentivados ou até mesmo proibidos de modo formal.

Geralmente têm-se estimulado investimentos em áreas estratégicas, em cujo desenvolvimento o Estado está particularmente interessado, por meio de medidas de caráter fiscal, que atuam como incentivos a empresas interessadas. Exportadores de investimentos, os Estados Unidos fornecem exemplos da O.P.I.C. (*Overseas Private Investment Corporation*), criada para facilitar e incentivar investimentos diretos em países em desenvolvimento. Da mesma forma, a *Western Trade Hemisphere Corporation* representava apoio governamental ao comércio com países latino-americanos. Em contraposição, a lei sobre o comércio com o inimigo americana (*The Trading With the Enemy Act*) impede os investimentos americanos em áreas interdidas pelo governo.

As primeiras companhias a agir no exterior eram geralmente instrumentos dos países exportadores de capital e exerciam uma atividade quase que diplomática em favor do Estado de onde provinham. A *East Indian Co.* é exemplo clássico. O Estado agia diretamente ao influir na empresa, dando-lhe diretrizes das operações e indicando áreas de atuação. Atualmente, essa ingerência nem sempre é possível, embora ocorram inevitáveis — e eficientes — pressões governamentais. Com a atuação internacional das empresas, o controle do capital e tecnologia exportados tende a ficar restrito unicamente à autorização de saída. Os lucros do investimento podem ser reinvestidos no exterior ou remetidos para a matriz, para distribuição aos acionistas, de acordo com decisão e discricção da diretoria da empresa e não atende, necessariamente, a reclamos de ordem governamentais.

Há, nesse ponto, uma dualidade ou confronto de pretensões e de interesses de difícil solução. O Estado, atado ao princípio da jurisdição territorial e às limitações dela decorrentes, não pode interferir na decisão da empresa de reinvestir os lucros de suas subsidiárias, especialmente quando é legítima ante as leis do local onde opera.

A pretensão de controlar investimentos exportados tem amparo em considerações de ordem política, estratégica ou defensiva, sob o fundamento de que a riqueza nacional, exportada através do investimento, deve servir sempre

10-A RTJ, vol. 72, pp. 9-2 e 90/1008, e Súmula 363 do STF.

aos fins do Estado, e, portanto, da comunidade nacional de onde se origina. O investimento em países considerados inimigos ou com os quais inexistem relações amistosas tem sido proibido sob esse fundamento.

A exportação de tecnologia que acompanha o investimento direto, sob a forma de instalação de subsidiária ou mediante associação com empresas locais, pode servir a interesses estratégicos do Estado considerado inimigo pelas autoridades governamentais, e, por isso, afetar a segurança nacional do país exportador. Foi o que motivou o *Export Administration Act* de 1969, dos Estados Unidos, cuja exposição de motivos expressa exatamente essa idéia:

"n. 2: A exportação, irrestrita, de materiais, informações e tecnologia, sem a consideração de que pode representar uma contribuição significativa para o potencial militar de qualquer outra nação ou nações, pode afetar a segurança nacional dos Estados Unidos"¹¹

A aplicação de tais controles à empresa com filial ou subsidiárias no exterior transcende aos limites territoriais do Estado da sede do complexo, de vez que afeta sociedades constituídas em outras jurisdições, com personalidades jurídicas e nacionalidades diversas e, pelo menos formalmente, devendo lealdade a outros Estados. O país da sede da empresa tende, via de regra, a considerá-la um complexo unitário sujeito ao império de sua própria lei, que reflete os interesses nacionais. A sujeição de matriz envolve as subsidiárias, ainda que adstritas a outras ordens jurídicas.

Essa a pretensão dos Estados Unidos manifestada em leis como *Trading With the Enemy Act* e as que proíbem a exportação de certos bens para países considerados inimigos sem a expressa autorização do Secretário do Comércio dos Estados Unidos. Suas disposições são aplicáveis a reexportações de produtos de origem americana processados em outros países, ainda que afetadas por pessoas jurídicas não americanas.

A execução dessas leis atingiram em certa época o Canadá, onde o investimento americano é significativo, tendo chegado a causar sérios problemas entre os dois países. Com efeito, o governo norte-americano, ao exigir prévia licença de exportação para países classificados como inimigos, mesmo de bens que não contenham componentes fabricados nos Estados Unidos, mas desde que realizada por empresas controladas por americanos, começou a interferir com a jurisdição canadense, cuja política em relação àqueles países é diversa.

Tal interferência se traduziu na necessidade de a empresa exportadora controlada por capital americano ter praticamente de pedir licença às autori-

¹¹ *Digest of International Law*, p. 852.

dades americanas para exportar, através de matriz. O mais sério incidente — que bem ilustra essa situação — surgiu quando a então China Comunista propôs compra de caminhões ao Canadá, produzidos pela subsidiária da Ford — única fabricante no país em condições de atender ao pedido. Embora o governo canadense estivesse interessado na concretização da venda, foi ela frustrada pela denegação de licença pelo Departamento do Comércio dos Estados Unidos ao pedido feito pela matriz.

A aplicação de tais leis, com o caráter de extraterritorialidade nelas insito, não tem sido aceita pacificamente. As empresas afetadas são postas com freqüência na difícil situação de ter que cumprir leis conflitantes, produto de interesses e políticas opostas.

4. Pretensão de retorno de lucros

Outra pretensão, decorrente do investimento internacional, é a repatriação de lucros. Problemas de balanço de pagamento tendem a agravar a necessidade de retorno de lucros para o país de onde se originou o investimento, e o pagamento de regalias, de serviços de assistência técnica prestados no exterior. Os Estados Unidos manifestam essa pretensão de forma clara. Daí ter instalado, na década de 60, o Controle sobre Investimentos Diretos, por lei que, insistindo na necessidade de repatriação de lucros pelas empresas controladas por norte-americanos, desincentiva reiversões no exterior, através de medidas fiscais, como a incidência de imposto de renda sobre lucros das subsidiárias remetidos, ou não, à matriz¹².

Outros países oferecem diferentes estímulos, como a Suíça, que isenta do imposto de renda o lucro remetido pelas subsidiárias à matriz, incentivando, assim, sua repatriação.

A obrigação de repatriar lucros causa impacto nas empresas sujeitas a diferentes leis e políticas monetárias. Além disso, há a considerar a pretensão da empresa de ser tratada como sociedade nacional do país em que atua e de receber os benefícios legais e fiscais atribuídos às empresas locais. Os Estados em que as subsidiárias operam, por sua vez, entendem haver inequívoca e ilegítima interferência externa conflitante com sua autoridade para controlar a atividade econômica, dentro de sua jurisdição¹³.

O caráter extraterritorial da norma que compele, direta ou indiretamente, à repatriação de lucros emerge da submissão à respectiva lei não apenas da matriz, mas da subsidiária, através das pressões exercidas sobre a matriz. A empresa é considerada como unidade econômica que deve servir aos fins do Estado exportador dos investimentos, sem observância da fragmentação

12 Vide SCOTT, *Tax and Other Implications of Foreign Direct Investment Regulations* n 47 Taxes 32 (1969). Vide também RAINER, p. 234.

13 RAINER HELLMANN — *The Challenge to us Dominance of the International Corporation*, p 235; VAGTZ, p. 772 — Nota 6.

jurídica de sua organização e a diversidade de lealdade a que as subsidiárias estão sujeitas.

De acordo com essa linha de raciocínio, o *déficit* no balanço de pagamentos dos Estados Unidos, ao motivar a lei sobre controle de investimentos diretos, determinando a repartição de lucros, passa a ter prevalência sobre a crise monetária no Brasil ou na França, por exemplo, onde as subsidiárias americanas ficam sujeitas a ordens e comandos da matriz.

A aplicação dessa política deu margem a conflitos de interesses, como o posto em evidência pela reação francesa à tentativa de imposição às subsidiárias localizadas na França de repatriamento de lucros aos Estados Unidos. "As subsidiárias de companhias americanas na França", disse o então Primeiro-Ministro Debré, "são legalmente companhias francesas, com o mesmo acesso ao mercado financeiro e créditos governamentais que possuem as demais companhias francesas. Se os Estados Unidos impõem novos regulamentos sobre elas, especialmente relativos a repatriação de lucros, as conseqüências serão inevitáveis"¹⁴.

O conflito evidente entre essas pretensões coloca a subsidiária e a matriz em dilema que não têm como resolver.

5. Pretensão de controle do ingresso de investimentos estrangeiros

Tecnologia, capital e matéria-prima são fatores de produção que os Estados geralmente acolhem como contribuição positiva para o seu crescimento econômico. Contudo, nem todo investimento estrangeiro oferece os mesmos benefícios esperados e nem todos os setores da produção podem ser abertos ao investimento estrangeiro. Razões estratégicas têm impedido o acesso do investimento estrangeiro a áreas ligadas à defesa nacional. ao mesmo tempo em que razões de defesa da indústria nacional têm, geralmente, obstado esse acesso a esferas produtivas, em que o nacional necessita de proteção.

O fato é que todo Estado reclama para si competência exclusiva na admissão de pessoas e investimentos estrangeiros, como prerrogativa inderrogável de sua soberania. Mas não só a admissão é sujeita à discricção do Estado como também a forma e condições da admissão. Alguns países, como México e Japão, só admitiam investimento estrangeiro quando associado ao nacional, seja do setor privado, seja do público, salvo quando específica e previamente autorizado. Além do mais, mesmo admitido, o investimento estrangeiro deve se submeter a princípios impostos pelas autoridades, tendentes a garantir comportamento adequado do investidor estrangeiro. O Conselho de Investimento Estrangeiro do Japão, a esse propósito, editou uma série de princípios que

14 French Endorse US Dollar Policy, *New York Times*, 1968. "Call to repatriate overseas Earning Stir Legal Snarls". *New York Times* Jan. 29, 1968 (apud KINDELBURG, "American Business Abroad", p. 59).

as empresas sob controle estrangeiro devem observar¹⁵. O mesmo fez o Canadá, tradicionalmente aberto à entrada de capitais estrangeiros, após sérios estudos sobre o comportamento dessas empresas em seu território¹⁶.

Os países do Pacto Andino, igualmente, adotaram uma série de restrições à entrada do investidor internacional, submetendo-a ao cirvo de análise sobre a contribuição efetiva ao desenvolvimento nacional ou regional e sua adequação às prioridades nacionais. A Decisão nº 24, da Comissão do Acordo de Cartagena, incorporada às legislações dos países-membros — atualmente não mais vigente —, regulamentando o assunto, dispunha em seus arts. 2 e 3:

“Art. 2 — O investidor estrangeiro que desejar investir em qualquer dos países-membros deve depositar seu pedido no órgão competente, o qual, após análise, dará autorização se forem atendidas as prioridades para o desenvolvimento do país. O pedido deve ser feito em consonância com as instruções do Anexo I do Regime.

Art. 3 — Os Estados-Membros abster-se-ão de autorizar os investimentos diretos estrangeiros nas atividades consideradas adequadamente desenvolvidas pelas empresas já existentes.

Também não deverá ser autorizado o investimento direto estrangeiro destinado à aquisição de ações, quotas ou direitos de propriedade de investidores nacionais.”

Em posição diametralmente oposta, os países da OECD admitem investimentos estrangeiros, incentivando o movimento de capitais, pessoas e tecnologia. Entretanto, mesmo entre esses países, há restrições relativas a setores

15 Os princípios editados pelo Conselho de Investimento Estrangeiro do Japão consistem basicamente nos seguintes:

- a) procurar a coexistência e prosperidade com as empresas japonesas, através de “joint ventures” em sociedade com participação paritária;
- b) evitar concentração de investimentos em determinadas indústrias;
- c) evitar suprimir pequenas empresas quando se trata de setores industriais caracterizados por pequenas firmas;
- d) cooperar voluntariamente com o esforço japonês de manter a ordem industrial;
- e) evitar entrar em acordos restritivos com a matriz no exterior e não fazer restrições irrazoáveis em negócios, bem como abster-se de prática de concorrência desleal;
- f) tomar medidas positivas para o desenvolvimento da tecnologia japonesa e não prejudicar os esforços das indústrias japonesas para desenvolver sua própria tecnologia;
- g) contribuir para o equilíbrio do balanço de pagamento da nação, através da exportação e outros meios;
- h) designar japoneses para quadros de diretoria e posições de cúpula e oferecer ações da companhia à subscrição pública;
- i) evitar o fechamento de fábricas ou demissões em massa e desnecessárias ou opor dificuldades à política de emprego e salário, agindo de acordo com a praxe japonesa predominante;
- j) conformar-se à política governamental.

In *Japan as Host to the International Corporation* por M. Y. YOSHINO in *International Corporation* de CHARLES KIMDELBERGER.

16 Veja-se LITVAK e C. J. MAULE, *The Multinational Firm and Conflicting National Interests*, in *Journal of World Bank Law*, p. 316.

estratégicos, como nos Estados Unidos, onde somente empresas controladas por americanos podem fabricar produtos considerados estratégicos. Há que se considerar, também, as reservas feitas por diversos países ao regime de liberação de capitais instituído pela OECD.

O que se percebe é que os Estados procuram sempre conservar sua própria competência para admitir a entrada de investimentos estrangeiros e impor condições que julguem favoráveis.

Por outro lado, alguns tratados internacionais regulam a admissão do investimento externo e sua proteção.

Interessados em exportar investimentos, e prover-lhes proteção contra eventuais expropriações, os Estados Unidos negociaram no passado Tratados de Amizade, Navegação e Comércio, pelos quais, em condições de reciprocidade, regulariam a livre entrada de capitais. O tratado assinado com a Itália em 1948, por exemplo, contém cláusulas típicas. O artigo I, parágrafo 2º, permite a nacionais de ambas as partes exercer atividades comerciais, financeiras, industriais e profissionais, com exceção da advocacia, dentro do território da outra. A primeira parte do art. 2 dispõe:

"Companhias e associações de qualquer das Altas Partes Contratantes deverão, dentro do território da outra Alta Parte Contratante, ser admitidas, sem interferência, a exercer todos os direitos e privilégios enumerados no parágrafo 2º do art. 1, em conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis, em termos não menos favoráveis que aqueles que atualmente ou doravante sejam deferidos a companhias e associações de tal Alta Parte Contratante."

Em geral, contudo, tais tratados contém cláusulas que deixam ao Estado receptor com a última palavra na admissão do capital estrangeiro. O tratado assinado com o Japão, similar ao firmado com a Itália e outros do mesmo tipo, prevê a possibilidade de imposição de restrições pelos governos, sem se mencionar o fato de a lei japonesa exigir que todo investimento seja aprovado pelo Ministro da Indústria. Com efeito, o parágrafo 3º do artigo VII do Tratado dispõe que:

"As provisões do parágrafo 1º do presente artigo não impedem qualquer das partes de prescrever formalidades especiais relacionadas com o estabelecimento de empresa controlada por estrangeiro, dentro de seu território; mas tais restrições não devem tirar a substância dos direitos acordados no mencionado parágrafo."

O Protocolo que acompanha o Tratado esclarece, entretanto, que:

"Art. 6 — Qualquer das Partes pode impor restrições na introdução de capital estrangeiro, quando seja necessário para proteger suas reservas monetárias de acordo com o artigo XII, parágrafo 2."

O parágrafo 2 do artigo VII, por sua vez, reconhece o direito de cada parte limitar a entrada de investimento da outra para vários setores, tais como aquisição de direitos em empresas que exerçam atividades ligadas a utilidades públicas, transporte, estaleiros, bancos, etc

Não obstante as diferenças de tratamento do investimento estrangeiro existentes entre os países da América Latina, há grande uniformidade na preservação da competência exclusiva para a admissão de tal investimento. É significativo, a propósito, que, à exceção de Nicarágua, nenhum Estado latino-americano assinou Tratados de Comércio, Navegação e Amizade com os Estados Unidos, agora negociados com o nome de "Tratados de Amizade e Relações Econômicas", que contém cláusulas de liberação de acesso de capitais e proteção contra expropriação. Daí a observação do Comitê de Relações Exteriores do Senado Americano:

"O Comitê está desapontado de perplexo pelo fato de que desde 1945, quando o Departamento de Estado assumiu a tarefa de modernizar os tratados de amizade, comércio e navegação, 17 novos tratados entraram em vigor, mas somente um deles, o celebrado com a Nicarágua, figura um país latino-americano. Tendo em vista o crescente comércio, investimento e ajuda fornecida pelos Estados Unidos à América Latina, o Comitê acredita que tais tratados seriam mutuamente benéficos. A objeção de que falta de interesse em tais tratados é fruto do senso de soberania é difícil de entender, desde que nações como França, Irã, Japão e Paquistão concluíram tratados de amizade, comércio e navegação recentemente."

Embora possa dizer-se que a aplicação da doutrina Calvo¹⁷ tenha sido responsável pela recusa desses países em assinar tratados desse tipo, não é impróprio afirmar que também a pretensão em manter exclusivo controle sobre a entrada de investimentos estrangeiros fundamenta essa posição.

Mas, não apenas em tratados bilaterais aparece reafirmada essa pretensão. Os países desenvolvidos em geral têm interesse em promover a liberação do movimento de capitais, bens, pessoas e tecnologia não só para conseguir mercado maior para suas empresas, como também para ampliar as possibilidades de desenvolvimento que o intercâmbio internacional possibilita. Dotados de tecnologia avançada e capital, esses países encontram-se, via de regra, em condições similares de desenvolvimento. Fundada com o objetivo de promover a progressiva liberalização de capitais, pelo Tratado de Paris assinado em 14 de dezembro de 1960, a OECD prevê o livre acesso de investimentos

17 A Cláusula Calvo, proposta pelo Ministro Argentino, que lhe emprestou o nome, dispõe que quaisquer controvérsias contratuais, mesmo envolvendo estrangeiros, devem ser resolvidas pelos Tribunais nacionais competentes e não dão lugar a proteção diplomática ou reclamação internacional. cf. Eduardo Jimenez de Arechaga - in *Manual de Derecho Internacional Público* — ed. Max Sorensen — *Fondo de Cultura Económica*, México, 1973, p. 558.

diretos nos países-membros. Ao mesmo tempo, incluíram-se disposições, como os arts. 3 e 7, que permitem ao Estado tomar medidas que considere necessárias para a manutenção de sua ordem pública, proteção de sua segurança ou obrigações internacionais relacionadas com paz ou segurança. Previu-se, também, a faculdade de não promover medidas de liberalização de movimento de capitais, em casos de crise econômica, problemas de balanço de pagamentos, etc.

O que se verifica é que, ante a inexistência de tratados internacionais, os Estados mantêm o controle do acesso do investimento estrangeiro. E mesmo quando estes existem, as cláusulas de salvaguarda deixam sempre ao Estado intacta sua competência.

Os países da Comunidade Econômica Européia, por outro lado, em suas relações recíprocas, dentro do escopo do Tratado de Roma, desistiram dessa pretensão, deferindo-a ao Conselho da Organização, que, assim, tem caráter supranacional nesse aspecto. Com efeito, o artigo 73 do Tratado de Roma estabelece:

"Art. 73 — 1. Se os movimentos de capital levarem a distúrbios no funcionamento do mercado de capitais de qualquer Estado-Membro, a Comissão deverá, depois de consultar o Comitê Monetário, autorizar tal Estado a tomar medidas de proteção na área de movimento de capital, cujas condições e detalhes serão determinados pela Comissão. O Conselho, atuando pelo voto de maioria qualificada, poderá revogar essa autorização e modificar tais condições e requisitos.

Qualquer Estado-Membro que estiver em dificuldades pode, contudo, com base em seu caráter secreto ou urgente, tomar por si próprio as medidas acima mencionadas, se elas se tornarem necessárias. A Comissão e os demais Estados-Membros deverão ser informados de tais medidas o mais tardar até a sua entrada em vigor. Neste caso, a Comissão pode, depois de consultar o Comitê Monetário, decidir que o referido Estado deverá modificar ou abolir as medidas adotadas."

6. *Pretensão de desenvolvimento*

Mas não é só com o controle do acesso de capitais que se esgotam as pretensões dos Estados receptores de investimento de regular a atuação do investidor estrangeiro. A aceitação do capital está ligada à necessidade de desenvolvimento do Estado e que a empresa privada pode propiciar com a transferência de capitais e de tecnologia.

O atendimento dos objetivos da comunidade nacional é condição para a atuação da empresa, e não o inverso.

Assim, a exploração de riquezas minerais, a realização de pesquisas, a modernização dos meios de produção que as grandes empresas estão, via de regra, capacitadas de a fazer, é-lhes deferida em atenção à necessidade de desenvolvimento e à incapacidade de a comunidade nacional promovê-lo por si própria. Mesmo Estados de economia planificada demonstraram, necessidade de recorrer à indústria privada para suprir carência tecnológicas e de capital.

O investimento estrangeiro é admitido como meio e modo de suprir as deficiências da indústria nacional ou para provocar competição sadia que conduza ao desenvolvimento, e, como DENNINGS afirma, "sob o ponto de vista do país receptor, a contribuição de qualquer empresa multinacional precisa ser julgada sob o prisma da efetiva assistência ao país para atingir seus objetivos econômicos".

Estados com forte e desenvolvida indústria e avançada tecnologia, como os Estados Unidos e os países do Mercado Comum Europeu, vêm no investimento internacional a suplementação do capital e tecnologia de que necessitam, além da injeção de competição em seu mercado interno que tende a beneficiar a economia desenvolvida. O livre jogo do mercado e da concorrência é a base de todo sistema econômico capitalista que esses países defendem como meio de melhor explorar suas riquezas. Assim, a manutenção da livre competição encoraja o investimento estrangeiro que não ameaça, via de regra, a indústria nacional de grande capacidade competitiva.

Outros, entretanto, como o Japão vêm com suspeitas o investimento direto estrangeiro, só liberando limitadamente sua entrada, na medida em que o interesse nacional não seja afetado. A proteção da indústria nacional é fundamento suficiente para afastar a empresa estrangeira, tida como fator negativo no desenvolvimento do País. O critério de seletividade de indústrias estrangeiras adotado no Japão, por largo período, procurava atender a metas governamentais de desenvolvimento e defesa de certos setores, ao mesmo tempo em que incrementava a participação dos nacionais nos investimentos. Como N.Y. YOSHINO explica, a associação de capitais estrangeiros com nacionais é a regra, e somente nas indústrias em que as firmas japonesas têm clara superioridade competitiva é que é permitida a subsidiária totalmente controlada por estrangeiros¹⁸.

Símilar linha de procedimento mantém o México. Os países do Pacto Andino não viam na empresa multinacional um fator de desenvolvimento em si para os países receptores, para os quais as prioridades nacionais não são em geral atendidas.

Impotentes em controlá-las, tais países mantinham um sistema de restrições rígido como defesa, procurando, por seus próprios meios, o desenvolvimento desejado. O encorajamento de monopólios, formado por capitais

18 M.Y. YOSHINO. Nota 15. O Japão recentemente alterou sua atitude de extrema cautela quanto aos investimentos estrangeiros, admitindo-os como forma de evitar desemprego. Cf. *Fortune International*, May 1984.

estatais ou privados, através de incentivos fiscais ou a formação de empresas multinacionais próprias ou regionais, como a preconizada pelo Pacto Andino, eram propostos como formas de competir com a empresa estrangeira e prover o desenvolvimento através de imposição de prioridades nacionais. Por outro lado, é freqüente notar que tais prioridades são selecionadas, muitas vezes atendendo não apenas a objetivos estritamente econômicos, mas, sobretudo, sociais ou políticos.

Essa política, baseada no modelo da CEPOL de substituição de importações, com a produção autárquica em cada país, foi modificada tendo abolido o sistema da Decisão 24 do Pacto Andino e a conseqüente abertura aos capitais estrangeiros.

4. *Pretensão de desenvolvimento e o novo direito*

A pretensão de desenvolvimento dos Estados interfere diretamente com a estrutura da ordem internacional, tal como se encontra formulada.

A sociedade internacional está fundada no princípio da igualdade jurídica dos Estados. Ou seja, todos, independentemente de tamanho, população, riquezas naturais e desenvolvimento, são juridicamente iguais e assim devem ser tratados na ordem internacional. Esse postulado já era expresso por VATEL, refletindo uma concepção naturalista da organização internacional. Dizia VATEL: "Uma vez que os homens são naturalmente iguais e que seus direitos e obrigações são os mesmos, advindos igualmente da natureza, as nações compostas de homens e consideradas emanação de pessoas livres que vivem em conjunto, no estado de natureza, são também iguais e têm da natureza as mesmas obrigações e os mesmos direitos. O poderio e a fraqueza não produzem, a esse respeito, diferença alguma. Um anão é também um homem, tanto quanto um gigante; uma pequena república não é menos Estado soberano que o mais poderoso reinado"¹⁹.

Essa idéia de igualdade jurídica dos Estados pressupunha igualdade política que norteava a convivência das nações européias, inspiradoras do direito internacional clássico. Fundava-se, ademais, na noção da soberania dos Estados, no sentido de que nenhuma outra força ou autoridade existia acima deles, fonte primeira das normas de direito.

A Carta da ONU, formulada com respeito estrito aos conceitos clássicos e tradicionais do direito internacional, consagrou, de maneira formal e expressa, a pretensão de igualdade jurídica dos Estados, dispondo, em seu art. 2, que "A organização é fundada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros".

Apesar disso, a constituição dos órgãos diretivos da Organização não pôde deixar de consignar tratamento desigual, ao reservar aos cinco grandes

19 *Le Droit des gens*, Preliminares, 18-19 apud Maurice Floty "Inégalité Economique et Evolution du Droit International" — Colloque d'Aix-en-Provence — Pays Voie de Développement Transformation du Droit International".

da época, Estados Unidos, Grã-Bretanha, França, Rússia e China, posição diferenciada no Conselho de Segurança, aquinhoados com assento permanente. Essa desigualdade jurídica refletia, na verdade, desigualdade econômica, política e militar que justificava a atribuição de prerrogativas compatíveis com as responsabilidades desses Estados na preservação da paz internacional.

Esse primeiro sintoma de mudança de orientação nos rumos do direito internacional, acelerado a partir da própria criação da ONU e das organizações internacionais que a seguiram, traduziu, na verdade, anseios latentes da comunidade internacional de tratamento desigual a realidades desiguais. Se Luxemburgo e Índia são juridicamente iguais como Estados, é inegável serem profundamente desiguais em seu desenvolvimento e potencialidade²⁰. Ou, como enfatiza Guy de Lacharriére:

“É injusto tratar de maneira igual coisas desiguais. A justiça reclama que os Estados situados em níveis diferentes de desenvolvimento ou de potencialidade econômicas diversas sejam tratados de maneira sistematicamente desiguais, precisamente para compensar a desigualdade de situações”²¹.

A constatação dessa realidade motivou o reconhecimento de que a soberania estatal expressava apenas o poder político do Estado, dentro de seu território, não possuindo qualquer efeito na esfera econômica e no grau de participação das riquezas da terra.

No século dezenove, a comunidade internacional era representada pelos Estados europeus, os Estados Unidos e os latino-americanos, estes recém-saídos do colonialismo. Enquanto que os Estados Unidos apresentavam características que o distinguiam dos países latino-americanos, estes, quando se emanciparam de suas metrópoles, continuaram a ser considerados como colônias, ou sub-Estados, embora nominalmente possuíssem a qualificação formal de Estados. Afinal tinham conquistado a independência política, embora tivessem suas economias dependentes dos Estados europeus. Com a proclamação da doutrina Monroe, iniciou-se o processo de mudança de esfera de influência, passando os Estados Unidos, ao longo de todo o século dezenove, para firmar-se no século vinte, a substituir a influência econômica das antigas metrópolis européias.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a instauração do processo de descolonização das comunidades africanas e asiáticas, os Estados latino-americanos encontraram aliados. Deixaram de ser os únicos países alijados do processo de formação do direito internacional, cujo monopólio até então pertencia à Europa e aos Estados Unidos. Os Estados novos, no entanto, ao atuarem na área internacional, iniciaram por colocar em xeque as normas de direito internacional, selecionando as que lhes interessavam e contestando

20 Maurice Floy — *Le Droit International du Développement* — p. 25.

21 “Le Nouveau Système de Préférences Générales du Tiers Monde” — *Revue du Marché Commun* — mai 1969, p. 247.

as conflitantes com suas aspirações de igualdade absoluta, não apenas política, mas, principalmente, econômica.

Se a experiência latino-americana influenciou ou não o comportamento dos países asiáticos e africanos formados depois da Segunda Guerra Mundial, é questão que não importa discutir. O que é relevante é que a noção de soberania e igualdade jurídica na esfera internacional não satisfaz aos anseios igualitários dos Estados novos, dentre os quais se alinham os latino-americanos.

A consciência da desigualdade econômica, que se traduz na desigualdade de desenvolvimento, fez nascer a pretensão de tratamento desigual. Os Estados passaram a medir sua participação no processo comunitário sob o parâmetro do desenvolvimento. Os que o possuem em menor grau reclamam certas prerrogativas e direitos não extensíveis aos já desenvolvidos. Estes devem contribuir com os demais para possibilitar-lhes o nivelamento desejado na ordem internacional. Essa contribuição traduz-se no tratamento diferenciado nos organismos econômicos internacionais, em que os Estados menos desenvolvidos têm direitos especiais e não comuns aos países industrializados, como ocorre na regulamentação da exploração de recursos internacionais, no solo e subsolo marinhos, considerados patrimônio comum da humanidade, portanto, de exploração comum e em benefício da humanidade.

Pretende-se usar o direito internacional como instrumento de intervenção em prol dos desígnios desenvolvimentistas dos Estados. É o direito como estratégia. As normas são elaboradas em função de determinados fins perseguidos pela comunidade internacional ou, pelo menos, por parcela significativa da humanidade. Esta é a conclusão de MAURICE FLOY: "O direito internacional atribuiu-se uma finalidade precisa, a do desenvolvimento econômico que se associa à idéia geral de paz"²².

A busca da paz é uma constante na Carta da ONU, elaborada em tempo de guerra, para vigorar em tempo de paz e para mantê-la. Pela primeira vez reconheceu-se que a situação econômica e social era germen de perturbações da ordem internacional. E a criação do Conselho Econômico e Social reflete essa preocupação. O direito internacional, sensível à nova realidade, é encarado como um direito intervencionista, destinado a regulamentar relações entre Estados, tendo como princípio básico a finalidade do desenvolvimento econômico-social das comunidades nacionais²³.

No entanto, as normas tradicionais do direito internacional consagram a competência territorial dos Estados, soberanos politicamente em seus territórios; mas o desenvolvimento econômico não é questão que se situa exclusivamente no seio do Estado, transcendendo para áreas internacionais e envolvendo o relacionamento com outras comunidades independentes.

Se, de um lado, o conceito de soberania prevalece em sua plenitude e carregado do competente político-jurídico que lhe é insito, a necessidade

22. Maurice Floy, *Droit International du Développement*, p. 33.

23. Cf. Maurice Floy, *op. cit.*, p. 33.

de adaptação à realidade econômica de divisão do mundo e da interdependência fez evoluir a noção de soberania para a de competência territorial, em que cada Estado, como membro da comunidade internacional, exerce sua autoridade dentro de seu território.

Administração pública na Constituição Federal

JOSÉ DE CASTRO MEIRA
Juiz do TRF da 5ª região

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Administração: abrangência* 3. *Administração pública e indisponibilidade.* 4. *Os quatro princípios como exigência social.* 5. *Enumeração não é taxativa. Outros princípios.* 6. *O princípio da legalidade.* 7. *O princípio da impessoalidade.* 8. *O princípio da moralidade administrativa. A colaboração da jurisprudência.* 9. *O princípio da publicidade.* 10. *Conclusão*

1. *Introdução*

O estudo da administração pública em face dos preceitos básicos estabelecidos pela Constituição Federal, embora não se revista de ineditismo, parece revestir-se da maior importância pelas conseqüências que poderão advir para a sociedade brasileira a efetiva aplicação dos princípios que se acham inseridos no texto em vigor.

Desse modo, parece-me que o interesse na discussão do tema está ligado à própria cidadania, eis que o aperfeiçoamento das práticas administrativas corresponde, *ultima ratio*, à aplicação das idéias inspiradoras da democracia.

Neste trabalho, restrinjo-me ao exame dos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal em vigor, em face da doutrina e da jurisprudência.

2. *Administração: abrangência do conceito*

A Constituição Federal de 1988 dispõe que "a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Esta-

Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, em 19 de abril de 1993.

dos, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade", além das regras específicas que enumera nos diversos itens do art. 37.

No exame desse preceito constitucional escreve o administrativista TOSHIO MUKAI que "a disposição contém, em parte, alguma impropriedade". Uma delas, em seu entender, deriva de que "administração pública é sinônimo de Poder Executivo, e a norma abrange na expressão outros poderes, tais o Legislativo e o Judiciário" (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Saraiva 2ª ed. atual., 1989, pp. 47/48). A crítica do mestre paulista assenta-se no entendimento de que a administração pública é o conjunto das atividades do Estado que não sejam legislativas, judiciárias ou puramente políticas. Não merece acolhida, com o devido respeito.

A administração pública pode ser estudada sob o aspecto estrutural ou funcional, conforme se pretenda analisá-la quanto à sua feição orgânica ou quanto às atividades por ela desenvolvidas. Para RENATO ALESSI, *subjetivamente* a administração pública é o conjunto de órgãos a serviço do Estado e, *objetivamente*, é a expressão do Estado agindo *in concreto* para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.

No mesmo sentido, escrevem AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA, ao distinguirem dois sentidos na palavra "administração": o sentido material ou objetivo, coincidente com a função administrativa, alcançando todo ato de atividade administrativa, qualquer que seja o poder do Estado a exercê-lo; ao lado dessa acepção, teríamos o sentido formal ou subjetivo, que designa restritamente os atos emanados do Poder Executivo, seja ou não de função administrativa (cf. *Introducción al Derecho*, 6ª ed., 1960, El Ateneo, p. 568).

Outro reparo feito por MUKAI é quanto à inclusão da administração *fundacional* por entender encontrar-se ela abrangida pela expressão administração *indireta*. O legislador constituinte poderia ter adotado essa orientação. Todavia preferiu destacar as entidades fundacionais, considerando integrantes da chamada *administração indireta* apenas as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, conforme passou a preconizar o Decreto-Lei nº 200/67, com as modificações do Decreto-Lei nº 900/69.

3. Administração pública e indisponibilidade

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES acentuava que a palavra *administração* traz em si conceito oposto ao de *propriedade*, por indicar a atividade daquele que gere interesses alheios, e que os termos *administração* e *administrador* importam sempre a idéia de zelo e conservação de bens e interesses, ao passo que as expressões *propriedade* e *proprietário* trazem a idéia de disponibilidade e alienação. A distinção é relevante, principalmente para a administração pública, na qual os bens e interesses administrados pertencem a toda coletividade que, no caso brasileiro e nordestino, é formada de extratos carentes do mínimo necessário à própria sobrevivência. Daí por que a austeridade

na aplicação dos recursos públicos é exigência que se enraíza na solidariedade humana.

Conquanto possamos merecer críticas por discursar sobre o óbvio e por trazer à baila noções de há muito pacificadas na doutrina, a observação de fatos da vida nacional leva-nos a concluir pela necessidade de insistência nessas idéias. Não é raro observarmos maus administradores públicos agindo como se pudessem dispor das coisas e negócios públicos como se fossem bens destinados à sua função pessoal, de sua família e de seus amigos.

Exercendo um *múnus público*, deve o administrador público agir segundo as ordens emanadas do titular dos bens, interesses e serviços, que é o povo, a coletividade. Essas ordens são traduzidas principalmente através da lei, norma de caráter geral e abstrato, que exprime a vontade coletiva enunciada através dos representantes do povo que constituem o Poder Legislativo.

Em razão disso, não prevalece aqui a vontade do administrador, mas o objetivo final da administração pública, qual seja, o bem comum coletivo. Explicável assim a razão pela qual o agente do Poder Público está adstrito à rigorosa observância do que está preceituado na lei. Com a precisão de sempre, observa RUI CIRNE LIMA:

“O fim, e não a vontade do administrador domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a atividade pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito”.
(*Princípios de D. A. B.*, p. 19.)

Acrescento que a autoridade ou agente público jamais pode demitir-se dos poderes e responsabilidades inerentes ao exercício de suas funções, tendo em vista que tais atribuições não lhes foram outorgadas em razão de considerações de ordem pessoal, mas tendo em vista os superiores interesses da coletividade.

4. *Os quatro princípios como exigência social*

Tais idéias sempre foram dominantes no âmbito doutrinário. Entre nós, porém, com o advento da Constituição de 1988, mereceram ênfase especial, eis que foram expressamente referidos, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A adoção desses princípios pela vez primeira em um texto constitucional revela a preocupação do constituinte em evitar no futuro os históricos abusos, coibindo práticas ofensivas ao interesse público e ao aprimoramento dos costumes.

São fatos sociais a exigirem a evolução do direito. Há mais de trinta anos, o saudoso mestre FLÓSCOLO DA NÓBREGA ensinava-nos

“Como toda a cultura, o direito varia em função da vida social, pois é produto desta, sujeito ao mesmo condicionamento biopsíquico. Esse condicionamento gera as necessidades humanas, que são, em consequência, as mesmas para todos os homens; mas os meios de satisfazê-las variam e daí decorrem novas necessidades, que por sua vez reclamam novos meios de satisfação, dos quais resultam outras necessidades, e assim por diante”. (*Introdução ao Direito*, 2ª ed. rev. e amp., p. 20.)

Verifica-se que a vida social estava a reclamar a elaboração em nível constitucional de tais princípios que não são únicos nem exclusivos. Foram citados apenas a título exemplificativo, não se podendo descartar a existência de outros princípios que se acham implícitos no texto constitucional.

5. *A enumeração não é taxativa. Outros princípios*

Durante a elaboração da Constituição, o Projeto das Subcomissões ostentava também os princípios da movimentação e da proporcionalidade. É claro que a omissão de tais princípios na redação final não significa que possam ser afastados da prática administrativa. Acham-se eles subsumidos de certa maneira nos quatro princípios que já se haviam tornado clássicos entre nós, através da obra dos nossos mestres do Direito Administrativo, em especial HELY LOPES MEIRELLES.

O saudoso e festejado mestre vinha destacando esses mesmos princípios em sua obra clássica, *Direito Administrativo Brasileiro*, referindo-se apenas ao princípio da finalidade como equivalente ao princípio da impessoalidade, consagrado no texto constitucional. Trata-se, porém, de diferente denominação para a mesma essência, como veremos.

Tais princípios são as vigas mestras que passam a estruturar a administração pública na nova ordem constitucional. Admitem a convivência com outros tantos que corroboram para torná-los mais eficazes, enfatizando aspectos que não se acham explicitados nos princípios básicos.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, estão implícitos no texto constitucional outros princípios, como o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o da finalidade, o da razoabilidade, o da proporcionalidade, o da motivação, o do controle judicial dos atos administrativos e o da responsabilidade do Estado por atos administrativos (*Elementos de Direito Administrativo*, 2ª ed. rev., cap. 2).

Já o constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA acrescenta os princípios de finalidade — que entende achar-se imbricado com o da legalidade —, o da licitação pública, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e

o da responsabilidade civil da administração. (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed. amp., pp. 561/567.)

Detenhamo-nos de modo sintético sobre os quatro princípios destacados no texto constitucional.

6. *O princípio da legalidade*

O primeiro e mais importante deles é o *princípio da legalidade*. Assinalam os doutrinadores que esse princípio é a nota essencial do Estado democrático que está subordinado ao império da lei, pela qual é expressa a vontade popular, de modo a propiciar à coletividade o prévio conhecimento de como deverá ela conduzir-se. Enquanto o particular pode fazer tudo o que não estiver proibido — pois *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* —, exige-se do administrador público a estrita observância do comando normativo.

“Na administração pública — escreveu HELY LOPES MEIRELLES —, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (Ob. cit., p. 60.)

O fundamento político desse princípio foi magistralmente examinado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO na seguinte passagem:

“Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os excedentes do poder em concreto — o administrativo — a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada pois pelo Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social —, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.”

Acrescenta o mestre da PUC de São Paulo que tal princípio se contrapõe às tendências de exacerbação personalista dos governantes, opondo-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutismo, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvilvidos.

É oportuno assinalar que o princípio da legalidade não se subsume na mera submissão da administração pública às regras legais vigentes. Para enfatizar esse aspecto, CRETELLA JÚNIOR transcreve ensinamento de CHARLES DEBASCH, do qual destaco a seguinte passagem:

“Este princípio está ligado ao Estado liberal. Significa a sujeição da administração às regras do direito em vigor. Os particulares têm

assim a garantia de que a ação administrativa será conduzida objetivamente, e não com parcialidade." (In *Comentários à Constituição de 1988*, IV, Forense Universitária, p. 2143.)

Arremato este tópico lembrando a frase do publicista grego MICHAEL STRASSINOPOULOS segundo a qual a administração, além de não poder atuar contra *legem* ou *praeter legem*, só pode agir *secundum legem*.

7. O princípio da impessoalidade

Examino, agora, o *princípio da impessoalidade*. Como já foi anotado, nada mais é do que a denominação preferida pelo legislador constituinte para o já conhecido *princípio da finalidade*, estudado pelos doutrinadores, de modo especial pelo saudoso HELY LOPES MEDRELLLES. Tal princípio representou, sobretudo, a vitória das lutas contra os privilégios obtidos por minorias encasteladas no poder. Segundo ele, deve a administração pública tratar os administradores sem qualquer distinção. A atividade administrativa visa o bem comum. Desse modo, são inadmissíveis quaisquer discriminações como também não pode o ato administrativo ser emitido para beneficiar ou prejudicar pessoa determinada, mas unicamente para atingir a finalidade legal, que objetiva sempre o interesse público.

Entatiza CRETELLA JÚNIOR: *O administrador não é dominus*. Assim, deverá caracterizar-se como *bonus administrator, probus administrator*" (ob. cit., p. 2144).

A imprensa tem noticiado diversos casos em que se suspeita ter havido violação desse princípio em concorrências públicas nas quais as disposições editalícias pareciam dirigidas a determinadas empresas ou grupo de empresas. A pressão social da opinião pública revelou-se positiva, levando as autoridades responsáveis a determinar a anulação dos atos eivados de suspeição.

A impessoalidade administrativa é uma moeda de dupla face. Pode também ser encarada pelo lado do agente administrativo de qualquer categoria. A propósito, JOSÉ AFONSO DA SILVA lembra ensinamento de AGUSTIN GORDILLO para quem "a primeira regra do estilo administrativo é a objetividade" e observa que "a própria Constituição dá uma conseqüência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidades de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos" (in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., p. 570).

Este princípio está também prestigiado quando a Constituição exige o concurso público como forma de ingresso em cargos públicos (art. 37, II); quando proíbe discriminação por crenças e convicções (art. 5º, VII); quando assegura a todos o acesso à informação (art. 5º, XIV); quando estabelece a exigência de licitação para obras, compras, serviços e alienações (art. 37, XXI).

8. O princípio da moralidade administrativa. A colaboração da jurisprudência

O princípio da moralidade administrativa obriga o administrador a agir com correção e honestidade. Na obra clássica *O Direito e a Vida dos Direitos*, VICENTE RÁO observa que a concepção positivista que caracteriza as normas de direitos como normas rigorosamente técnicas acha-se superada há muito tempo, acentuando-se hoje a tendência de que as normas morais sejam transformadas em normas jurídicas, a chamada "moralização do direito" (ob. cit., Ed. RT, vol. 1, 3ª ed. atualizada, p. 49).

Devemos a MAURICE HAURIOU a sistematização do seu conceito. Assinalava o mestre não ser possível confundi-la com a *moral comum*, por tratar-se de uma *moral jurídica*, por ele entendida como o "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração".

Ensina MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO que a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de "bom administrador" que "é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum". (*O Controle da Moral Administrativa*, S. P., 1974, p. 11.)

Em outro tópico dessa preciosa monografia observa:

"Sem a moral ou o princípio da moralidade, as criações naturais do direito deixam de ser formas de convivência vital para se reduzirem a simples expressões figurativas convencionais e frias. Sempre um mínimo de ética é indispensável ao hermeneuta e ao julgador, ao jurista e ao juiz". (Id., ib.)

O princípio da moralidade administrativa vem ganhando maior relevo nos últimos dias quando o Chefe do Poder Executivo foi formalmente acusado de atentar contra a "proibidade da administração", nos termos do art. 85, V da Constituição Federal, ensejando a renúncia que antecipou sua destituição do cargo.

A expressão *proibidade administrativa* é sinônima de *moralidade administrativa* ou simplesmente de *honestidade*. Foi definida pelo administrativista luso MARCELO CAETANO como o dever de o "funcionário servir à administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira oferecer" (*Manual de Direito Administrativo*, ed. bras., Forense, 1970).

A Constituição impõe o dever de proibidade dos servidores públicos em geral ao prever, no § 4º do art. 37, que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

A inobservância do princípio da moralidade administrativa enseja o uso da ação popular, para cuja propositura qualquer cidadão é parte legítima, segundo dispõe o art. 5º, LXXIII, da Constituição.

Em estudo sobre o tema, o eminente Juiz JOSÉ DELGADO, do Eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entende que a observância deste princípio contribui para o fortalecimento das instituições públicas, assim escrevendo:

“A função da moralidade administrativa é de aperfeiçoar a atividade pública e de fazer crescer no administrado a confiança nos dirigentes da nação. Ela visa o homem como administrador em suas relações com o Estado, contribuindo para o fortalecimento das instituições públicas.” (*O Princípio da Moralidade Administrativa e Constituição Federal de 1988.*)

O conceito de moralidade administrativa está a merecer estudo mais aprofundado pela doutrina. A jurisprudência tem oferecido rica contribuição nesta temática, a exemplo destas duas ementas de julgados do Excelso Pretório:

“Demissão de funcionário. A absolvição deste, no processo criminal, não invalida necessariamente a demissão decretada com obediência à lei. O mesmo fato pode não ser bastante grave para configurar um crime e, todavia, constituir falta que justifique a demissão. Se a justiça criminal negar o fato ou a autoria, já não será possível, com base nele, manter a demissão, pois cumpre observar o princípio, segundo o qual, embora sejam independentes a responsabilidade civil e criminal, não mais se poderá questionar no cível sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime (Código Civil, art. 1525). No caso o juiz criminal não negou o fato nem a autoria. E, em face da grave falta cometida pelo réu e pela qual fora punido com justiça na esfera administrativa, benevolmente não quis acrescentar-lhe outra pena, a criminal, mas teve o cuidado de acentuar que justo fora o ato demissório. É de se manter, portanto, a demissão. Vivemos numa época em que a benignidade para com peculatórios e maus funcionários (no caso, pelo menos, há um mau funcionário) chega a estarrecer, causando na administração pública um afrouxamento moral de nocivas e graves conseqüências para a nação. O pronunciamento do seu Tribunal Supremo há de ser contra isso e não a favor disso. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (RTJ, vol. 23-01, p. 491.)

“CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. ART. 97, PAR-1, DA LEI FUNDAMENTAL. DECRETO N. 19.781/79, DE MINAS GERAIS, ART. 19 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO. SUA INCONSTITUCIONALIDADE.

Fixando o art. 19 e seu parágrafo único do Decreto nº 19.781/79 norma que contraria o princípio constitucional moralizador de concurso público para o provimento dos cargos da administração, o

qual se insere no art. 97 e seu § 1º, da Constituição Federal, tais preceitos regulamentares — que sequer encontram respaldo na lei regulamentada (Lei nº 7.452/78), hão de ser declarados inconstitucionais.” (RTJ, vol. 113-03, p. 996, Rel. Min. Aldir Passarinho).”

Em outra oportunidade, a Suprema Corte manifestou-se pela aplicação do princípio em matéria eleitoral, quando esposa canônica de titular de um cargo público pretendia subtrair-se a inelegibilidade legalmente estabelecida. Leia a ementa do acórdão:

“É legítima a hermenêutica constitucional que considerou inelegível a esposa casada apenas religiosamente com o titular do cargo por entender “que quem analisa detidamente os princípios que norteiam a Constituição na parte atinente às inelegibilidades, há de convir que sua intenção, no particular, é evitar, entre outras coisas, a perpetuidade de grupos familiares, ou oligarquias, à frente dos executivos”. Seria ilógico conceder-se à concubina casada no religioso, o que se nega à esposa legítima.” (RTJ, 103., p. 1321.)

Em monografia sobre o palpitante tema, o publicista espanhol JESUS GONZALES PERES observa que estão compreendidos no princípio da moralidade administrativa os princípios da *lealdade* e da *boa-fé*, segundo os quais a administração deve proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, vedando-se-lhe qualquer comportamento astucioso, cívado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício dos direitos por parte dos cidadãos (*El Principio General de la buena fé en el Derecho Administrativo*, apud C. A. BANDEIRA DE MELLO).

Nessa linha de pensamento, localizei um acórdão proferido pelo Eg. TRF da 3ª Região, entendendo que o princípio da moralidade também se estende à atividade legislativa e que a Lei nº 8.024/90, que determinou o bloqueio dos ativos financeiros, teria também contrariado o princípio da moralidade. Lê-se no tópico específico:

“A Lei nº 8.024/90, ao determinar o bloqueio de ativos financeiros, afrontou o direito de propriedade, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, além de contrariar o princípio da moralidade e da publicidade dos atos administrativos e o princípio do devido processo legal. Não menos violadora disciplina constitucional pátria é a Lei nº 8.076/90, cujo par. 1º peca não só contrariar a legislação relativa ao mandado de segurança, mas também por afrontar a própria essência dessa ação, firmada no art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal. Acrescente-se que o entendimento dominante nesta Corte volta-se no sentido de não admitir o efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tem, a não ser em presença de ilegalidade ou demonstração inequívoca de dano irreparável, o que não ocorreu no caso.” (MS 338782-90/SP 2ª Turma, 3ª Região, j. 3-12-91, DOE 9-3-92.)

Cabe observar que os tribunais pátrios, mesmo antes da promulgação da vigente Constituição, já vinham prestigiando este princípio, entendendo que a moralidade administrativa integra a legalidade do ato administrativo. Tornou-se clássico o Acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proclamando que “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo” (RDA 89/134).

Vê-se por essas decisões aqui trazidas meramente a título exemplificativo que tem sido de extrema valia a construção jurisprudencial na elaboração do conceito da moralidade administrativa, agora prestigiado pelo próprio texto da Lei Maior.

9. O princípio da publicidade

Por fim, refere-se a Constituição ao *princípio da publicidade*.

A publicidade é uma exigência da própria natureza da administração. Sendo pública, deve ser transparente, a fim de que a coletividade, em nome de quem age o gestor público, possa tomar conhecimento dos atos e decisões administrativos. A regra comporta exceção no caso dos atos e atividades relacionados com a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF).¹

Vista sob o prisma do administrado, recorde-se que a Constituição assegura a todos o direito à informação e o direito à certidão para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIII e XXXIV, b), e assegura o *habeas data* para ensejar o conhecimento de informações existentes em bancos de dados quanto à pessoa do administrado, ou para retificá-los, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, LXXII).

Proclama, ainda, a Constituição que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos” (art. 37, § 1º).

Em outras disposições a transparência dos negócios públicos é exigida. Assim é que preceitua: “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.” (art. 31, § 3º.) Determina também a publicação do montante da arrecadação de cada um dos tributos arrecadados pelos entes públicos (art. 162) e a publicação de relatório resumido de execução orçamentária (art. 165, § 3º). Ao dispor sobre a cultura, determina que a administração pública deve adotar providências para franquear a consulta da documentação governamental a quantas delas necessitem (art. 216, § 2º).

Essas disposições constitucionais buscam preservar o princípio da publicidade, assegurando a todos o amplo conhecimento dos negócios públicos. Adota-se, dessarte, medida profilática contra os negócios escusos, obtidos através de conchavos em gabinetes, na chamada "administração paralela", em práticas condenáveis que envergonham a todos nós.

No que toca à área do ensino, o Eg. TRF da 1ª Região aplicou este princípio num caso em que houve a alteração do período regular de matrículas na Escola Técnica Federal de Ouro Preto, em acórdão que porta a seguinte cmenta:

"ADMINISTRATIVO. ENSINO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DO PERÍODO REGULAR DE MATRÍCULAS, SEM PRÉVIA CONVOCAÇÃO EDITALÍCIA. MANIFESTO PREJUÍZO AOS CANDIDATOS APROVADOS. FERIMENTO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.

I — A Publicidade, embora não constitua elemento formativo do ato administrativo, é requisito essencial de sua eficácia e moralidade, por isso que, hoje, já se encontra alçada a nível constitucional, obrigando toda a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF., art. 37, CAPUT).

II — No caso *sub judice*, se o departamento de ensino da Escola Técnica Federal de Ouro Preto omitiu-se em expedir edital de convocação dos candidatos aprovados no concurso realizado, em janeiro de 1987, para as matrículas, que deveriam ser efetuadas de 28 a 30-1-87, consoante subitem 14.28 do edital do gabinete do Diretor nº 002/86, afigura-se legítima a presunção do impetrante de que prevaleceria a data tradicional de realização de matrículas, naquela escola, tal como prevista no art. 38, anexo I do Regimento Interno, vale dizer, no período de 1 a 20-2-87.

III — Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (REO 3116/90/MG, 2ª Turma, DJ 12-8-91).

Como vemos, o princípio da publicidade assume expressiva importância em nosso direito e deve merecer o maior realce pelo alto escopo que visa a alcançar.

10. Conclusão

Merece nossos aplausos o legislador constituinte de 1988 ao procurar tornar efetivos velhos princípios que de há muito vinham sendo preconizados pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, com vistas ao aprimoramento de nossas instituições políticas e jurídicas. A propósito, trago aqui as palavras do sábio mestre SEABRA FAGUNDES:

"A Constituição de 5 de outubro de 1988, desvinculando-se da inoperosidade com que até então se portara o legislador consti-

tuinte, nas várias fases da evolução histórica do constitucionalismo brasileiro. manifestou-se vigorosamente inovadora no campo do controle da administração pública pelo poder judicante e, como aliás se manifestou em outros vários setores institucionais (direitos fundamentais. Ministério Público, política urbana, terras indígenas, meio ambiente. etc)". (*Nova Ordem Constitucional — Aspectos Polêmicos*, pp.. 386/390.)

Encerro o presente trabalho destacando algumas nuances no meu entender da maior importância no contexto do que até aqui se explanou. É fato inofismável a já existência das normas jurídicas. Qualquer tentativa de aprimoramento institucional, contudo, passa necessariamente por um processo de aperfeiçoamento também delas, ou de sua atuação no mundo, condição para fazê-lo melhor. A força motriz de toda a transformação desejada há de ser, com certeza, o esforço de cada cidadão, e em particular dos que trabalham mais diretamente com o jurídico. Será com coragem cívica e entendimento que a sociedade evoluirá nesta seara.

Que Deus nos ajude!

Bibliografia

- AFTALIÓN, Olano e Vilanova. *Introducción al Derecho*, 6ª ed., 1960, El Ateneo.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Forense, 1970.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, Forense Universitária.
- DELGADO, José Augusto. *O Princípio da Moralidade Administrativa e Constituição Federal de 1988*. Inédito.
- FAGUNDES, Seabra. *Nova Ordem Constitucional*.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moral Administrativa*, S.P., 1974.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Sulina.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., RT.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, 2ª ed. revista, Malheiros Editora.
- MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 2ª ed., 1989.
- NÓBREGA, Flóscolo da. *Introdução ao Direito*, 2ª ed. rev. e amp., 1962, José Konfino — Editor.
- RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, Vol. 1, 3ª ed., atualizada, RT.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª e 6ª edições, Malheiros Editores.

Da ultra-atividade da suspensão de liminar em *writ*

ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO
Assessor de Juiz do TRF 5ª Região

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O mandado de segurança — considerações gerais. 3. Da liminar em mandado de segurança — requisitos — peculiaridades. 4. Da suspensão da execução da liminar e da sentença concessiva da segurança — considerações gerais. 5. Dos efeitos da suspensão da execução da liminar. 6. Conclusões.

1. *Introdução*

O presente estudo visa a esclarecer um aspecto prático de suma importância, que tem provocado dúvidas em profissionais do direito: o alcance da suspensão da execução de liminar, prevista no art. 4º da Lei nº 4.348/64, após prolatada sentença concessiva da segurança. Será analisada a matéria à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátrias.

Para proporcionar uma exata compreensão da problemática suscitada, faz-se mister tecer uma série de considerações sobre o próprio mandado de segurança, a liminar, e o instituto da suspensão de segurança, para se penetrar, em seguida, no tema fulcral objeto de análise.

2. *O mandado de segurança — considerações gerais*

Em que pese à vulgarização do remédio heróico excepcional, utilizado em várias ocasiões para se obter um pronunciamento jurisdicional célere, que, por uma questão de estrutura, não raras vezes, o Poder Judiciário não tem conseguido oferecer, pelas vias ordinárias. Entretanto, diversos aspectos devem ser salientados no instituto processual, sob pena de se instaurar *writs* sem respaldo legal, sem se conseguir uma manifestação sobre a suposta pretensão, por faltar condições e exigências de procedibilidade.

Qual a finalidade do mandado de segurança? A Constituição Federal confere ao *mandamus* a qualidade de garantia processual, inserindo-o no dispositivo que versa sobre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º). Quanto ao impetrante, ou seja, no que se refere às pessoas capacitadas e legitimadas a lançarem mão do *writ of mandamus*, rezam as conceituações legal e constitucional que qualquer um que se julgue lesado ou ameaçado, em seu direito líquido e certo, pode intentar o remédio heróico.

Neste aspecto, a Carta Magna de 1988 trouxe uma significativa evolução. Antes, só a parte lesada ou ameaçada poderia impetrar o mandado de segurança. Hoje, a figura da substituição processual é claramente possível, no chamado mandado de segurança coletivo. A defesa dos interesses difusos e coletivos pode ser efetuada por partidos políticos, com representação no Congresso Nacional. Por outro lado, as organizações sindicais, entidades de classe e associações (desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano) podem interpor *writ* na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A exigência imposta às associações se justifica para que não se institua tais entidades com o intuito apenas de ingressar com o *mandamus*. Posiciono-me, no tocante à segunda hipótese de *writ* coletivo, pela desnecessidade de autorização expressa prévia dos associados, quando se cuida de interesse de toda a categoria e quando exista previsão nos estatutos da entidade. Quando se tratar de interesses individuais, entretanto, tal intervenção se afigura indispensável.

Superado este aspecto, examino o objeto do *mandamus*. O remédio heróico é intentado com o fito de proteger direito líquido e certo, excetuados aqueles assegurados por *habeas data* ou *habeas corpus*. O primeiro, inovação da novel ordem constitucional, garante a livre acessibilidade dos indivíduos aos bancos de dados das entidades integrantes da administração pública, para identificar as informações ali presentes sobre si mesmos ou com o fito de retificá-las, se for o caso. O segundo representa a consagração da proteção constitucional ao direito de locomoção (de ir, estar e permanecer onde se encontra), a ser defendido ante restrições ilegais e abusivas, podendo apresentar-se sob a modalidade preventiva ou repressiva.

Feitas tais ressalvas, destaco que o dispositivo constitucional é bastante claro ao se referir a direito líquido e certo. Afasta-se, portanto, de plano, a possibilidade do *writ*, quando se cuidar de mera expectativa de direito, de direito em formação, sob condição ou termo, ou quando for necessária uma determinação ulterior dos limites do direito. Ademais, depreende-se, daí, que o direito já deve estar demonstrado de imediato não sendo pertinente, no curso processual do rito especial mandamental, a discussão da matéria de ordem fática, que demande instrução probatória. Isto posto, o impetrante deve, desde logo, anexar todos os documentos necessários à comprovação do seu direito e da lesão efetiva ou potencial.

O que será atacado pelo *mandamus*? Uma ação ou omissão abusiva ou ilegal, consubstanciada ou em vias de ser efetivada, de uma autoridade pública ou de quem quer que esteja investido do *munus publico*. Constata-se, pois, que não é qualquer pessoa que pode ocupar a posição de impetrado na relação processual indicado como autoridade coatora. Há que estar no exercício de função pública, o que pode se verificar, ocorrendo delegação, em quem não seja o servidor público *lato sensu*. E não é pessoa física, que eventualmente esteja no exercício da função, mas a autoridade, independentemente de quem a esteja exercendo. Muito menos se pode dizer que seria a pessoa jurídica a cuja estrutura pertence.

O ato impugnado pode se constituir numa conduta comissiva ou omissiva, desde que a autoridade inviabilize ou dificulte o exercício do direito líquido e certo do impetrante, deixando de se pronunciar num período de tempo razoável ou no prazo estipulado em lei, injustificadamente. Pode ser impetrado o *writ* preventiva ou repressivamente, dependendo da circunstância vivenciada, ou seja, se o ato já se perpetrou ou ainda se verifica em sua forma potencial. Finalmente, o ato deve ser ilegal, compreendendo-se aí qualquer ato atentatório ao Direito Positivo, em suas mais diversificadas manifestações, ou abusivo, quando praticado em situação que caracterize excesso ou desvio de poder, o que, a rigor, já se enquadra no conceito de ilegalidade.

Por outro lado, a lesão ou ameaça deve ser concretamente considerada. Não é o simples surgimento de uma norma, da qual possam advir danos ao direito líquido e certo, que motiva o aforamento do mandado de segurança. Já há súmula no sentido de descaber o *writ* contra a lei em tese. No caso, tal só seria admissível quando se cuidasse de lei de efeitos concretos ou caso não traduza um comando geral, dizendo respeito, desde logo, a interesse do impetrante, como quando se determina uma desapropriação, por exemplo.

Questão que tem motivado infindáveis debates no seio jurisprudencial é a possibilidade de interposição de *mandamus* contra decisão judicial. Entendo que, caso ocorra uma manifestação jurisdicional nitidamente teratológica, flagrantemente ilegal, não há qualquer óbice à utilização do remédio heróico. Embora não se admita o uso do *writ* como substitutivo do recurso cabível, tem-se aceitado, com o que concordo, a impetração do *mandamus* com o fito específico de emprestar efeito suspensivo ao recurso efetivamente interposto. Neste caso, a parte deve demonstrar que a não suspensividade do recurso acarretará danos de tal ordem que a sua reparação resultará bastante dificultada ou mesmo impossibilitada, caso reformado o decisório.

Pelas suas características especiais, o *mandamus* não comporta, a rigor, um contraditório. A autoridade apresentará, no prazo legal, informações justificando o porquê de sua ação ou omissão, indicando, desde logo, todos os aspectos processuais preliminares que entenda pertinentes. Tais informações são de caráter pessoal, não podendo ser prestadas pela assessoria jurídica da pessoa jurídica de cujo quadro faça parte a autoridade. Ela própria firmará as informações, sendo por elas responsável.

Em seguida, o magistrado solicitará o pronunciamento do Ministério Público, diante do interesse público de que se reveste, necessariamente, o *writ*. A Lei nº 1.533/51 estabelece que, na hipótese de concessão de segurança, a demanda será examinada pelo Juízo *ad quem*, independentemente da interposição de recurso voluntário, que, no caso, será interposto pela pessoa jurídica interessada (e não, pela autoridade impetrada) ou pelo Ministério Público.

Caso o *writ* seja interposto perante um tribunal e a decisão for denegatória, prevê a Constituição Federal a interposição de recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência já tem pacificado no sentido de descaber os embargos infringentes, quando se decidir a apelação em mandado de segurança, por maioria de votos, restringindo-se tal recurso às apelações cíveis e ações rescisórias. Está estipulado, ainda, um prazo decadencial (peremptório e fatal), para o ajuizamento do *writ*, de 120 (cento e vinte) dias, a partir da ciência do ato impugnado. Transcorrido tal período, só resta a quem se julga prejudicado recorrer às vias ordinárias. É o que também pode ocorrer quando o *writ* é extinto sem a apreciação do mérito.

A Lei nº 1.533/51, que versa sobre o mandado de segurança, prevê a possibilidade de deferimento de liminar, com ou sem justificação prévia, caso presentes os requisitos legalmente exigidos para tal. Sobre tal instituto — a liminar em *mandamus* — discorrerei em seguida.

3. Da liminar em mandado de segurança — requisitos — peculiaridades

A providência liminar, prevista em diversos procedimentos específicos, como a ação civil pública, e inserida no poder cautelar geral do juiz, tem cabimento quando se fizer necessária a suspensão de um determinado ato, enquanto não prestada, em caráter definitivo, a tutela jurisdicional, sendo, pois, de índole nitidamente instrumental. Visa viabilizar o próprio pronunciamento judicial. Pode ser deferida *ex officio* ou a requerimento da parte interessada.

A Lei nº 1.533/51 taxativamente prevê a liminar em mandado de segurança, consistindo esta na suspensão dos efeitos do ato impugnado até o pronunciamento jurisdicional, a sentença definitiva. Entretanto, legalmente existe um prazo máximo, findo o qual tal providência perderá os seus efeitos. Tal prazo é de 90 (noventa) dias, a partir da concessão, prorrogável por mais 30 (trinta). Como o rito mandamental é célere, em tese, é possível que a sentença seja proferida dentro de tal interim. Por sua natureza excepcional, notadamente quando deferida sem a audiência da autoridade impetrada, o magistrado deve se cercar do máximo de cautela.

Em primeiro lugar, há que atentar para a configuração dos requisitos legais da providência, quais sejam, o *formus bono juris* e o *periculum in mora*. A fumaça, a aparência do bom direito está evidenciada pela pertinência, em tese, da pretensão deduzida judicialmente. O magistrado não se aprofundará no suposto direito líquido e certo, mas superficialmente examinará se

o pedido é jurídica e faticamente possível, se os argumentos tecidos pelo impetrante são razoavelmente plausíveis. Restando dúvida sobre a plausibilidade do direito, a demandar a apreciação das informações a serem prestadas e a ouvida do representante do *Parquet*, é prudente o indeferimento da liminar.

O *periculum in mora* está representado pelo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, caso mantido, em sua eficácia plena, o ato impugnado. A impossibilidade do retorno ao *status quo ante*, ou a caracterização de extrema dificuldade par tal mister, na hipótese de ser concedida a segurança requerida, exige a suspensão do ato, liminarmente, até a prestação da tutela jurisdicional, após o devido processo legal (*due process of law*).

Em segundo lugar, conclui-se, ao simples exame de tais requisitos, que uma liminar não deve ser deferida em caráter satisfativo, ante a sua provisóriedade e instrumentalidade imanentes. A liminar não é concedida em proveito do impetrante, mas em nome do próprio prestígio do Poder Judiciário, ávido por pronunciar decisões passíveis de cumprimento. A execução do ato impugnado, por vezes, ocasionando uma situação fática de índole irreversível, torna inútil qualquer deliberação judicial ulterior. Portanto, a eficácia das decisões judiciais, mais do que o suposto direito do impetrante, é que está em jogo e deve ser protegida das circunstâncias consolidadas.

Finalmente, cumpre destacar que a liminar é caracterizada por uma nítida instrumentalidade. Serve ao próprio processo. Daí, ser perfeitamente compreensível que venha a perder a sua eficácia, caso a segurança venha a ser denegada. Não se admite, pois, que a liminar consubstancie um pronunciamento jurisdicional antecipado, sem a observância do devido processo legal (*due process of law*), sem a solicitação das informações, sem a audiência do representante do *Parquet*. Muito se tem polemizado sobre a questão da recorribilidade dos pronunciamentos sobre liminares.

Há que se partir de uma premissa básica: o pronunciamento acerca de liminar é nitidamente discricionário. Incumbe ao magistrado, diante da realidade demonstrada pelo impetrante, averiguar se estão presentes os requisitos legais do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. A própria natureza célere do rito mandamental repele a recorribilidade de tal deliberação. Além do mais, é preciso, para se recorrer de uma decisão judicial, que a parte demonstre que lhe adveio prejuízo, motivo pelo qual lhe interessa a reforma.

Se a questão da liminar é regularmente analisada, não há porque indignar-se com o pronunciamento judicial. Se concedida, não carregando consigo qualquer característica de satisfatividade, não há qualquer prejuízo à pessoa jurídica à qual pertence a autoridade coatora. Se denegada, não há prejuízo ao impetrante, vez que não se conseguiu visualizar a possibilidade de configuração de uma situação fática tal que impedisse ou dificultasse sensivelmente o retorno ao *status quo ante*. De qualquer sorte, caso consiga um pronunciamento favorável, por ocasião da sentença, o ato impugnado será desconstituído, incorrendo ao impetrante qualquer dano. Importa se reportar a

jurisprudência do extinto e Egrégio Tribunal Federal de Recursos que, em algumas oportunidades, classificou o despacho de deferimento ou indeferimento de liminar entre os de mero expediente, sendo, portanto, irrecorrível.

Caso o indeferimento ou o deferimento de liminar se consubstancie num ato nitidamente atentatório à lei, ocorrendo uma manifesta ilegalidade, é perfeitamente possível a interposição de um outro mandado de segurança, vez que se cuida de ato judicial irrecorrível. Ressalto, entretanto, que esta matéria tem sido objeto de polêmica no seio doutrinário e jurisprudencial, estando longe de restar pacificado o tema. Se a execução da liminar puder proporcionar uma grave lesão à economia, ordem, saúde ou segurança públicas, há um remédio específico: a suspensão da liminar, prevista no art. 4º da Lei nº 4.348/64, a pedido da pessoa jurídica interessada, que abordarei oportunamente.

O ordenamento jurídico estabelece algumas hipóteses em que é vedada a concessão de liminares. Vale citar os mandados de segurança e cautelares relativos aos temas versados nas Leis nº 8.012, 8.014, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.034, 8.036 e 8.039/90. A Lei nº 8.076/90 expressamente suspendeu a concessão de liminares até 15 de setembro de 1992. Entre as matérias consignadas nos referidos diplomas legais, merece destaque, pela polêmica instalada nas cortes do País, o bloqueio dos cruzados novos determinado pela Lei nº 8.024/90. Embora muito se debata a respeito da possibilidade da lei impor limites à atuação jurisdicional, em sua manifestação discricionária, o mencionado diploma legal (Lei nº 8.076/90) encontra-se perfeitamente vigente e eficaz.

Também não é possível a concessão de liminares pertinentes a aumentos, extensão de vantagens, reclassificação e equiparação de servidores públicos. A Lei nº 5.021/66 expressamente veda o deferimento de providência liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias aos servidores públicos civis. Quanto aos aposentados, é salutar registrar que a Lei nº 8.213/91, que institui o novo Plano de Custeio e Benefício da Previdência Social, prevê que as importâncias de natureza alimentar percebidas pelos beneficiários não serão restituídas à Previdência. Daí, pois, parece-me impossível, em que pese à realidade dramática social vivida por tais pessoas, através de medida liminar, reajustar proventos ou pensões. Acarretar-se-ia uma situação de irreversibilidade, incompatível com a natureza provisória da providência liminar.

Uma vez prolatada a sentença, duas situações fundamentalmente poderão ser geradas. Acolhidos os argumentos da parte impetrante, identificado o direito líquido e certo, o atuar abusivo ou ilegal da autoridade, o magistrado concederá a segurança, tornando definitiva a liminar. O pronunciamento provisório, temporário, adquire certa definitividade, embora a *questio juris* necessariamente deva ser submetida ao Juízo *ad quem*, por força do duplo grau de jurisdição obrigatório. Se, ao contrário, não se comprovou qualquer direito líquido e certo, nem restou comprovada qualquer ilegalidade a macular o

ato impugnado, a segurança será denegada e a liminar automaticamente será cassada. Aliás, há que se considerar que os efeitos da decisão denegatória retroagirão à data de concessão da liminar.

No que tange à cassação da liminar, faz-se mister compreender que, a qualquer momento, o magistrado pode cassar a liminar, quando entender não ocorrentes os pressupostos legais para o seu deferimento. Tal prerrogativa demonstra, mais uma vez, o caráter discricionário da medida, analisada de acordo com o livre convencimento do julgador.

4. *Da suspensão da execução da liminar e da sentença concessiva da segurança — considerações gerais*

A Lei nº 4.348/64, que inseriu diversas modificações no regramento do *writ*, criou um novo instituto: a suspensão da execução da liminar ou da sentença concessiva da segurança. Atento às peculiaridades do *mandamus*, o legislador estabeleceu um mecanismo para a proteção do interesse público, diante dos pronunciamentos judiciais em mandados de segurança, consistentes no deferimento de liminar, ou na própria sentença concessiva da segurança.

Cuidarei, agora, de cada um dos requisitos para tal providência. Em primeiro lugar, analisando a natureza jurídica do instituto, não se pode enquadrar a suspensão da liminar ou da segurança entre as ações. Por não se poder falar em pretensão resistida, vez que o pleito não ataca o suposto direito líquido e certo do impetrante, objetivando, tão-somente, suspender os efeitos do pronunciamento judicial, não há uma nova ação. Também não há que se falar em recurso, como se depreende do simples exame dos elementos caracterizadores dos recursos.

A parte não manifesta sua inconformação com a decisão pedindo a sua reforma ou anulação, apenas pede que se suspendam os efeitos do pronunciamento judicial. A via apropriada para tal seria o recurso legalmente previsto, no caso da sentença, a apelação. Quanto à concessão de liminar, já expus entender o ato judicial irrecorrível diante da natureza do rito mandamental, da provisoriedade e da sua conseqüente não-satisfatividade. Seria, pois, um mero requerimento dirigido ao presidente do tribunal a que está vinculado o julgador prolator do decisório cujos efeitos se pretende suspender. É uma espécie *sui generis*, não podendo ser visualizada nem como ação, nem como recurso.

Quem tem legitimidade para pleitear a aludida suspensão? Segundo a literal dicção do comando normativo, a pessoa jurídica interessada de direito público. Podem intentar o pleito os entes políticos (União, Estados e Municípios) e as demais pessoas jurídicas de direito público, as autarquias, as fundações públicas (aqui compreendidas as instituídas e mantidas pelo Poder Público, cuja lei criadora fez prevalecer as características do regime de direito público, equiparando-se às autarquias). Em que pese à possibilidade de empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas cujo controle acionário pertence ao Poder Público, e mesmo empresas privadas (concessionárias

ou permissionárias) exercerem serviços públicos, podendo assumir alguns de seus integrantes a condição de autoridade coatora no *writ*, o dispositivo legal é textual. Apenas as pessoas jurídicas de direito público podem ingressar com o pedido de suspensão.

No que tange aos fatores ensejadores do requerimento, a Lei nº 4.348/64 reporta-se à potencialidade de lesão à ordem, à economia, à saúde, à segurança públicas, ou seja, o interesse público em geral. Patente a possibilidade de se causar uma grave afronta ao interesse público, cumpre ao presidente do tribunal deferir a suspensão requerida, sendo nesta hipótese seu pronunciamento recorrível. A irrisignação do impetrante deverá ser oposta através de agravo regimental. Caso indeferido o requerimento, não há previsão legal de qualquer recurso. É o que se depreende da análise da Súmula nº 506 do Supremo Tribunal Federal, que faz referência ao presidente daquela corte, mas deve ser aplicada, ante a omissão do comando normativo, a todos os presidentes de tribunais.

5. Dos efeitos da suspensão da execução da liminar

O ponto fulcral da presente análise é exatamente o alcance da deliberação do presidente do tribunal, suspendendo os efeitos de liminar deferida em *writ of mandamus*. Tal decisão tem eficácia até a prolação da sentença concessiva da segurança, ou perdura até que o *decisum* transite em julgado? Não resta dúvidas de que se cuida de dois atos judiciais distintos: a liminar e a sentença. As circunstâncias fáticas que justificam uma e outra manifestações judiciais são diferentes, pela própria natureza dos referidos institutos processuais.

Ao deferir a liminar, o magistrado atende a uma exigência do trâmite processual. A viabilidade da deliberação final depende da manutenção de uma certa realidade, o que reclama a suspensão do ato impugnado, para que as circunstâncias não ganhem contornos de definitividade. Assim, com um exame meramente superficial, limitado à verificação dos requisitos legais (o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*), concede-se a providência, após a provocação da parte interessada ou *ex officio*, que, por ser uma hipótese que excepciona o contraditório processual, quando determinada *inaudita altera parte*, não pode ter caráter satisfativo.

Na concessão da segurança, ao contrário, a matéria em tela foi apreciada perfunctoriamente. O magistrado não teve acesso tão-somente aos argumentos tecidos pela parte impetrante. A autoridade indigitada como coatora teve a oportunidade de se manifestar, justificando o seu agir, buscando afastar as alegativas de ilegalidade ou de abusividade. Levantaram-se as questões preliminares prejudiciais atinentes à espécie. O Ministério Público, na condição de fiscal da lei (*custos legis*), foi instado a se pronunciar, emitindo parecer sobre a demanda judicial. O devido processo legal foi devidamente observado, em proveito da própria credibilidade das deliberações judiciais. Portanto,

embora ambos os decisórios se refiram a uma mesma realidade fática, os momentos são distintos.

Destaco que a sentença proferida em mandado de segurança, em virtude de suas repercussões, por determinação legal está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório. Quer dizer, embora não ocorra recurso voluntário, que, no caso, poderia ser interposto pela pessoa jurídica interessada ou pelo Ministério Público, o feito deverá ser reapreciado pelo Juízo *ad quem*, o tribunal a que esteja vinculado o julgador monocrático, prolator da sentença. No entanto, o referido decisório pode ser executado provisoriamente, o que importa concluir que a apelação porventura interposta será recebida tão-somente em seu efeito devolutivo. Se a pessoa jurídica de direito público entender, entretanto, que a execução da sentença implicará ameaça de lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas, nos termos do art. 4º da Lei nº 4.348/64, poderá pedir a sua suspensão.

Por outro lado, pode ocorrer que a liminar deferida pelo julgador *a quo* tenha seus efeitos suspensos por deliberação do presidente da corte *ad quem*, o que gera uma dúvida: a deliberação do presidente do tribunal; uma vez concedida a segurança, perderá a sua eficácia? Entendo que não. Embora executável provisoriamente, a simples publicação da sentença não torna definitiva a apreciação da matéria, vez que a lei exige o reexame da contenda pelo tribunal, independentemente da interposição de recurso voluntário. Assim, só com o pronunciamento final, ou seja, só com o trânsito em julgado da sentença é que perderá a eficácia a suspensão da liminar.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é mais explícito elucidar a dúvida acima levantada. No § 3º do art. 297 (que trata da suspensão da execução da liminar ou da decisão concessiva da segurança), está consignado que “a suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito se a decisão concessiva for mantida pelo Supremo Tribunal Federal ou transitar em julgado”. Embora se refira tão-somente à suspensão da segurança, entendo deva ser aplicado também à suspensão da liminar, que há de perdurar até o trânsito em julgado da sentença, como já salientei acima. Até por uma questão de técnica legislativa, como o *caput* do art. 297 cuida das duas hipóteses de suspensão, é perfeitamente possível tal interpretação.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a ocasião de decidir sobre a matéria, ao julgar o agravo regimental na Suspensão de Segurança nº 60 — PA, em 13 de junho de 1991. A ementa do referido *decisum*, publicada no *Diário da Justiça* da União, em 5 de agosto de 1991, da lavra do eminente Ministro TORREÃO BRAZ, não deixa qualquer dúvida quando diciona que “a suspensão de liminar perdura enquanto tiver fluência a causa ou pender recurso e somente perderá eficácia quando a decisão concessiva do *writ* transitar em julgado ou for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça”. Assim interpreta o § 3º do art. 25 da Lei nº 8.038/90.

A coisa julgada merece, no ordenamento jurídico brasileiro, um destaque especial. Tanto que a própria Constituição Federal traz em seu bojo um

comando onde, explicitamente, determina-se a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à *coisa julgada*. É da tradição pátria, elevado ao nível de princípio do Direito Processual, a recorribilidade das decisões judiciais. O sistema recursal brasileiro é de ampla magnitude, só se podendo, a rigor, afastar a possibilidade de recurso os despachos de mero expediente, mesmo porque, em tese, por apenas determinar o processamento regular dos efeitos, não ocasiona prejuízo a ninguém.

Assim, as partes interessadas, que se sintam prejudicadas com as deliberações judiciais, podem manifestar sua inconformação com o pronunciamento do julgador, monocrático ou colegiado, interpondo o recurso cabível à espécie, na forma e prazo legais. Esgotados os recursos ordinários, é possível ainda a interposição dos recursos especial e extraordinário, nas hipóteses constitucionalmente previstas. Os efeitos devolutivo e suspensivo dos recursos são de suma importância para a proteção do interesse do recorrente em ver a questão reapreciada.

É certo que nem todo recurso tem efeito suspensivo. Mas, em algumas hipóteses legais, ele será conferido, para, inclusive, tornar exequível um suposto pronunciamento do Juízo *ad quem*, reformando a deliberação atacada. O efeito devolutivo oferece a possibilidade de reexame do efeito por um colegiado. Os magistrados são seres humanos, passíveis, pois, de erros. A submissão dos temas ao tribunal confere uma maior segurança às próprias decisões judiciais. Apenas em algumas situações, o magistrado relator da demanda pode decidir, sem levar a matéria ao colegiado. Em regra, apreciados os feitos por diversos magistrados (nas Turmas, Seções, Câmaras e Plenário do tribunal), normalmente mais experientes, podem ser levantadas questões que passaram despercebidas pelo julgador *a quo*.

Hoje, não mais subsiste o recurso denominado "embargos infringentes" ou "embargos de alçada", cujo exame incumbia ao próprio prolator da sentença vergastada, afastado a partir do advento da Lei nº 8.197/91. Apenas os embargos declaratórios são submetidos ao responsável pela decisão atacada, e os agravos, somente para o exercício do juízo de retratação. Esgotados todos os recursos, ordinários e excepcionais, só resta à parte inconformada, se ocorrer alguma ou algumas das hipóteses consignadas no art. 485 do Código de Processo Civil, interpor a chamada "ação rescisória".

Cumpr-me, agora, diferenciar a coisa julgada formal e material. Na primeira, o feito não foi apreciado em seu mérito. Assim, em regra (salvo nas hipóteses de perempção, litispendência e coisa julgada), nada impede que a parte renove o pedido, através de outra ação. Na segunda, ao contrário, o mérito foi objeto de deliberação; portanto, a parte, em função da sanatória da coisa julgada, não mais pode interpor demanda judicial sobre o mesmo fato. Tal classificação também ocorre com o mandado de segurança. O art. 16 da Lei nº 1.533/51 taxativamente prevê a possibilidade de renovação do pedido do *writ* se a decisão denegatória não tiver adentrado no mérito da contenda.

Neste ponto, a parte impetrante pode ainda provocar o Juízo através das vias ordinárias, exceto quando o mérito for analisado, concluindo-se pela inexistência de direito a ser protegido (independentemente de estar ou não caracterizado pela certeza e liquidez). No caso, a jurisprudência tem se pacificado no sentido de se configurar a coisa julgada material. Salutar o registro da definição legal de coisa julgada. O Código de Processo Civil, em seu art. 467, conceitua o instituto como "a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

É uma qualificação da sentença, imposta em virtude da omissão da parte interessada, que deixou fluir os prazos legais para a interposição dos recursos cabíveis, ou em virtude da rejeição de todos os recursos, com a manutenção da interpretação da realidade fático-jurídica, emprestada pelo julgador *a quo*. Encontra-se respaldada na teoria da segurança jurídica. Quando submetem ao Poder Judiciário uma controvérsia, as partes pretendem seja solucionado o conflito, o que ocorre através da prestação da tutela jurisdicional. Gerar-se-ia uma situação de instabilidade social se, a qualquer tempo, os pronunciamentos jurisdicionais pudessem ser reformados ou anulados.

Dá a garantia de que só em situações excepcionais, expressamente consignadas em lei, as questões analisadas em caráter definitivo podem ser reexaminadas. Assim, retornando ao tema do presente estudo, a simples publicação da sentença não tem o condão de proporcionar a perda da eficácia da suspensão da execução da liminar determinada pelo presidente do tribunal, o que só se verificará com o trânsito em julgado da decisão, o que, de qualquer sorte, ainda que as partes interessadas não apelem, advirá após a manifestação da corte *ad quem*, por força do duplo grau de jurisdição obrigatório.

6. Conclusões

Com a explanação acima, analisando os aspectos mais significativos de institutos jurídicos cada vez mais utilizados na atualidade (mandado de segurança, liminar, suspensão da execução da liminar e da sentença concessiva da segurança), procurou-se interpretar o alcance temporal da suspensão da execução da liminar deferida em mandado de segurança, notadamente tendo em vista a superveniência do pronunciamento sentencial.

Diante da legislação, doutrina e jurisprudência pátrias, portanto, concluiu-se que, em virtude da necessidade das sentenças concessivas de segurança serem reexaminadas pelo Juízo *ad quem* e em função da necessidade de emprestar-se ao pronunciamento judicial a definitividade exigida pela segurança jurídica, a suspensão da liminar há de persistir até que transite em julgado a sentença concessiva da segurança.

Dá não merecer guarida o entendimento de que, com a simples superveniência da sentença e a sua respectiva publicação, a deliberação do presidente do tribunal, na forma do art. 4º da Lei nº 4.348/64, perderia a sua eficácia, vez que a *questio juris* só será definitivamente solucionada com um pronunciamento definitivo, o que só ocorrerá com a sanatória da coisa julgada.

Jurisdição e administração

Notas de direito brasileiro e comparado

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA
Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. *Objeto e método do trabalho.* 2. *O problema no direito romano.* 3. *A contribuição de Montesquieu e da Revolução Francesa.* 4. *O sistema alemão.* 5. *O direito italiano.* 6. *Os sistemas de Common Law.* 7. *O direito brasileiro.* 8. *Considerações conclusivas. Bibliografia*

1. O objeto principal deste trabalho prende-se ao exame das relações e interdependências entre jurisdição e administração, no sistema jurídico brasileiro.

Para esse efeito, mostra-se de grande utilidade, por mais de uma razão, o trato da matéria com enfoque de direito comparado. É que este ramo da ciência jurídica não só exhibe indiscutível efeito pedagógico¹ e serve ao entendimento internacional, como também propicia melhor conhecimento do direito nacional². E, efetivamente, "Le droit comparé est appelé à jouer un grand rôle dans le renouvellement de la science du droit, et dans l'élaboration d'un droit international nouveau répondant aux conditions du monde moderne"³.

¹ Ver, sobre isso, PIERRE ARMINION, BARON BORIS NOLDE, MARTIN WOLFF. *Traité de Droit Comparé*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. I, pp. 14 e segs., que mencionam ainda o papel de instrumento de trabalho do prático e do trabalho legislativo, ressaltando a sua importância como disciplina auxiliar.

² Assim, RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1974 pp. 8 a 13.

³ RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes*, cit., p. 13. O grande mestre do direito comparado igualmente sublinha, com inteiro acerto (ob. cit., pp. 18-9), que "Le droit comparé a un rôle de premier plan à jouer dans la science du droit. Il tend en effet, en premier lieu, à éclairer les juristes sur le rôle et la signification du Droit, en mettant à profit, à cette fin, l'expérience de toutes les nations. Il vise d'autre part, sur un plan pratique, à faciliter l'organisation de la société internationale en faisant voir les possibilités d'accord et en suggérant des formules pour la réglementation des rapports internationaux. Il permet en troisième lieu aux juristes de diverses nations, pour ce qui concerne leurs droits internes, d'envisager leur amélioration en s'évadant de la routine".

Já se ressaltou, por sinal, com grande propriedade, que "o século XX, pelas crescentes repercussões em nível internacional de todos os acontecimentos, tornou-se o século da comparação jurídica" ⁴.

2. É corrente, entre os cultores do direito comparado, a classificação dos diversos sistemas jurídicos contemporâneos em três grandes famílias: a família romano-germânica, a do *Common Law* e a dos Direitos Socialistas.

A família romano-germânica agrupa os países em que a formação do fenômeno jurídico deu-se sob inspiração do direito romano. Em ditos países as normas jurídicas são concebidas como normas de conduta, estreitamente vinculadas a preocupações de justiça e de moral. A ciência jurídica tem a tarefa fundamental de determinar o conteúdo destas normas; absorvida neste trabalho, a "doutrina" muito pouco se interessa pela aplicação do direito, deixando esse aspecto para os práticos do direito e da administração. Uma outra característica da família romano-germânica habita no fato de que os direitos são elaborados, antes de tudo, por razões históricas, com o fim de ordenar as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito apenas se desenvolveram posteriormente, de modo mais imperfeito, a partir dos princípios do "direito civil", que continua a ser o centro por excelência da ciência jurídica ⁵.

Não é demais ressaltar, nessa sede, a reconhecida inaptidão do direito romano para o direito público. Por isso, entre os romanos, embora o direito e a jurisdição penais, assim como a administração do Estado, fossem considerados matérias públicas, estavam submetidos ao jogo das forças políticas e não a um critério puramente jurídico ⁶. Bem por isso, os juristas não emitiam ditames nessa matéria, nem sobre ela estendiam o seu estudo. Somente no período clássico tardio, a literatura jurídica romana alcança, assim mesmo com certas limitações, o direito penal e determinados ramos do direito administrativo ⁷.

E, por essa razão, a lição da história informa que, durante séculos, o direito privado foi o único direito do continente europeu. As jurisdições instituídas ou reconhecidas pelo Estado só podiam desempenhar suas funções na esfera do direito privado: se a administração figurasse como parte do

4 WALTER J. HABSCHIED, *Introduzione al Diritto Processuale Civile Comparato*, Maggioli ed., (1985), p. 15. Sobre a importância do direito comparado na sociedade moderna, conferir ainda as interessantes observações de MAURO CAPPELLETTI, *Il Diritto Comparato e il Suo Insegnamento in Rapporto ai Bisogni della Società Moderna*, em *Processo e Ideologie*, Bologna, Il Mulino, 1969, pp. 265-285.

5 Cf. RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes*, cit., p. 72, que classifica na família romano-germânica o direito praticado no continente americano pelas nações de origem espanhola, francesa, holandesa e portuguesa. Assinala, porém, de forma inteligente, a importância de se averiguar em que medida as condições próprias da América, bem diferenciadas das europeias, devem conduzir, no plano do direito erudito, como têm conduzido no plano do direito vigente na prática, ao reconhecimento de certa originalidade dos direitos americanos, em relação aos direitos europeus da família romano-germânica.

6 Sobre procedimento e administração, no direito romano, as interessantes e proveitosas observações de Arthur Engelmann, em *History of Continental Civil Procedure*, Arthur Engelmann et alia, trad. de Robert Wyness Millar, New Jersey/New York, Rothman/Kelley, 1969, pp. 328-331.

7 Assim, MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, Madrid, Reus, 1968, trad. de Jose Santa Cruz Teixeira da 5ª ed. alemã, p. 18.

litígio, todo o sistema ver-se-ia falseado, tanto no plano da teoria quanto da prática. Na teoria, porque interesse público e interesse particular encontravam-se, dentro de tal concepção, em planos distintos, não podendo ser medidos com o mesmo padrão; na prática, em virtude de constituir sério problema poderem os juízes proferir suas decisões de modo imparcial e independente em litígio tendo como partes o Estado e o particular. Somente o trabalho dos séculos foi capaz de diluir tais inconvenientes, possibilitando a organização prática do procedimento contencioso-administrativo, de modo a oferecer garantias suficientes aos particulares⁸.

3. Essa longa evolução, como ninguém desconhece, culminou com a excessiva atribuição de poderes à administração em face do Judiciário, em função das circunstâncias que cercaram a história da França e o trabalho doutrinário de MONTESQUIEU, de fundamental importância para esse fim⁹.

Segundo a célebre doutrina de MONTESQUIEU, aos juízes caberia apenas o dever de aplicar estritamente o direito, pois "os juízes da nação são (...) apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; eles são seres inanimados que não podem moderar seja a força seja o rigor do direito"¹⁰.

Com essas vertentes, não é de admirar que o melhor estilo francês implique o desempenho, pelo Judiciário, de papel totalmente subserviente aos demais poderes políticos. Na verdade, a doutrina de MONTESQUIEU, implementada pela legislação da Revolução Francesa, embora pretendesse proteger contra a tirania, abriu-lhe amplamente as portas, permitindo a supremacia tanto do legislativo quanto do executivo¹¹.

Para o nosso tema, exhibe grande interesse a famosa lei revolucionária 16-24, de agosto de 1790, sobre "organização judiciária", cujos princípios tornaram-se os fundamentos do sistema judicial francês e de outros sistemas do direito continental europeu influenciados pela França. Estabeleceu-se, em

8 Ver, a propósito, RENÉ DAVID, *Les Grands Systemes*, cit., pp. 79-81, n.º 60.

9 MAURO CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*, em *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 36 (1986): 35-66, esp. pp. 44 e segs., mostra bem como em França, por obra do abuso das cortes de justiça sob o *ancien régime*, desenvolveu-se forte movimento de revolta popular contra os *Parlements* (que possuíam também atividade jurisdiccional), fato que veio a se refletir na célebre obra de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cuja 1.ª edição data de 1748. Segundo ATHOS G. TSOUTSOS, *Les Notions D'Administration et de Jurisdiction (Leur Nature et leurs Relations)*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, p. 54: "(...) en France, les juridictions administratives ont été créées par crainte d'immixtion des tribunaux ordinaires aux oeuvres de l'administration, à cause d'une mauvaise expérience du passé, spécialement de l'activité abusive des Parlements à l'ancien régime, et cette crainte a conduit à une séparation rigide des pouvoirs et à la protection du fonctionnement de l'administration par la défense aux tribunaux ordinaires de juger les affaires concernant l'administration".

10 *Apud* CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu?*, cit., p. 45.

11 Cf., sobre isso, CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu?*, cit., pp. 48 a 50, ressaltando, no entanto, que o *Conseil d'État* gradualmente evoluiu, no século XIX, do que se constituía, inicialmente, em mero departamento interno da administração, para agência judicial independente, totalmente reconhecida como Alta Corte da França, com o papel de controlar a legitimidade da ação administrativa. Acrescia ainda o jurista florentino que, cada vez mais, o Conselho de Estado torna-se independente do poder político e, com isso, mais e mais a natureza judicial do seu processo se acentua e torna-se reconhecida, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a adoção das salvaguardas mais características do processo judicial, a saber: a imparcialidade do julgamento, o direito das partes de serem ouvidas e todos os corolários dessas básicas regras de "justiça natural".

tal diploma legislativo, a total impossibilidade de qualquer controle por parte do judiciário, no concernente às ações tanto do legislativo quanto da administração, assim dispendo o seu art. 13 do Título II¹²:

“Les tribunaux ne peuvent ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”.

Disposição semelhante continha o art. 3º da Constituição francesa de 3-9-1791, ao vedar aos tribunais qualquer interferência nas funções administrativas, proibindo, até, o chamamento a juízo dos administradores, em virtude de seu desempenho em tais funções¹³.

4. Consideração à parte merece o sistema alemão¹⁴. Ao tempo do Império, não havia uniformidade na distribuição de tarefas entre jurisdição e a administração, seja no Reich, seja nos diversos Estados (*Länder*) que o compunha.

Pouco se modificou essa situação com a edição da *Ziveprozessordnung* (Ordenança Processual Civil), de 30 de janeiro de 1877, ou com a *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei de Organização dos Tribunais), de 27 de janeiro de 1877. O direito então vigente ora atribuía maior prevalência aos tribunais jurisdicionais, ora aos administrativos, embaraçando distinção nítida entre as duas posições, seja por diferenças temporais, por razões de ordem política ou de mera conveniência¹⁵.

Atualmente, a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, contém disposições de grande relevância ao nosso tema. Qualquer análise, em verdade, há de partir do disposto em seu art. 14, IV, cuja redação mostra-se bastante instigante: “Se alguém é lesado nos seus direitos pelo poder público, pode

12 A respeito do sistema francês, da teoria do ato administrativo e do contencioso-administrativo, consulte-se, ainda com bastante proveito, o clássico LEON DUGUIT, *Las Transformaciones del Derecho Público*, 2ª ed. esp., trad. de Adolfo Posada e Ramon Jaen, Madrid, Beltran, (1926), esp. pp. 213-301.

13 Cf. M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed. (rev. e atual.), São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 104-105, n.º 52. Segundo o notável jurista, ob. cit., n.º 63, pp. 105-106, o sistema de jurisdição especial para o conhecimento contencioso dos atos administrativos é o mais generalizado, tendo se distendido da França para vários outros países: e.g., Finlândia, Grecia, Turquia, Iugoslávia, Polónia, Tchecoslováquia, Suíça e Hungria.

14 Analisa-se aqui, de forma exclusiva, o direito da República Federal da Alemanha, ante a divisão do pós-guerra e a adoção do socialismo pela República Democrática Alemã, com as consequentes implicações no plano jurídico, inclusive no concernente à divisão do poder entre os diversos órgãos estatais. A recentíssima reunificação ocorrida não permite, por essa razão, exame mais acurado das eventuais implicações quanto ao tema tratado no texto.

15 Cf., quanto ao direito do Império e das diversas legislações estaduais então existentes, longa explanação em ADOLFO WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de Tomás A. Banzhaf (com estudo preliminar de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ejea, 1977, pp. 122-169 e KONRAD HELI WIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*, Leipzig, 1903, 1/59-68, e *Sistem des Deutschen Zivilprozessrecht* Aalen, Scientia Verlag, 1980 (reimpressão da 2ª ed. de 1912), I, pp. 43-49. Para a fase imediatamente anterior à implantação do nacional-socialismo, amplamente, FRITZ FLENER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. da 8ª ed. alemã por Sabino A. Gendin, Madrid, Labor, 1933, pp. 10-24.

recorrer à autoridade judiciária. Enquanto não haja uma diversa competência, é competente a autoridade judiciária ordinária"¹⁶.

A orientação predominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, inclina-se no sentido de compreender nação de "direitos" (*Rechte*), empregada em tal dispositivo, não só os direitos subjetivos (vale dizer, os direitos constitucionalmente garantidos) como também os interesses ditos legítimos e ocasionalmente protegidos (*berechtigtes Interesse*).

Por outro lado, prescinde de toda qualificação rigorosamente formal a determinação da categoria dos "atos de autoridade pública", de maneira a não afastar do controle judicial os atos de império (*justizlose Hoheitsakte*). Todavia, o âmbito de aplicação do preceito encontra sempre preciso limite objetivo, concernendo tão-somente aos comportamentos *decorrentes do poder público*, lesivos a uma situação subjetiva de vantagem, e em tal sentido, visa exatamente a proteger o indivíduo perante o Estado. Permite-se, no máximo, o alargamento do conceito de "poder público" para aí enquadrar também a atividade privada da administração pública e os atos dos organismos sociais (*Verbandsmacht*). O art. 19, IV, não assegura, contudo, a tutela das relações *inter cives*¹⁷.

Não se pode esquecer, porém, que os tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichte*) foram totalmente isolados das autoridades administrativas (*Verwaltungsbehörden*), achando-se providos de juizes independentes (GG, art. 97, I)¹⁸, vitaliciamente designados como membros permanentes e unidos aos tribunais ordinários no "poder jurisdicional" (*rechtsprechenden Gewalt*) (GG, art. 92)¹⁹. A competência (*Zuständigkeit*) determina-se pela introdução de uma cláusula geral (*Generalklausel*), que tornou quase completa a tutela jurídica administrativa (*Verwaltungsrechtsschutz*). O sistema assegura, assim, novas bases para as fronteiras entre a jurisdição civil (*Zivilgerichtsbarkeit*) e a jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*). A isso corresponde, por outro lado, a própria maneira de se expressar da Lei Fundamental de Bonn, quando fala de emprego da via judicial não só em relação aos tribunais ordinários (ou especiais) mas também no que se refere aos administrativos (ver, por exemplo, GG, arts. 19, IV, 2; 93, I, n. 4)²⁰. No fundo, portanto,

16 Todavia, a 2ª parte do dispositivo não ostenta, efetivamente, o alcance que parece ter, pois, segundo NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile e Costituzione (Problemi di Diritto Tedesco e Italiano)*, apresentação de Gian Antonio Micheli, Milano, Giuffrè, 1974, p. 162, nota 2, "L'importanza pratica di questa Ersatzzuständigkeit Dell'autorità giudiziaria ordinaria è attualmente molto scarsa, in quanto il legislatore con il § 43 dell'ordinamento processuale amministrativo (*Verwaltungsgerichtordnung*) del 21 gennaio 1960 ha provveduto a stabilire una competenza generale dei tribunali amministrativi. In caso di limitazione della giurisdizione amministrativa, i tribunali ordinari (civili) verrebbero però a colmare il vuoto".

17 Cf. a aguda análise de NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile e Costituzione*, cit., p. 162, com ampla referência à doutrina e à jurisprudência alemãs.

18 Lei Fundamental de Bonn, art. 97, I: "Os juizes são independentes e sujeitos apenas à lei".

19 Lei Fundamental de Bonn, art. 92: "O poder jurisdicional é confiado aos juizes: ele é exercido pelo Tribunal Constitucional, pelos tribunais federais previstos na presente lei fundamental e pelos tribunais dos *Länder*". É interessante notar que o art. 95, I, institui como Corte Suprema para a jurisdição administrativa o Tribunal Administrativo Federal.

20 Lei Fundamental de Bonn, art. 93, I, n.º 4: "O Tribunal Constitucional Federal julga, em outras controvérsias de direito público entre o *Bund* e os *Länder*, ou entre diversos *Länder*, ou internamente ao *Land*, quando não se pode recorrer a outra autoridade judiciária".

os tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichte*) podem ser considerados tribunais ordinários (*ordentlichen Gerichte*), como os tribunais civis (*Zivilgerichte*), no âmbito do direito civil (*bürgerlichen Rechts*), constituem tribunais ordinários²¹.

É importante ressaltar, ademais, que, na Alemanha, o processo civil é o processo perante o Tribunal da jurisdição ordinária nas lides civis. (*Zivilprozess ist das Versfacheren der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.*) Composto-se o seu contrário dos litígios de direito públicos (*öffentlichrechtlichen Streitigkeiten*). Enquanto os litígios civis (*bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*) derivam de relações jurídicas, estando diante delas no mesmo plano os direitos subjetivos, os litígios de direito público brotam de relações jurídicas entre autoridade e cidadão, nas quais o direito subjetivo aponta à posição de superioridade da primeira e à relação de subordinação do último. O processo civil serve, por conseguinte, à realização da ordem jurídica privada, na medida em que, para isso, são acionados os tribunais da jurisdição ordinária (*Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit*). Uma pequena parte dos litígios civis, os litígios trabalhistas, sujeitam-se à competência dos tribunais da jurisdição trabalhista (*Arbeitsgerichtsbarkeit*). Também nos processos dos tribunais trabalhistas acham amplo emprego as prescrições da Ordenança Processual Alemã (ZPO) (cf., v.g., § 46, 2, da Lei da jurisdição trabalhista). No que se refere, porém, aos tribunais da jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), da jurisdição social (*Sozialgerichtsbarkeit*) e da jurisdição financeira (*Finanzgerichtsbarkeit*) foram criados ordenamentos processuais, que, em verdade, nos seus princípios fundamentais originam-se também do direito processual civil, como a mãe de todos os direitos processuais *als die Mutter aller Verfahrensrechte*. Conseqüentemente, a lei dos tribunais administrativos de 1960, a lei dos tribunais sociais de 1953 e a lei dos tribunais financeiros de 1965 atribuem um valor subsidiário ao Ordenamento Processual Civil (ZPO). As diferenças existentes, embora freqüentemente reais, não são imprescindíveis. Por isso, afirma-se que a uniformização mais ampla possível de todas as leis processuais alemãs constitui tarefa urgente, cuja efetivação é reclamada há muito tempo, particularmente pela advocacia alemã²².

5. Nuances interessantes oferece o direito italiano. Os excessos cometidos durante o período totalitário levaram o Constituinte italiano de 1947 a emitir o art. 113 do atual ordenamento constitucional. Assim dispõe essa regra: "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa". Segundo a alínea 2 do mesmo dispositivo,

21 ROSEMBERG-SCHWAB. *Zivilprozessrecht*, 12ª ed., München, 1977, I § 14, p. 60. Também no mesmo sentido ATHOS G. TSOUTSOS. *Les Notions D'Administration et de Jurisdiction*, cit., p. 32: "Tous les tribunaux, y compris les tribunaux administratifs généraux ou spéciaux, sont compris par le loi fondamentale de Bonn sous le titre de "La Justice". On peut donc soutenir que les tribunaux administratifs font actuellement partie du pouvoir judiciaire, quoique cette thèse ne soit pas partagée par tous les auteurs".

22 Cf. a excelente exposição de KARL-HEINZ SCHWAB. *Wie ist Zivilprozess?*, na introdução escrita para a *Zivilprozessordnung*, 17ª ed., München, 1986, Beck-Texte im dtv, n.º 1, p. 7.

“tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.

E, nos termos da alínea 3 do art. 113, “La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

Antes (art. 24, *caput*), deixara a Constituição italiana assegurado que “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”²³.

O sistema italiano exhibe face bastante original, em perspectiva de direito comparado, especialmente diante dos sistemas alemão e francês. Assim, o sistema alemão concentrou o deslinde das controvérsias entre cidadão e administração junto a uma ordem de juízes especiais (os Tribunais administrativos). Por sua vez, o sistema francês terminou por constituir a ordem principal de competência em juízes especiais para esse tipo de litígio, agindo com amparo em normas que estabelecem tipos processuais diferenciados, restando ao juiz civil apenas uma competência residual, em realidade marginal.

A originalidade do sistema italiano repousa no critério de distinção entre a tutela dos direitos subjetivos e a tutela dos interesses legítimos, a primeira atribuída aos órgãos da jurisdição civil e a segunda à jurisdição dos órgãos da justiça administrativa (ou jurisdição administrativa em sentido subjetivo)²⁴.

Em presença dessas coordenadas, esforça-se a doutrina por distinguir direitos subjetivos e interesses legítimos. No direito subjetivo, o *interesse* vincula-se diretamente ao indivíduo, e a sua proteção constitui exclusiva decorrência da necessidade de assegurar esse direito. No interesse legítimo, afirma a corrente majoritária, o *interesse* não se liga imediatamente ao indivíduo, só o afetando enquanto integrante da coletividade. Em hipóteses tais, a proteção visa ao interesse geral, beneficiando o indivíduo apenas “na sua qualidade de membro do Estado”. A competência da autoridade administrativa, de outra face, alinha-se também como critério distintivo: o direito subjetivo surge para o administrado, em face de competência vinculada, enquanto o interesse legítimo desponta com a competência discricionária. O interesse legítimo, sob o ponto de vista da tutela, pode revestir dois aspectos: interesses ocasionalmente protegidos e direitos imperfeitos ou enfraquecidos (*affievoliti*)²⁵.

De qualquer forma, os tribunais civis italianos não só estão impedidos de exercer algum poder cautelar de suspensão do ato administrativo, impugnado por lesão de direitos subjetivos, como nem mesmo podem anular o

23 Segundo CAPPELLETTI e VIGORITI, *I Diritti Costituzionali delle Parti nel Processo Civile Italiano*, em *Rivista di Diritto Processuale*, XXVI (1971), p. 622, a norma “si oppone ad ogni tentativo diretto a ridurre il numero dei procedimenti mediante il trasferimento di certe classi di casi — ad. e. quelli di valore limitato... — dalle corti ad organi di natura amministrativa”.

24 Cf. MASSIMO SEVERO GIANNINI e ALDO PIRAS, “Giurisdizione Amministrativa”, em *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XIX (1970), 229-295, esp., p. 230.

25 Assim a percucente análise e exposição de M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos*, cit., nota 56, p. 103, invocando especialmente as obras de GIOVANNI SALEMI e ORESTE RANELLETTI. No que concerne à proteção dos chamados “interesses simples”, ver GIAN ANTONIO MICHELI, “Sentenza di Annullamento di un Atto giuridico e Risarcimento del Danno Patrimoniale Derivante da Lesione di Interessi Legittimi”, em *Rivista di Diritto Processuale*, XIX (1964): 396-434, com destaque ao tema dos interesses legítimos e sua distinção em relação ao direito subjetivo.

ato administrativo, mesmo se declarado lesivo a um direito fundamental, devendo limitar-se à condenação do ressarcimento dos danos²⁶.

6. A outra direção aponta, no entanto, o direito inglês.

Ao contrário do que ocorreu em França durante o *ancien régime*, na Inglaterra não houve sentimentos populares profundos contra o Judiciário, cujo papel histórico na proteção das liberdades individuais, de modo geral, mereceu amplo respeito. Tal fato pode bem explicar porque, ao contrário da França, a revisão judicial da ação administrativa nenhum obstáculo sério sofreu na Grã-Bretanha. Mais ainda: jamais encontrou campo fértil na Inglaterra a doutrina francesa da separação dos poderes, pois, em realidade, a Revolução Inglesa de 1688 sublinhou enfaticamente a absoluta supremacia do Parlamento, o qual, como diz conhecido e pitoresco provérbio inglês, "tudo pode fazer, exceto transformar um homem em mulher ou uma mulher em homem"²⁷.

Aliás, JOHN LOCKE, o grande pensador e teorizador da Revolução Gloriosa, sempre entendeu que o Legislativo deveria ser *the Soul that gives Form, Life, and Unity to the Commonwealth*, dando força ao princípio fundamental (*Grundnorm*) da supremacia parlamentar²⁸.

Por esse motivo, a prática do direito público inglês, como se tem acertadamente ponderado, melhor evidencia o ciclo evolutivo desse controle jurisdicional sobre a administração pública, pois daí pode ele se dizer originário. A história da Inglaterra mostra bem que à medida em que se afirma a independência e autonomia do Judiciário, mais efetivo se torna o controle mencionado. E isto a ponto de se ter constituído em princípio do *common law*, perante os tribunais comuns, a possibilidade de se responsabilizar a administração por seus atos, embora restringida a competência originária de tais órgãos judicantes por lei escrita²⁹.

Destaca-se, aliás, na doutrina do direito inglês, com grande clareza, o significado da lei ordinária e tradicional da terra no sentido de que, "aqui,

26 Cf. M. CAPPELLETTI e V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, cit. Rivista cit., XXVI (1.971): 604-650, esp. p. 610. Como indicado por esses autores, tal restrição decorre de lei de 20 de março de 1865, n.º 2248, al. E, arts. 4.º e 5.º, e vem sendo considerada legítima pela Corte Constitucional, como proclamado em sentença de 6 de julho de 1971, n.º 171, publicada no *Foro Italiano*, 1971, I, col. 2112.

27 Cf. M. CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu?*, cit., nota 8, p. 52. Segundo ainda CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu?*, cit., pp. 47-48, a Constituição americana jamais adotou, por igual, a mesma espécie de separação dos poderes corrente em França: "Separation of powers in America is better described as 'checks and balances': under this principle, an extremely important role of review of both administrative and legislative action was to be reserved to the courts".

28 M. CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu?* Cit., pp. 53-54, nota 8.

29 M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos*, cit., n.º 60, pp. 97-99, e n.º 61, pp. 100-104 e respectivas notas de rodapé. O sistema inglês, como anota SEABRA FAGUNDES (ob. cit., n.º 61), foi também adotado pela Constituição Federal dos Estados Unidos da América do Norte, seção 2.ª do art. III, e pela Constituição Beiga de 1831, arts. 92, 93 e 106. Todavia, embora o relevo buscado emprestar ao papel do Judiciário no controle dos atos administrativos, a influência das doutrinas francesas tem o cuidado com que a própria Justiça beiga restringe timidamente a sua competência (cf., sobre o ponto, PAUL ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, pp. 244 e 252, apud SEABRA FAGUNDES, ob. cit., p. 102, nota 53). Aponta ainda o publicista brasileiro (ob. e loc. cit.) que a Constituição irlandesa de 1922 também deu ao Judiciário o controle exclusivo dos atos da Administração, sistema igualmente acolhido no México.

todo homem, seja qual for sua classe ou condição, sujeita-se à lei ordinária do reino e à jurisdição dos tribunais ordinários". Daí a razão por que "o império da lei, neste sentido, exclui a idéia de qualquer exceção para os funcionários e outras pessoas, no concernente ao respeito de obediência à lei que rege os outros cidadãos, ou relativamente à jurisdição dos tribunais ordinários; não pode haver entre nós nada correspondente ao direito administrativo ou aos Tribunais administrativos de França. A noção que jaz no fundo do "direito administrativo", conhecido nos países estrangeiros, é que as questões ou controvérsias referentes ao governo e a seus agentes escapam à esfera dos tribunais civis e devem ser tratadas por corporações especiais, mais ou menos oficiais. Esta idéia é totalmente alheia ao direito inglês e é, em realidade, fundamentalmente oposta a nossa tradição e costumes" ³⁰.

Nos Estados Unidos da América, "the courts have no authority to require the chief executive of the state by mandamus to perform any executive act which is political in its character, or which involves the exercise of judgment or discretion. Nor may they forbid him by injunction from performing such an act".

Todavia, "at the same time, it is generally (though not universally) conceded that if the duty sought to be enforced is one within the scope of the governor's powers, but is merely ministerial in its nature, not political and not involving the exercise of judgment or discretion, but simply obedience to the commands of positive law; then, if the rights of private persons depend upon the performance of this duty by the executive, the writ of mandamus may issue to compel him. The rule settled by the United States courts in this regard is that they "will not interfere by mandamus with the executive officers of the government (such as the heads of departments or bureaus) in the exercise of their ordinary official duties, even where those duties require an interpretation of the law, the courts having no appellate power for that purpose. But when they refuse to act in a case at all, or when, by special statute or otherwise, a mere ministerial duty is imposed upon them, that is, a service which they are bound to perform without further question, then, if they refuse, mandamus will be issued to compel them" ³¹.

7. O Brasil, por razões históricas bem conhecidas, aderiu ao sistema inglês, o mesmo tendo ocorrido em outros países hispano-americanos ³².

30 A informação é de DICEY, o grande constitucionalista inglês, em *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9ª ed., London, Macmillan, 1941, pp. 193, 202-203.

31 Cf. o clássico HENRY CAMPBELL BLACK, *Handbook of American Constitutional Law* 4ª ed., St. Paul, West Publishing, 1927, § 75, pp. 106-107, com inúmeras referências a jurisprudência americana. Para uma visão mais moderna, mas não substancialmente diferente, EDWARD S. CORWIN, *The Constitution and What it Means Today*, revisada por Harold W. Chase e Craig R. Ducat, 14ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1978, pp. 204-245.

32 É o caso, v.g., da Argentina (cf. a ampla explanação de JORGE TRISTAN BOSCH, *Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública? Origen y Trayectoria del Sistema Argentino de Contralor Jurisdiccional de la Administración, Derecho Comparado*, Buenos Aires, Zavalia, 1951, pp. 47-67), e do México (cf. SEABRA FAGUNDES, *Control de los Actos Administrativos*, cit., p. 104 e nota 59).

Embora durante o período colonial e mesmo imperial o sistema jurídico brasileiro estivesse afeiçoado ao sistema dúplice, com emprego freqüente do contencioso administrativo, certo é que a Constituição Republicana de 1891 introduziu entre nós o sistema uno, embora isto só viesse a ocorrer de forma explícita com a Constituição de 1946, art. 141, § 4.³³

Do ângulo histórico, é interessante ressaltar que a primeira tentativa clara e inequívoca, no sentido de garantir o cidadão contra o Estado, surge com a Lei nº 221, de 20-11-1894, a instituir ação especial destinada a invalidar atos ou decisões da administração federal, lesivos aos direitos individuais. A tentativa, porém, estava fadada ao insucesso, visto como os interessados, por meio de construção jurisprudencial, buscavam obviar os inconvenientes da demora do processo, empregando meios mais expeditos, a exemplo dos *interditos*, em que se invocava a proteção da chamada "posse dos direitos", ou do *habeas corpus*, consideravelmente ampliado em seu objeto, de modo a abranger não só a liberdade de ir e vir como a liberdade de consciência, pensamento e reunião.³⁴

Nos dias que correm, simples exame da Constituição Federal em vigor evidencia a amplitude — impensável em termos europeu-continental — do controle jurisdicional da administração.

Assim, aos juízes federais compete processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho" (Constituição de 1988, art. 109, I), ou "as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional" (*ibidem*, art. 109, III). A mesma competência é ressalvada relativamente "aos crimes políticos e às infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvadas as competências da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral" (art. 109, IV) e "aos crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira" (art. 109, VI).

Também é competente o juiz federal para processar e julgar "os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais federais" (art. 109, VIII). A sua vez, o art. 108, II, confere aos tribunais regionais federais competência para julgar, em segundo grau de jurisdição, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

33 Cf. por todos, KAZUO WATANABE, *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais*, São Paulo, RT, 1980, pp. 26-27.

34 A esse respeito, com ampla bibliografia, ALFREDO BUZÁID, "Juízo de Amparo" e "Mandado de Segurança (Contrastes e Confrontos)", *Revista de Direito Processual Civil*, 5 (1962): 30-78, esp. p. 59 e nota 8C.

Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores e os do Tribunal de Contas da União (art. 102, I, *c*). À mesma Corte incumbe o julgamento de litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território (art. 102, I, *ej*, ou as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, *f*). De outra banda, a Corte Suprema julgará, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição” (art. 102, III, *c*).

Poderes paralelos foram atribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *a, b, d, g, c, II, b*), o que seria inadmissível em sistema dúplice.

Aliás, marcando com vigor a opção do ordenamento constitucional brasileiro, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, na esteira da tradição republicana, deixa bem claro que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Bem por isso, dispõe o cidadão brasileiro de *writs* constitucionais próprios do sistema do *common law*, tais como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e, agora, o *habeas data*, sem falar do mandado de injunção³⁵, remédio sem similar no direito comparado (Constituição, art. 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII).

Por outro lado, no sistema jurídico brasileiro, exhibe a ação popular muito maior amplitude do que na Europa continental, como se extrai dos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Dentro de quadro de contornos assim tão nítidos, não parece demasia ressaltar, ainda, a extensão que vem se emprestando ao controle do mérito do ato administrativo.

O próprio sistema parece implicar essa extensão dilargada, pois a nova Constituição coloca entre os limites de atuação da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37, *caput*).

Não bastasse isso, mesmo no processo administrativo são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), não prescindindo de motivação as decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X). E, de forma ampla, além do requisito geralmente

³⁵ Sobre mandado de injunção, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *A Natureza do Mandado de Injunção*, Coad. Seleções Jurídicas, março de 1989, pp. 5-7.

aceito da legalidade, deve a administração agir de modo legítimo e eficiente (*economicidade*), conforme desponta claramente da verba do art. 70, *caput*, da Constituição.

Dadas essas coordenadas, mostra-se fácil compreender a razão de não ter hesitado em ressaltar autorizada e recente doutrina administrativa, aliás com inteiro acerto, que "o Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade do motivo, impossibilidade de objetivo, desconformidade de objetivo e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário"³⁶.

8. Do exposto, pode-se inferir, sem risco de erro, a bem maior área de atuação do juiz brasileiro em relação aos seus colegas da Europa continental. Aliás, tão grande se exhibe esse poder que, até mesmo em face dos países do *common law*, a jurisdição brasileira ostenta maior amplitude.

E isto decorre da constatação de que, embora a atividade da administração pública permaneça sujeita ao controle do juiz ordinário, tal controle encontra, nestes sistemas, uma tríplice limitação: a) circunscreve-se ao vício da violação da lei e ao vício de incompetência (*ultra vires*), mas, em regra, não se estende ao excesso de poder; b) não comporta o poder de anular ou suspender o ato administrativo e, assim, de proferir sentença constitutiva, mas apenas o poder de proferir sentença condenatória, seja para ressarcimento dos prejuízos, seja para adimplemento específico (*injunction, writ, order*); c) não se admite em relação a matérias passíveis de serem julgadas por órgãos contenciosos administrativos, aos quais se atribuem, mediante procedimento contencioso, a solução das controvérsias entre indivíduos e a administração (*Administrative Tribunals, Comissions*).

Ora, em contrapartida, o exame do sistema jurídico brasileiro claramente demonstra: a) a ausência de qualquer óbice, entre nós, ao exame do excesso de poder pelo Judiciário. A esse respeito poder-se-ia acenar, exemplificativamente, com o mandado de segurança ou o *habeas corpus*, cabíveis precisamente contra ilegalidade ou *abuso de poder* por parte da autoridade pública (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII e LXIX)³⁷; b) embora raro o emprego da ação constitutiva positiva (v.g., constituição de servidão de passagem, de luz etc., sobre bem do patrimônio público, em favor de imóvel particular)³⁸, não se verifica vedação de espécie alguma para a *desconstituição* dos atos

36 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Legitimidade e Discricionarietà (Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionarietà)*, Forense, Rio, 1989, p. 62, *passim*. A esse respeito, bem acentua NAGIB SLAIBI FILHO. *Ação Popular Mandatória*, 2ª ed., Rio, Forense, 1989, p. 56, que "a discricionarietà não significa que a escolha seja desarrazada, inconveniente, imprópria ou mesmo contrária à finalidade do ato".

37 Como assinala MILTON FLAKS. *Mandado de Segurança (Pressupostos da Impetração)*, Rio, Forense, 1980, n.º 130, p. 85, no direito brasileiro admite-se, inclusive, o exame do ato administrativo sob a ótica do desvio da finalidade, a forma mais sutil do abuso de poder, *lato sensu* considerado.

38 O exemplo é de SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos*, cit., n.º 144, p. 340, que circunscreve sua análise somente às ações constitutivas positivas.

da administração pelo Poder Judiciário³⁹; c) a constante possibilidade de revisão judicial do ato praticado pela Administração, *seja qual for a autoridade responsável pelo ato*.

Essas considerações impõem meditação aprofundada sobre as perspectivas doutrinárias do processo civil brasileiro, ângulo que mais de perto nos interessa examinar.

Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, bem assinala PONTES DE MIRANDA, "ainda se não chegou à concepção do pleito civil, *lato sensu*, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias; leis, regulamentos, avisos, portarias), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais"⁴⁰.

Tal constatação exhibe, à evidência, fortes e arraigadas raízes objetivas, devendo-se especialmente às peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, acima enfocadas. Disso se deu conta de forma notável GALENO LACERDA⁴¹, nesta passagem que, por sua adequação ao tema, merece ser inteiramente reproduzida *verbis*:

"Mas, há um setor da mais alta relevância que demonstra quanto nosso processo dito "civil" é mais vasto do que o dos países da Europa continental: o importantíssimo campo do direito público. A instituição do contencioso administrativo, lá vigorante, elimina, em regra, a possibilidade de controle dos atos da administração pública pela Justiça comum. Estão presos, ainda, os países do chamado sistema romano-germânico, em termos quase absolutos, ao dogma da separação dos poderes de MONTESQUIEU, a tal ponto que o clássico RENÉ DAVID, depois de criticar a atuação do Conselho de Estado na França, chega a afirmar que "o direito administrativo, como o direito penal, é, em larga medida, afinal de contas, aplicado ou não aplicado segundo a discricção da administração, fora de todo o controle jurisdicional, mesmo interno à administração". É a obra de DINI, sem dúvida das mais bem informadas na literatura jurídica sobre a cautela atípica, já tantas vezes citada nestes comentários, forrada com transcrições de mais de 400 julgados dos Tribunais italianos, chega a causar dó pela timidez com que se refere aos direitos públicos subjetivos, do particular em face da administração. A verdade é que países que ignoram o controle jurisdicional da administração pública, que desconhecem institutos como o mandado de segurança e o *habeas*

39 Indicando feita biografia nacional, HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., atualizada pela Constituição de 1988, São Paulo, RT, 1990, p. 185 e nota 18, doutrina que "os atos administrativos *nulos* ficam sujeitos a invalidação não só pela própria Administração, como também pelo Poder Judiciário, desde que levados a sua apreciação pelos meios processuais cabíveis que possibilitem o pronunciamento anulatório".

40 PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t.46, Rio Forense, 1974

41 GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. 1, 3ª ed., Rio, Forense, 1987, pp. 172/173.

corpus, não estão em condições de orientar-nos em direito processual. Sob este ponto de vista, tem sido nociva para os processualistas brasileiros a extraordinária influência dos mestres italianos. Não nos demos conta, até hoje, de que eles teorizaram um processo civil tão-só para o direito privado e, que, assim, sob a ótica estreita do princípio dispositivo, não podem entender um sistema que, como o nosso, bem mais próximo do anglo-americano, confere ao Poder Judiciário maior relevo constitucional, com conseqüente e necessária atuação do processo dito "civil" nos domínios do direito público, onde os princípios e os horizontes se dilatam, muito mais vastos e arejados".

Assim também CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, forte em que "a ordem político-constitucional republicana brasileira teve a inspiração no modelo norte-americano e não nos da Europa-Continental, o que devia levar-nos a haurir preferencialmente o espírito do direito público dos países de origem e dos seus sistemas, para a construção, análise e utilização do instrumento processual. Dos países europeus componentes da "família romano-germânica" do direito, recebemos o direito privado e o penal, sendo muito natural que a nossa ciência se construísse segundo os parâmetros e mesmo o espírito europeu-continental, nessas áreas específicas. O que não é natural é o comprometimento cultural tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas do direito público"⁴².

As singelas considerações aqui alinhavadas bem evidenciam a necessidade de que a doutrina processualística brasileira leve ao limite essas diferenças básicas, buscando despegar sua construção dos modelos europeu-continentais, não é claro com o espírito de inovar por inovar, mas extraindo do sistema o que ele tem de melhor, com vistas a adequá-lo às ingentes carências do País⁴³.

Bibliografia

- ARMINJON, Pierre (juntamente com Baron Boris Nolde e Martin Wolff). *Traité de Droit Comparé*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, I.
- BLACK, Henry Campbell. *Handbook of American Constitutional Law*, 4^a ed., St. Paul, West Publishing, 1927.
- BOSCH, Jorge Tristan. *Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública? Origen y trayectoria del sistema argentino de contralor jurisdiccional de la administración, derecho comparado*, Buenos Aires, Zavalia, 1951.

42 CÂNDIDO R. DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo, RT 1987, p. 62, mencionando aula proferida por Galeno Lacerda na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

43 Para so referir um dos pontos de dissensão com a doutrina europeia, exatamente no campo do direito público e que mais ressalta a existência da sentença *mandamental*, por aquela negada. Não é possível cogitar de sucedâneo em dinheiro, pois o interesse público exige satisfação imediata, que não dependa de futura execução, mas que se atenha, de logo, ao *mandamento* do juiz. De que adianta a cominação de pena pecuniária a autoridade pública que infringir, v.g., os cuidados necessários com a saúde pública, se o interesse coletivo exige seja paralisado imediatamente o gravame à população? Nota-se, aí, a diferença fundamental entre ação de natureza condenatória (como a cominatória) e a *mandamental*. E é na especificidade do sistema jurídico que se encontra, sem dúvida, a não aceitação da classe das ações *mandamentais* entre os juristas europeus. Ver, sobre isso, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Alienação da Cosa Lingosa*, 2^a ed., Rio, Forense, 1986, pp. 152-153.

- BUZALD, Alfredo. "Juicio de Amparo" e "Mandado de Segurança (Contrastes e Confrontos)". *Revista de Direito Processual Civil*, 5(1962):30-78.
- CAPPELLETTI, Mauro. "El Derecho Comparado y su enseñanza en relación con las necesidades de la sociedad moderna", em *Proceso, Ideologías, Sociedad*, trad. de Santiago Sentís Meiendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, EJEA (1974).
- "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 36(1986): 35-66.
- "I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano" (em colaboração com V. Vigoriti), *Rivista de Diritto Processuale*, 26(1971):604-650.
- CORWIN, Edward S. *The Constitution and what it means today*. revisada por Harold W. Chase e Craig R. Ducat, 14ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1978.
- DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1974.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9ª ed., London, Macmillan, 1941.
- DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, RT, 1987.
- DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones del Derecho Público*, trad. de Adolfo Posada e Ramon Jaen, Madrid, Beltran (1926).
- ENGELMANN, Arthur. *History of Continental Civil Procedure*, com outros autores. Nova Jersey/Nova Iorque, Rothman/Kelley, 1969 (reimpressão da 1ª ed. de 1927).
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed. (rev. e atual.) São Paulo, Saraiva, 1984.
- FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança (Pressupostos da Impetração)*. Rio, Forense, 1980.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. da 8ª ed. alemã por Sabino A. Gendin. Madrid, Labor, 1933
- GIANNINI, Massimo Severo, e Aldo Piras. *Giurisdizione amministrativa, Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, XIX (1970), pp. 229-295.
- HABSCHEID, Walter J. *Introduzione al Diritto Processuale Civile Comparato*, Maggioli ed. (1985).
- HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*. Leipzig, Georg Boehme, 1903, I.
- Sistem des Deutschen Zivilprozessrecht*. Aalen, Scientia Verlag, 1980 (reimpressão da 2ª ed., 1912), I
- KASER, Max. *Derecho Romano Privado*, trad. de Jose Santa Cruz Teijeiro da 5ª ed. alemã. Madrid, Reus, 1968
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., Rio, Forense, 1987, v. VIII, t. I.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade (novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade)*, Forense. Rio, 1989.
- NOLDE, Baron Boris (ver Arminjon, Pierre).
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da Cosa Litigiosa*, 2ª ed., Rio, Forense, 1986.
- *A Natureza do Mandado de Injunção*, Coad. Seleções Jurídicas, março de 1989, pp. 5-7.
- PIRAS, Aldo. Ver Massimo Severo Giannini.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1974, t. I.
- ROSEMBERG, Leo (com Karl-Heinz Schwab). *Zivilprozessrecht*, 12ª ed., München, C. H. Beck, 1977.
- SCHWAB, Karl-Heinz. Ver Rosemberg.
- Was is Zivilprozess?*. Introdução a *Zivilprozessordnung (Ordenança Processual Alemã)*, 17ª ed., München, Beck-Texte im dtv, 1986.
- SEABRA FAGUNDES, ver Fagundes, Miguel Seabra.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Popular Mandatária*, 2ª ed., Rio, Forense, 1989.

- TSOUTSOS, Athos G. *Les Notions d'Administration et de Jurisdiction (Leur nature et leurs relations)*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione (Problemi di Diritto Tedesco e Italiano)*, apresentação de Gian Antonio Micheli, Milano, Giuffrè, 1974.
- VIGORITI, V. ver M. Cappelletti.
- VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo (Atti e Ricorsi)*, Milano, Giuffrè.
- WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de Tomás A. Banzhaf (com estudo preliminar de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ejea, 1977. I.
- WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra atos judiciais*, São Paulo, RT, 1980.
- WOLFF, Martin (ver Arminjon, Pierre).

Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

Procurador do Ministério Público junto ao TCEF

SUMÁRIO

1. *Introdução*
2. *O erário e a legalidade da despesa pública*
3. *O controle externo e a necessária ênfase ao exame da legalidade*
4. *Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*
5. *Tribunais de Contas da União: paradigma para as unidades da federação*
6. *Considerações finais*

1. *Introdução*

No dia 17 de outubro de 1992, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União completará um século de existência.

Assume especial relevo a comemoração da data, notadamente por ser o Brasil um país jovem, com história rica de episódios de consequências profundas, sendo, portanto, motivo de júbilo presenciar a atuação — continuada, firme, digna e marcada por elevado espírito de justiça — dessa instituição.

A tarefa desse *parquet* especializado cinge-se a um campo restrito do direito, nem por isso, todavia, menos profundo. As coletâneas de leis peculiares aos temas submetidos à sua apreciação revelam, sem dúvida, o altíssimo grau de especialização exigido dos seus membros.

Nas linhas a seguir, breve análise da posição institucional do órgão e de sua relevante missão, com o objetivo de demonstrar-lhe a importância das funções, com ênfase à legalidade, viga-mestra do Estado de Direito e elemento basilar na avaliação da administração pública.

2. *O erário e a legalidade da despesa pública*

A evolução da estrutura organizacional dos povos e o surgimento do Estado como sociedade politicamente organizada acarretaram o fim do velho

conceito, segundo o qual a riqueza do Estado era propriedade exclusiva de soberano, a quem competia aplicá-la a seu próprio alvedrio.

Os recursos arrecadados por meio de impostos deveriam, pois, reverter em benefício do povo do qual dimana o próprio poder que autoriza a arrecadação dos tributos com caráter compulsório. Também, a definição sobre a aplicação do dinheiro público não poderia submeter-se a presunção idealizadora de um órgão, exurgindo daí a necessidade de consultar os cidadãos para o escalonamento das propriedades.

A efetivação desse procedimento volta-se para o intercâmbio harmônico entre os Poderes Executivo e Legislativo. Esse, composto de legítimos representantes do povo e aquele, dotado de estrutura executiva-operacional capaz de quantificar e analisar a viabilidade dos reclamos sociais. Da inter-relação dos poderes, sustentada pela força-motriz do "interesse público", é que origina-se a definição do emprego das receitas públicas.

Anualmente, o Poder Executivo encaminha ao Legislativo a proposta orçamentária, sob a forma de projeto de lei, com a previsão das receitas e despesas do exercício seguinte, o qual, de acordo com o art. 34 da Lei n.º 4.320/64, deve coincidir com o ano civil.

Esse volumoso conjunto de cifras quantifica as funções, os programas, os subprogramas, os projetos e as atividades, tal como preconiza o antecedente normativo que introduziu numerosas modificações no processo orçamentário brasileiro, desde então atividade vinculada ao planejamento.

Sucedem-se a análise e apreciação do Poder Legislativo, que, atento aos anseios das comunidades representadas, procederá ao detalhamento das prioridades e ajustes, respeitando as limitações constantes dos arts. 165, § 8º, e 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal.

Sendo o orçamento uma lei sob o aspecto formal, após a apreciação pelo Poder Legislativo, retornará ao Executivo, cujo Chefe procederá à sanção e promulgação.

Toda a atividade dos administradores públicos dos três poderes sujeita-se ao princípio da legalidade da despesa, estabelecido de forma cogente pela Constituição Federal.

Alomar Baleeiro, saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal e jurista pátrio dos mais expressivos, deixou registrado que "a legalidade da despesa pública, para guarda do princípio político de que só os representantes do povo podem escolher os fins a que ela se destina, ainda é regulada por vários dispositivos da Constituição e do Código de Contabilidade Pública" (esse último revogado pelo Decreto-Lei n.º 2.312/86), que "asseguram tecnicamente o controle da execução orçamentária e o escrupuloso emprego dos dinheiros dos contribuintes".

Não pode o administrador público, ainda que movido por elevados propósitos, subverter ou ignorar a prioridade definida pelos representantes do povo, sob pena de caracterizar-se o descumprimento à lei e sujeitar-se ele às sanções decorrentes.

O legislador pátrio dedicou especial atenção à garantia do efetivo cumprimento da lei orçamentária.

Toda a autoridade, pertencente a qualquer dos poderes, quando ordena ou efetua despesa sem previsão, quando a efetiva acima dos limites estabelecidos, pelo Poder Legislativo, ou a emprega para fins diversos, fica sujeita às sanções da lei. Sendo a autoridade o Presidente da República, Ministro de Estado ou Governador, aplicam-se-lhes os arts. 10, 11 e 74 da Lei nº 1.079/50; em se tratando de Prefeito, o Decreto-Lei nº 201/67. É o que se denomina crime de responsabilidade, pela condição peculiar dos agentes pré-citados. No caso dos demais servidores públicos caracterizar-se-á o crime comum do art. 315 do Código Penal Brasileiro.

Fica assentado que todos os poderes se submetem, como dito, às limitações da Lei Orçamentária, mas o poder originário para definir a aplicação dos recursos públicos permanece com o Legislativo, podendo-se vislumbrar, na abertura de créditos adicionais — suplementares, especiais e extraordinários — o exercício delegado e restrito dessa função, nos termos do arts. 84, inciso XXII, 165 e 166, da Constituição Federal, o qual se há de pautar pela lei, sem afastar o seu especial regramento.

3. *O controle externo e a necessária ênfase ao exame da legalidade*

O complexo sistema da administração pública e sua extensa dimensão exigem o permanente acompanhamento das atividades, não só para fiscalizar a aplicação da lei orçamentária, mas para fazê-la cumprida. A verificação contínua dos atos administrativos praticados pelas três esferas de poder, sob o prisma essencialmente técnico da legalidade, legitimidade e economicidade, impõe-se como função completamente desvinculada da natureza política.

Foi tal função cometida aos Tribunais de Contas, cuja importância já era vislumbrada pelo memorável jurista Rui Barbosa, nesses termos: “Tribunal é, mais Tribunal *sui generis*, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, exerce funções vitais no organismo constitucional”.

O judicioso Seabra Fagundes observa que “a proteção das Cortes de Contas, em seu papel controlador, sobre todos os poderes estatais, participando de atividades legislativas, executivas e judicantes, comunica-lhes um certo hibridismo e suscita controvérsias quanto à sua filiação a um determinado ramo dos três poderes públicos”.

Sempre lembrada a precisa lição de Castro Nunes de que o Tribunal de Contas é um instrumento *sui generis*, posto de permcio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles. (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 25, edição de 1943.)

Exerce função jurisdicional em algumas matérias porque declara o direito com força de *res judicata*, conforme reconhecem juristas de escol como Caio Tácito, Viveiros de Castro, Seabra Fagundes, Aliomar Baleeiro, Castro Nunes

e diversas decisões do Pretrório Excelso com o RMS 14.440, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, RTJ 34/410: RMS 10.454, Rel. Min. Cunha Melo, DJ 18-4-63, p. 167, apenso; RE 55.821 — Rel. Min. Vitor Nunes, RTJ 43/151; entre outros. Indispensável sobre o assunto a perecuziente e concisa monografia do Ministro Roberto Rosas, publicada na Revista de Direito Administrativo, sob o título "A Função jurisdiccional do Tribunal de Contas".

Ressalta Seabra Fagundes, em consonância com o pensamento referido de Castro Nunes, que a posição autônoma dessa Corte, mesmo em relação ao Poder Legislativo, foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do MS nº 19.973, Relator Ministro Bilac Pinto.

Nem poderia o Tribunal de Contas, exercendo função de controle de natureza técnica, submeter-se em linha de subordinação a qualquer dos poderes. Liga-se constitucionalmente, *por coordenação*, ao Poder Legislativo.

De seus membros, denominados Ministros, no Tribunal de Contas da União, e Conselheiros, nas unidades federativas, a atual Constituição Federal, no art. 73, § 1º, inciso IV, exige o domínio das ciências da Economia, Contabilidade, Administração Pública e Direito, além da dedicação por período mínimo de dez anos a atividades que demandem conhecimentos nessas áreas.

O controle que o Tribunal de Contas exerce sobre a administração pública dos três poderes se efetiva por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, consoante preceitua o art. 70 da Constituição Federal, não se restringindo, assim, ao exame da legalidade dos atos administrativos.

É bem de ver, no entanto, que o exame da legalidade constitui o ponto angular de todo o sistema de controle, pois em essência é o que define o parâmetro de conduta dos agentes públicos e dá o suporte de juridicidade para que as decisões dos Tribunais de Contas resistam ao crivo do Poder Judiciário, caso o assunto lhe venha a ser submetido.

Moldar as decisões das Cortes de Contas pelo princípio da legalidade e fundamentar de modo expresse seus acórdãos no direito é dever para esses tribunais. Sobre o assunto e o valor do referido princípio nas decisões da administração, o mestre Carlos Pinto Coelho da Mota obtempera com lapidar clareza: "Sabe-se que o problema fundamental do direito público está no estabelecimento do equilíbrio entre a autoridade do Estado e a liberdade do cidadão... e que o princípio da legalidade é decorrente do próprio Regime Democrático, e, portanto, fundamento deste"¹.

Das penetrantes observações do saudoso mestre Luiz Zaidman, colhe-se a seguinte lição: "uma vez que nada se gasta na administração, nada aí se recebe, nada se altera no patrimônio público, a não ser em virtude de leis e regulamentos; a participação dos Tribunais de Contas no controle externo de finanças é essencialmente jurídica, por visar a proteção de valores do mundo do direito".

¹ MOTA, CARLOS PINTO COELHO da. *Apontamentos sobre legalidade e licitação*. FLURMAC UCMG, 1973, 11 e 54.

Se não constitui a finalidade do controle o exame restrito da legalidade, a ela se dirige, ou se estabelece como antecedente *sine qua non* dessa atividade. Mesmo quando se restringe a recomendar providências em razão da verificação da afronta aos princípios da economicidade, impessoalidade, publicidade ou moralidade, essas devem considerar as conseqüências legais decorrentes do comando.

Do mesmo mestre precitado, a lembrança ainda da oportuna síntese do Onorato Sepe de que “os controles têm por fim a tutela do direito objetivo, ao passo que a proteção dos direitos subjetivos se efetua sobretudo por meio da atividade jurisdicional”. (*La Corte dei Conti*, p. 147.)

Na medida em que a legalidade se sobrepõe aos demais atributos do ato administrativo, no exercício da função de controle, é natural que junto às Cortes de Contas funcione um órgão encarregado de velar pelo resguardo desse princípio: fiscal da lei e promotor de sua fiel execução na defesa dos interesses da Administração, da Fazenda Pública e de certos direitos individuais, que se poderiam classificar entre os indisponíveis, especialmente tutelados pelo Estado, na feliz síntese da Ministra do Tribunal de Contas da União, Élvia Lordello Castelo Branco. (*Rev. TCDF* n° 11, p. 20.)

Pela simples definição dessas funções desde já se compreende que não poderiam aí funcionar Procuradores do Estado ou da Fazenda. Na lição da referida Ministra: “Ainda que relegado o aspecto constitucional da matéria, a atribuição da defesa dos interesses da Administração e da Fazenda Pública junto aos Tribunais de Contas e aos Procuradores da Fazenda ou das demais Procuradorias-Gerais dos Estados é de todo inapropriada. Estão eles diretamente subordinados ao Executivo, cujos atos têm o dever de fiscalizar e não raro impugnar, o que torna extremamente delicada e juridicamente contraditória a posição desses altos agentes administrativos”.

Tal órgão, com atribuições dessa natureza, deve necessariamente denominar-se Ministério Público.

4. Ministério público junto aos Tribunais de Contas

Em 17 de outubro de 1892, há um século, portanto, o Decreto n° 1.166 delineava o perfil do Tribunal de Contas da União, estatuinto no art. 19:

“Art. 19 — O pessoal do Tribunal de Contas compor-se-á de cinco membros, o Presidente e quatro Diretores, com voto deliberativo, um dos quais representará o Ministério público.”

Seguiu-se o Decreto n° 392, de 8 de outubro de 1896, que reorganizou o Tribunal de Contas e assim dispõe sobre o controle da legalidade e aquelas outras funções assemelhadas:

“Art. 81 — O representante do Ministério Público é o guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas. Conquanto representante dos interesses da Pública Administração, não é todavia delegado especial e limitado

desta, antes tem personalidade própria e no interesse da lei, da Justiça e da Fazenda Pública tem inteira liberdade de ação.”

Muito embora o Ministério Público se tivesse iniciado como órgão no Brasil desde 1828, por Lei de 18 de setembro desse ano, segundo Mário Dias², o legislador pátrio não investiu um dos membros do *parquet* ordinário para atuar no Tribunal de Contas. Ao contrário, criou órgão próprio — cfr. art. 1º, 5º e 80 do Dec. 392 de 1986 —, atribuindo-lhe o mister de Ministério Público. Aliás insta registrar que se delineou com maior isenção, como se observa no dispositivo transcrito.

E assim se fez porque o Ministério Público ordinário não poderia, efetivamente, participar da função de controle exercida pelo Tribunal de Contas, se mais não fosse porque integrava a estrutura jurídica do Executivo, poder que, à sua vez, se submete à jurisdição da Corte.

No mesmo sentido, vem a propósito também que, à época, o Tribunal de Contas adotava o sistema italiano de fiscalização orçamentária, exigindo o Regulamento nº 1.166, de 1892, o exame prévio e o veto absoluto e obrigando a existência de estrutura organizacional capaz de fazer frente à celeridade cobrada pela premência do atendimento às necessidades da sociedade.

Outro aspecto a ressaltar é que, naquele tempo, os membros do Ministério Público ordinário não possuíam a garantia de inamovibilidade, e a transferência seria incompatível com o elevado grau de especialização.

Sem laivo de dúvida, a ênfase sobre o aspecto da legalidade no âmbito dos Tribunais de Contas demanda conhecimento profundo dos subtemas do Direito Financeiro e impõe a especialização como necessidade inafastável do serviço.

Por outro lado, se o Tribunal de Contas tem por função o controle externo da administração pública, com ênfase para o acompanhamento da legalidade do cumprimento da lei orçamentária, não pode submeter-se a qualquer dos poderes. A presença em sua estrutura de membro de um dos poderes fiscalizadores — e mais com o direito de voto que até 1896 se defiria ao representante do Ministério Público — seria bastante para desnaturar o controle e prejudicar sua indispensável isenção.

Em consonância com essas considerações, registra o eminente Professor de Direito Administrativo e Constitucional, Carlos Ayres de Brito: “é que podemos compreender por que a Magna Lei enuncia que o Ministério Público comum atua junto ao Judiciário (“Juizes e Tribunais”), como órgão externo a esse poder, cumprindo uma função que não é materialmente judicante, ao contrário do Ministério Público especial, que não oficia ao lado do Tribunal de Contas, mas dentro dele, compondo-lhe a intimidade estrutural porque o ofício que lhe incumbe é tão materialmente fiscalizatório, ou de controle, quanto a global atribuição do Colégio de Contas”.

² *Ministério Público Brasileiro*, Ed. Kofino, vol. 1, p. 41.

Se já há um século a função do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas não poderia ser desempenhada pelo Ministério Público ordinário, razões maiores, hodiernamente, reforçam a existência desse órgão autônomo, com quadro próprio.

Além da especialização e celeridade apontadas, o novo ordenamento jurídico-constitucional outorgou ao Ministério Público que atua junto à Justiça novos atributos, alguns dos quais resultantes de árdua conquista. Dentre eles, desponta o art. 127, § 3º, que assegura a prerrogativa de elaborar sua proposta orçamentária, corolário da autonomia funcional e administrativa estabelecida no parágrafo antecedente do mesmo artigo, pondo em relevo, portanto, a condição de ordenador de despesa. No Tribunal de Contas da União, o respectivo *parquet* não é ordenador e pode com isenção emitir parecer em todo e qualquer processo.

Mas, e principalmente, a partir de 5 de outubro de 1988, o Ministério Público tem funções institucionais definidas em nível constitucional. Significa que seus membros trazem consigo como elemento fundamental e indissociável da sua atuação todas as "prerrogativas-deveres" insculpidas no art. 129 da Constituição.

Apurado censo crítico levou o ilustrado Conselheiro Miguel Roumié a observar que "as funções institucionais do Ministério Público estabelecidas na Constituição Federal, em seu art. 129, não se coadunam com as atribuições cometidas aos Tribunais de Contas para o exercício da fiscalização orçamentária e financeira. São distintos e inconfundíveis, pois ambos dispõem de autonomia administrativa".

Despiciendo demonstrar que se os membros do *parquet* junto aos Tribunais de Contas se investirem de todas essas funções, na apreciação dos processos sob exame, tornarão vazias de significado as deliberações dessas Cortes. Harmonizando as instituições do Tribunal de Contas e do Ministério Público, o art. 130 da Constituição Federal exclui da atuação desses últimos as funções institucionais reservadas ao *parquet* ordinário, mandando aplicar as disposições da respectiva seção pertinente a direitos, vedações e forma de investidura. Só exercerá, portanto, a função institucional compatível com suas atribuições elencadas em norma infraconstitucional.

Não que esse *parquet* especializado se submeta às deliberações dos Ministros do Tribunal de Contas. Cabe aqui a perecuziente lição do notável Lincoln Pinto da Luz, amparado no renomado Cretella Júnior: "Isso porque — em contraste com o que se passa no círculo do Executivo, onde os órgãos se estruturam em cadeias de subordinação, ao longo das rígidas linhas hierárquicas — na dimensão do Legislativo, como de resto na do Judiciário, prepondera uma organização composta por coordenação; não há pensar em instituições superiores ou inferiores, em órgãos principais ou auxiliares"³.

3 V. primoroso estudo "O controle da atividade pública pelo Poder Legislativo" — *Rev. TCDF*, p. 58

A coordenação e harmonização de interpretações e funções diferentes verifica-se no colendo Tribunal de Contas da União, mediante a reverência entre Ministros e membros do Ministério Público que ali atuam. Ressoa para além dos limites da mais alta Corte de Contas a segurança e operosidade com que se dá a atuação daquele *parquet*, conduzido com a discrição e serenidade próprias dos que reconhecem o valor da nobilíssima e árdua missão que devotam à Nação. A relação entre o Corpo Deliberativo e o Ministério Público completará 100 anos, e do seu amadurecido convívio muito tem lucrado a Pátria.

Em perfeita similitude dessa relação está a atuação do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal.

Com visão atenta à realidade histórico-político-organizacional do País e buscando dar assento na Carta Magna às mais relevantes instituições, o legislador constituinte não olvidou de destacar, com artigo próprio, esse *parquet* especializado, como se observa:

“Art. 130 — Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

Desconhecendo os fatores determinantes da elaboração desse dispositivo, de forma condenavelmente precipitada, alguns sustentaram que a Constituição Federal haveria mandado ocupar a função de Ministério Público junto ao Tribunal de Contas um membro do Ministério Público integrante dos ramos elencados no art. 128. Entre os estudos rasos que perfilharam essa triilha registra-se a seguinte indicação de Hugo Mazzili, que merece ser transcrita:

“Por outro lado, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas deixou de ser previsto, como instituição própria, no art. 128, tendo em vista a supressão da alínea “e” do inc. I desse dispositivo, que previa Ministério Público autônomo junto ao Tribunal de Contas (Ato Declaratório nº D. 1.144, constituinte Ibsen Pinheiro, Emenda 2(00452).”

“O dispositivo do art. 130 será fonte perpétua de dúvidas, dispositivo de péssima técnica legislativa. Apenas para argumentar, se tivesse ele criado um novo Ministério Público, que não fosse nem o da União, nem o dos Estados, e que se destinasse a officiar junto aos Tribunais e Conselhos de Contas, imperdoável erro técnico teria sido não estar incluído dentre os diversos Ministérios Públicos de que cuida o art. 128, imperdoável, ainda, não tivesse cuidado a Constituição de 1988 do processo legislativo para sua organização, da escolha de sua chefia, da definição de suas atribuições, pois o art. 130 só lhe torna aplicáveis as normas da seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura. Entretanto, se não criou novo Ministério Público, não deveria dizer que se aplicam as dispo-

sições do capítulo pertinente a direitos, vedações e forma de investidura, pois que todos os membros do Ministério Público, oficiando ou não junto aos Tribunais e Conselhos de Contas, já teriam tais garantias.”

Essa tese foi rejeitada por unanimidade no 15º Congresso dos Tribunais de Contas, realizado em 1989, na cidade de São Paulo, quando ali apresentada. Mas, por amor ao debate, convém examiná-la.

De toda pertinência é a seguinte lição do abaiizado mestre da hermenêutica Carlos Maximiliano⁴:

“Não é raro fazerem os mais esclarecidos juristas obra de obstinados demolidores apenas, embora exerçam o papel de construtores de algum ramo de Direito. Quando adotam o processo exegético, isto é, seguindo a ordem das matérias estabelecidas pelos artigos de um repositório, limitam-se, às vezes, a criticar e condenar um dispositivo, ao invés de explicar a origem do mesmo, o objetivo colimado e a aplicação prática; de sorte que o estudioso fica habilitado a promover a reforma do texto, porém não a compreendê-lo e observá-lo.”

Parece, por tudo, mais adequado adotar a exegese que leva à harmonia do texto Constitucional com os princípios que consagra, com as instituições históricas e a ordem lógica do direito.

Refutando as considerações expendidas por aquele autor, cabe lembrar que o art. 128 da Constituição Federal listou a abrangência do Ministério Público no capítulo IV do título IV, que trata das *funções essenciais à Justiça*, no âmbito da organização dos poderes. Natural, portanto, não fosse citado, na subclassificação, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, já que esse não funciona junto à Justiça, inserindo-se, sim, no bojo dos órgãos coordenados com vistas ao controle externo cometido ao Poder Legislativo.

Adotando metodologia incensurável, o Constituinte delineou com precisão os contornos do Ministério Público que atua junto à Justiça, definiu-lhe funções, direitos, garantias e vedações, para, só depois, fazer breve referência àqueloutro *parquet*, guardando estreita consonância com o quadro próprio a que se referiu no art. 73, § 2º, inciso I.

Impunha-se elevar também a condição desse Ministério Público, dando-lhe lastro na Constituição, a exemplo da Carta Fundamental de 1967 e assegurando-se-lhe, agora, as prerrogativas indispensáveis ao desempenho da função.

Justamente com tal propósito é que, após extenuante debate, foi incluído o referido art. 130, cuja adequada exegese foi demonstrada.

4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. RJ - Ed. Forense, 1988, p. 40.

Em escólio ao art. 130, manifesta-se Célio Debeç, jurista de nomeada, nos seguintes termos:

“Este preceito afasta, irremediavelmente, a possível suposição de que o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas escapara, por descuido, da relação constante do art. 128, como integrantes do Ministério Público de que cuidou a Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição.”

“Se assim fosse, supérfluo seria o contido no art. 130. E como a lei não pode conter palavras — e muito menos preceitos — inúteis, resulta que, em verdade, o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas nenhuma vinculação tem com seu homônimo.”

O mesmo entendimento foi também sufragado pela Procuradoria-Geral da República, que, num estudo minucioso e preciso da lavra da Subprocuradora ANADYR DE MENDONÇA RODRIGUES, manifestou parecer do qual se extrai:

“Com efeito, trazida a peculiar representação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas à categoria constitucional, pela primeira vez, para o específico efeito de fazê-la incluir-se entre a clientela da qual serão necessariamente escolhidos os Ministros daquela Corte *sui generis*, tornou-se explícito o tratamento constitucional que, a partir de então, merecera: não será sequer razoável a exegese que pretenda entrever, em tal dispositivo, a faculdade de abrigar outros membros do Ministério Público, que não aqueles que, na forma da lei ordinária até então vigente, atuavam exclusivamente junto à Corte de Contas.”

O processo a que a precitada Subprocuradora emprestou o brilho de sua inteligência para adequado posicionamento do assunto — RE nº 120.970-4 — Rondônia — discutia precisamente a possibilidade de o Ministério Público comum atuar junto aos Tribunais de Contas. A ementa do pronunciamento daquela autoridade foi a seguinte.

“EMENTA — Ministério Público junto aos Tribunais de Contas: *parquet sui generis*, instituído pela lei ordinária, sem ofensa à Lei Máxima, ao qual a Carta de 1988 veio a conferir fundamento constitucional (artigos 73, § 2º, I, e 130). Art. 130 da CF/88: norma restritiva da integral aplicação das disposições constitucionais pertinentes ao Ministério Público em geral, cuja inserção na Carta Magna se fez tecnicamente adequada e de forma inteligível, porque necessária ao resguardo das peculiaridades que constituíram a própria razão de ser da instituição de um Ministério Público especial. Recurso Extraordinário insuscetível de conhecimento.”

O Pretório Excelso adotou a tese propugnada pela eminente jurista e negou conhecimento ao recurso (1ª T.D.J. 8-3-91)

5. Tribunal de Contas da União: paradigma para as unidades da federação

Em excelente trabalho intitulado *Limitações constitucionais à autonomia em matéria de Tribunais de Contas* apresentado ao VIII Congresso de Tribunais de Contas realizado em João Pessoa, Paraíba, em novembro de 1975, o eminente José Guilherme Villela assentou duas premissas que continuam atuais e plenamente válidas sob a égide da Constituição Federal de 1988:

- 1ª) os Estados-Membros devem, obrigatoriamente, adotar Tribunal de Contas; e
- 2ª) estão adstritos a observar, em suas linhas básicas, modelo federal de fiscalização orçamentária e financeira, na qual se incluem as normas constitucionais da União sobre estrutura, prerrogativas, competência, organização e funcionamento de seu Tribunal de Contas

No mesmo diapasão, com a singular clareza que lhe é peculiar, o ilustrado e já referido Lincoln Pinto da Luz, na obra intitulada *O instituto do registro em face do atual sistema de controle da administração financeira* pronuncia-se de forma interrogativa:

“Estender-se-á, necessariamente, o paradigma federal aos níveis dos Estados, Distrito Federal e Municípios?”

para, em seguida, esclarecer peremptoriamente:

“A resposta é, sem dúvida, afirmativa. Sobre o tema, em gênero, já se tem manifestado iterativamente o Supremo Tribunal Federal, onde desde cedo se formaram duas correntes. A primeira considera impositiva a adoção do padrão federal de fiscalização financeira e orçamentária a todos os graus do corpo federativo; a segunda, levemente discrepante, sustenta que o sistema da União pode ser relegado na elaboração das Cortes estaduais, mas concordam ambas que onde for instituído Tribunal de Contas será inevitável a observância do esquema da União.”

E continua observando que a jurisprudência da Corte Suprema, consolidada em sucessivos julgados entre os quais as Representações de nº 753 (RTJ 46/442); 755 (RTJ 52/520); 758 (RTJ 54/642); 764 (RTJ 50/245) e 886 (RTJ 65/305), encontrou o seguinte sumário em Parecer da Procuradoria-Geral da República, proferido no RE nº 78.568-AM:

“Se o Estado-Membro decide, à luz de seus próprios critérios e interesses, instituir um Tribunal de Contas para auxiliar o Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária, deverá seguir, nas suas linhas fundamentais, o modelo federal.”

Depois de comentar as mesmas decisões a atual Ministra e Vice-Presidente do Tribunal de Contas da União, Élvia Lordello Castelo Branco, referindo-se ao saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, traz esta sua declaração colhida na Representação nº 764-ES: Desde que o Estado do Espírito Santo optara por seguir o modelo federal teria de fazê-lo nas suas linhas mestras que lhe dão eficácia. Firma como premissa da explanação que se seguirá:

“Tem-se por indubitoso que os Procuradores junto aos Tribunais de Contas constituem, pela natureza do ofício e por tratamento constitucional e legal, um verdadeiro Ministério Público especial, não podendo ser confundidos com os Procuradores de Estado, e que o modelo federal da Corte de Contas é compulsório no âmbito estadual”.

É provável que muitos desconheçam a força do modelo paradigma federal e a capital importância que o Tribunal de Contas do Distrito Federal tem exercido sobre as demais unidades da federação. Aquele, por força da interpretação do Supremo Tribunal Federal e do art. 75 da Constituição; e esse, porque adapta à circunscrição reduzida a competência do TCU com a vantagem de localizar-se ao centro de todo sistema federativo.

Para verificação do exposto basta confrontar a recém-promulgada Lei Federal nº 8.443, de 16-7-92, com a Lei local nº 91, de 30-3-90, e com as leis estaduais.

Especificamente sobre o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, o Distrito Federal, como não poderia deixar de ser, acompanha, desde 1960, o modelo da mais alta Corte de Contas, e, pelo menos, outros dezenove Tribunais de Contas já se adaptaram ao modelo federal, conforme recente pesquisa promovida pela Associação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.

6. *Considerações finais*

Há na consciência de todos os povos um ideal perene de aperfeiçoamento da vida em coletividade, estruturado a partir dos princípios superiores de justiça, modalidade e progresso, pelos quais devem zelar os administradores públicos.

A tarefa, contudo, ultrapassa as restritas dimensões da vida humana e a segurança de sua concretização evolutiva só será possível diante do fortalecimento das Instituições.

Um século de existência de uma instituição a serviço de um ideário tão nobre merece ser destacado nessa marcha irreversível de uma sociedade para ocupar condignamente o espaço que lhe reserva a História.

Prova pericial: inovações da Lei nº 8.455/92

ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA
Assessor no Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Professor da Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Paraíba

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O impedimento e a suspeição dos assistentes técnicos. 3. Dispensa do compromisso. 4. A perícia informal e o parecer extrajudicial. 5. A nomeação, a excusa, a recusa e a substituição do perito. 6. Lavratura e entrega do laudo. 7. Vigência e aplicação das modificações. 8. Conclusão.

1. Introdução

Com a recente edição da Lei nº 8.455, de 2 de agosto de 1992, os dispositivos do Código de Processo Civil que tratam da prova pericial sofreram sensíveis modificações.

Embora os princípios básicos e o objeto da perícia não tenham sofrido alterações, é de grande importância a evolução do procedimento necessário à sua produção. A eliminação de atos meramente formais, como o compromisso do *expert*, tornam a perícia mais rápida e menos gravosa.

De fato, na sistemática anterior, os custos e a demora eram fatores de desprestígio daquele importante meio de prova. Alguns a evitavam, com o propósito de tornar o processo mais célere, o que findava por comprometer o direito da parte, quando somente por meios técnicos seria possível reconhecê-lo.

É que muitas vezes a simples juntada de documentos ou a inquirição de testemunhas ou das partes são insuficientes para a prova dos fatos controvertidos da causa

Do magistrado, ser humano comum, não se poderia esperar conhecimentos enciclopédicos. Por mais versado e erudito que seja, não pode o Juiz dominar, ao mesmo tempo, além do direito, a engenharia, as ciências contábeis, a medicina, a música, as línguas, enfim, todos os ramos da ciência

e do saber. Quando a prova do fato requer conhecimentos especializados, vale-se o julgador de quem os possui, para que possa o litígio ser corretamente solucionado.

Em algumas ações, pela própria natureza da *res in judicio deducia*, a produção da perícia se impõe, como *v. g.*, na infração do direito à exclusividade da patente de invenção (RTJ, 102/308) ou na investigação de paternidade, onde, modernamente, os exames genéticos determinam com certeza quase que absoluta se o investigando é ou não filho do investigado, e não a simples exclusão de possível paternidade, como ocorria com os antigos exames hematólogicos. Não raro é a própria lei que prevê a sua realização, como na Ação Revisional de Alaguel (Lei nº 8.245, de 13-10-91, art. 68, IV); no procedimento de interdição (CPC, art. 1.183) ou na Desapropriação, como meio de fixação da justa indenização (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 23). De suma importância é a prova pericial, ainda, nas ações possessórias, nas de natureza previdenciária (pedido de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez etc.) e nas acidentárias.

Em resumo, meio de prova de inegável e indispensável valia, de há muito requeria uma simplificação no seu rito. Somente com o passar do tempo e a aplicação prática poderemos avaliar se as recentes modificações são suficientes para torná-la mais ágil e expedita e menos dispendiosa.

No momento, nos propomos apenas a divulgar as alterações, de modo superficial, mas suficiente para uma compreensão do que há de novo no ordenamento processual.

2. *O impedimento e a suspeição dos assistentes técnicos*

Na sistemática anterior, o perito e os assistentes indicados pelas partes estavam sujeitos às mesmas hipóteses de suspeição e de impedimento dos juízes.

Agora, as limitações previstas no estatuto processual somente se dirigem ao perito que, nomeado pelo Juiz, erige-se em indispensável auxiliar do Juízo. A modificação prestigia o sistema de perito único que pretendeu o Código de 1973 adotar.

Os assistentes são profissionais de confiança e credibilidade apenas de quem os indicou. Não obstante, devem proceder na elaboração de seus pareceres com honestidade e probidade, respeitando as regras e os princípios técnico-científicos e honrando as normas éticas e os estatutos das respectivas corporações.

A lei nova alterou o inciso III do art. 138 do Código de Processo Civil, excluindo do texto original a expressão "E assistentes técnicos", subsistindo apenas a locução "III — ao perito", ao dispor sobre a extensão dos motivos de impedimento e suspeição dos Juízes às outras pessoas que atuam no processo.

A exclusão dos especialistas particulares àquelas limitações restou expressa mais adiante com a nova redação da parte final do art. 422, *verbis*: "Os

assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição”.

Penso que a novidade tem a grande vantagem de, em muitos casos, tornar menos custosa a assistência técnica, já que não há limitação ao funcionamento, por exemplo, de parentes da parte ou do advogado, ou ainda de amigo íntimo do litigante.

Antes, quem não podia suportar os pesados encargos com a contratação de profissionais liberais ficava privado de assistir à produção da prova técnica, mesmo que tivesse um parente próximo altamente especializado nos conhecimentos necessários ao exame, à vistoria ou à avaliação.

Importante salientar que, mesmo sob a égide das regras anteriores, havia se orientado a jurisprudência no sentido de que poderiam ser indicados como assistentes os empregados ou funcionários da parte. Era comum a indicação de médicos da previdência, de agrimensores do INCRA, de engenheiros do DNER, como louvados dos respectivos órgãos.

Doravante, a inexistência de regra proibitiva beneficiará também os menos favorecidos. Exigirá, contudo, redobrados cuidados do julgador na apreciação e valoração dos pareceres elaborados por assistentes relacionados ou aparentados com a parte, já que, mesmo involuntariamente, poderiam sofrer contaminação pela parcialidade ou mesmo por sentimentos como a paixão, a picdade, o amor filiar ou fraternal ou mesmo o ódio ou vindita contra a parte contrária à assistida.

Por outro lado, se bem fundamentado e elaborado dentro do necessário rigor técnico-científico, poderá servir de base à decisão judicial e mesmo à rejeição do laudo oficial.

3. *Dispensa do compromisso*

Formalidade vetusta, desnecessária e massante, foi finalmente abolido o compromisso do procedimento da perícia.

Até à vigência da Lei nº 8.455/92, eram tanto o perito quanto os assistentes intimados a prestar, em dia, hora e local designados, “o compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo”.

A exigência despropositada foi criticada desde a elaboração do CPC, consoante anota Alexandre de Paula: “Urge evitar os inúteis e onerosos “termos de diligência”, fontes de despesas inúteis e de procrastinação, (...) o que não conduz a melhoria alguma do processo”¹.

A única vantagem relativamente defensável era o temor reverencial incutido na mente do experto (o respeito ao compromisso solenemente prestado), claramente insuficiente para justificar sua manutenção ante tantos contratempos que acarretava.

As dificuldades principiavam para o Cartório ou Secretaria que perdiam precioso tempo com a confecção ou preenchimento dos mandados de intimação

¹ Conforme emenda apresentada pelo Dep. José Bonifácio Neto in *Cód. de Proc. Civil* anotado, v. II, p. 1614

e dos termos de compromisso. Em seguida era o Oficial de Justiça que empreendia as diligências necessárias à intimação.

Por fim, o perito e os assistentes técnicos, no mais das vezes profissionais liberais ou servidores públicos, deixavam os afazeres ou o serviço para se dirigirem ao local designado, na hora aprazada, com prejuízo de tarefas mais necessárias ou urgentes, com a única finalidade de assinar o termo de compromisso.

De acordo com a redação da primeira parte do art. 422 do Cód. Proc. Civ., que atualmente vigora, "O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso (...)".

Assim, sua obrigação de bem servir decorre diretamente da lei, e não de qualquer termo ou formalidade escrita.

Em consequência, a falta de compromisso deixou de ser causa de substituição do perito, antes prevista no art. 424, II, do CPC.

Modificou-se, ainda, a redação do art. 146 do estatuto processual, suprimindo-se a palavra "compromisso" da disposição onde se prevê o termo inicial do prazo de 5 dias para apresentação de escusa pelo perito, em razão de motivo legítimo.

A alteração implica reflexo no âmbito do direito penal. Elaborando laudo falso, incorre o experto no crime de "falso testemunho ou falsa perícia" (CPB, art. 342) ou de corrupção passiva (CPB, art. 317), no caso de ser funcionário público e ter solicitado, recebido ou aceitado promessa de vantagem indevida para a realização do *falsum*.

No regime anterior o compromisso era considerado requisito essencial à tipificação do crime de falsa perícia. É que, sem a lavratura do termo, nula era a perícia realizada e, em consequência, carecia a falsidade de qualquer potencialidade lesiva.

Como o tipo previsto no art. 342 não faz qualquer referência ao compromisso, e considerando que não mais existe aquela solenidade no rito processual civil, entendemos ser ela irrelevante, daqui por diante, para a configuração do delito em enfoque.

4. *A perícia informal e o parecer extrajudicial*

Duas novidades que amenizam o excesso de formalismo da prova pericial estão agora integradas no corpo do Código de Processo Civil, previstas nos arts. 421, § 2º e no art. 427.

A primeira delas é o que se poderia chamar de perícia informal, assim prevista: "Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado".

Nos moldes do rito anterior, havia necessidade de nomeação do perito; indicação dos assistentes e formulação dos quesitos; compromisso; audiência de abertura dos trabalhos; realização da perícia em si com a faculdade de

apresentação de quesitos suplementares; conferência reservada entre os louvados e lavratura de laudo único ou de laudos divergentes, com o seu conseqüente depósito em cartório; formulação dos pedidos de esclarecimentos e a intimação dos expertos para a audiência, com antecedência mínima de 5 dias, ocasião em que, finalmente, poderiam ser inquiridos pelo magistrado e responderiam às indagações das partes.

Mesmo que a perícia fosse de quase nenhuma dificuldade, todo aquele ritual havia de ser sacramentalmente observado, sob pena de invalidade da prova.

Com o novo regramento, se o objeto da prova consistir, por exemplo, em se saber a distância entre determinada árvore e o prédio x, os técnicos poderão simplesmente examinar o local, fazer a medição e anotar os dados necessários, repassando-os ao Juiz em audiência, ocasião em que esclarecerão o que for necessário.

Numa hipótese como a formulada, não caberia ao Juiz, em inspeção judicial, ir fazer a medição, até porque "não pode o magistrado valer-se de conhecimentos pessoais de natureza técnica para dispensar a perícia"². Também não há necessidade de laudos e de todo um procedimento custoso e complicado. A melhor alternativa é valer-se da nova opção processual, realizando-se informalmente a perícia.

Quanto ao procedimento para a produção da perícia mediante simples inquirição dos técnicos em audiência, penso que também deva ser simplificado: o juiz, decidindo fundamentadamente pela aplicação do disposto no art. 421, § 2º, nomeará o perito e facultará a indicação dos assistentes e a formulação de quesitos. As perguntas somente serão deferidas se consentâneas com a pouca complexidade da perícia. Se forem elaborados quesitos necessários ao desfecho da causa que impliquem exames, vistorias ou avaliações mais profundos, deverá o magistrado revogar o despacho anterior e determinar siga a perícia o procedimento normal, com a obediência de todas as fases legalmente previstas.

Em se decidindo pela perícia informal, serão os experts cientificados de que não haverá necessidade de lavratura de laudos escritos e intimados para comparecerem à audiência de instrução e julgamento, que poderá ser, de logo, designada. A nosso ver, nesse caso, não se aplicará o disposto no parágrafo único do art. 435 do CPC, eis que as partes poderão sempre pedir esclarecimento na audiência, independentemente de formulação de requerimento com antecedência.

A solução encontrada pelo legislador é prática e eficaz, estando em sintonia com o princípio da oralidade que informa o processo civil. Deve, no entanto, ser utilizada com moderação e estritamente em inspeções de pouca complexidade, para que não se comprometam a segurança e o rigor da prova científica.

² Decisão publicada na RT 606/199, citada por Theotônio Negrão, in *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 19ª ed., p. 229.

A segunda novidade é o prestígio concedido aos pareceres extrajudiciais apresentados pelas partes ainda na fase postulatória. Dispõe o art. 427 do CPC, com a sua nova redação: "O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes".

É de se advertir, entretanto, que o final do dispositivo reproduzido é completamente desnecessário, já que, estando os fatos comprovados por documento, há previsão legal de indeferimento do pedido de perícia (CPC, art. 420, parágrafo único, item II).

O que há de relevante é a referência aos pareceres técnicos acostados pelas próprias partes, que adquirem valor probante mais acentuado.

Na sistemática anterior, já era possível a juntada de laudos não-oficiais pelos litigantes, mas a força probante era praticamente inoperante quando a decisão da causa carecia de rigor científico, o que sempre exigia repetição da prova perante a Justiça. Serviam apenas de meio para esclarecimento de dúvidas, como prelecionava o Mestre Moacyr Amaral Santos: "Por vezes, se socorre a parte extrajudicialmente de técnicos para ilustrá-la sobre fatos da causa, quer para o fim de melhor certificá-los, esclarecê-los ou interpretá-los, pedindo-lhes parecer escrito, de que se utiliza para corroborar suas alegações, quer para o fim de elucidar o juiz a respeito dos mesmos fatos. Nesses casos, o técnico funciona como consultor da parte e o seu parecer equivale ao de uma perícia extrajudicial, e assemelha-se ao parecer emitido por jurisconsulto, sobre questões jurídicas discutidas no processo"³.

A jurisprudência também valorizava, em casos de indenização por acidente de trânsito, os laudos administrativos elaborados pela repartição de trânsito (Detran, DNER, polícia de trânsito), como prova do sinistro. Os orçamentos elaborados por oficinas idôneas serviam, ainda para orientar a fixação do "quantum" indenizatório. O juiz dispensava a perícia judicial, já que se encontrava nos autos elementos técnicos suficientes para o desate da lide.

Consoante o que atualmente dispõe a norma processual, em matéria de qualquer natureza poderão as partes, de logo, apresentar os laudos, orçamentos, perícias, levantamentos topográficos e planimétricos, avaliações, medições, diagnósticos, exames médicos, laboratoriais ou psiquiátricos dos quais dependam o reconhecimento do direito pleiteado.

Sobretudo se a parte contrária não impugnar a validade da prova apresentada, restará ainda mais segura a dispensa da sua repetição em Juízo. Não é bastante, porém, a simples juntada do exame extrajudicial. Para a não-realização da perícia é indispensável a suficiência dos elementos apresentados pelas partes, nos termos da própria redação do texto legal.

3. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, pp. 476-477.

O juiz, no saneador ou na audiência de instrução e julgamento, conforme o procedimento adotado, é que decidirá se aceita ou não as provas que já repousam nos autos ou se nomeará perito da sua confiança para a realização de inspeção, cercada das cautelas da lei.

Tudo dependerá da natureza e da complexidade das questões de fato controvertidas. Em qualquer caso, será a decisão do magistrado impugnável por meio de agravo de instrumento, a exemplo de quando defere ou indefere requerimento de perícia⁴

5. A nomeação, a escusa, a recusa e a substituição do perito

O perito é pessoa de confiança do juiz e deve reunir os conhecimentos técnicos e científicos necessários à elucidação dos problemas fáticos da questão.

Uma vez nomeado, passa à condição de importante auxiliar da Justiça. Conforme o disposto na parte final do art. 146 do CPC, somente poderá escusar-se do encargo alegando motivo legítimo. A doutrina nos apresenta como razões justas para a escusa, por exemplo, a ocorrência de força maior; a inabilitação do perito para o objeto do exame; versar a perícia sobre fato a cujo respeito deva o perito guardar sigilo ou sobre assunto em que interveio como interessado; estar ocupado com outra ou outras perícias etc.

O parágrafo único do art. 146 passou a vigorar com pequena alteração, eis que suprimida a expressão "ao compromisso", determinando apenas: "Parágrafo único: A escusa será apresentada dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la".

Com relação à recusa, o art. 423, também alterado pela Lei n° 8.455/92, passou a vigorar sem as referências ao assistente técnico, *verbis*: "Art. 423: O perito pode escusar-se (art. 146) ou ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 138, III); ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, o juiz nomeará novo perito".

Além da escusa por motivo legítimo e da recusa por impedimento, ou suspeição, pode ainda o experto ser substituído. A primeira causa de substituição prevista no art. 424 do CPC permaneceu inalterada: "I — quando o perito carecer de conhecimento técnico ou científico".

No que concerne ao inciso II, do mesmo artigo, que antes previa a substituição por falta de compromisso, a partir da vigência da nova lei passou a enunciar: "II — sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinalado".

O prazo para a entrega em cartório é fixado pelo juiz, devendo guardar a antecedência mínima de 20 dias da audiência de instrução e julgamento, de acordo com a nova redação do art. 433 do CPC. O prazo, mais ou menos extenso, conforme as peculiaridades da perícia, é marcado no mesmo despacho

⁴ Acerca do cabimento do agravo: RP 2/359, em. 153; RP 6/325, em. 172; TFR 3ª Turma na AC n° 10: 813-RS, Rel. Min. Nilson Naves, referidos por Theotônio Negrão, *op. cit.*, p. 206 e STF, no AG 0125488-MT, Rel. Min. Carlos Madeira, n DJ 9-12-88, p. 32648.

de nomeação do perito (*ex vi* do disposto no *caput* do art. 421 do Cód. Proc. Civ., com redação dada pela Lei nº 8.455/92, alterada pela retificação de publicação constante do *DO* de 2 de setembro de 1992).

Se o laudo não fosse entregue, pela antiga dicção da parte final do parágrafo único do art. 433, o perito remisso seria substituído, aplicando-se-lhe multa que não deveria exceder a 10 vezes o salário mínimo⁵.

Atualmente, no caso de desídia do examinador oficial, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor-lhe multa fixada em razão do valor da causa e do possível prejuízo decorrente do atraso no processo (CPC, art. 424, parágrafo único, alterado pela Lei nº 8.455/92).

O perito não faz obséquio ao juiz, mas cumpre obrigação legalmente imposta (CPC, art. 146, primeira parte). Se desidioso, relapso ou desrespeitoso à Justiça, o fato será comunicado ao órgão de classe, que deverá aplicar as sanções administrativas previstas nos respectivos estatutos. Já a multa, não está mais sujeita a qualquer limite, sendo aplicada de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

6. Lavratura e entrega do laudo

O rito anterior previa que, após a inspeção, individual ou conjunta, o perito e os assistentes conferenciariam reservadamente e, chegando às mesmas conclusões, lavrariam laudo único, escrito pelo primeiro e assinado pelos demais. Havendo dissenso, cada qual lavraria seu laudo, devidamente arrazoado e fundamentado no mesmo prazo concedido ao perito oficial.

Era o que determinavam os arts. 430 e 431 e o parágrafo único do art. 432 do CPC, expressamente revogados pelo art. 3º da Lei nº 8.455/92.

O procedimento primitivo continha a grave inconveniência de que os assistentes técnicos elaboravam os laudos divergentes sem o conhecimento do conteúdo do laudo oficial, eis que, por determinação legal, todos deveriam obedecer ao mesmo prazo.

Pela salutar inovação recém-introduzida no ordenamento jurídico, o perito entregará o laudo no prazo assinalado. Os assistentes louvados pelas partes, nos 10 (dez) dias subseqüentes, apresentarão os respectivos *pareceres*, independentemente de intimação, *ex vi* do disposto no art. 433, parágrafo único, do Código de Processo Civil. A propósito, aparentemente, o legislador pretendeu reservar a expressão *laudo* para a peça confeccionada pelo perito oficial, já que se referiu a *parecer* dos assistentes.

Com o prévio conhecimento do laudo, o assistente poderá rechaçá-lo cientificamente, apontando, de modo objetivo, as suas possíveis falhas e imperfeições.

⁵ Ensina, no entanto, Humberto Theodoro Junior que, "mesmo fora do prazo, o laudo ainda poderá ser entregue, desde que guardada a antecedência mínima" que agora é de 20 dias antes da AJJ. O prazo não seria, pois, preclusivo. Contra: JTA 95:38.

De qualquer modo, a nosso sentir, nada impede que o assistente técnico se limite a ratificar ou concordar com as conclusões do perito.

7. Vigência e aplicação das modificações

O art. 2º da Lei nº 8.455/92 preceitua: "Esta lei entra em vigor quinze dias após a data de sua publicação".

Publicada no *Diário Oficial* de 25 de agosto de 1992, estariam as alterações do CPC em pleno vigor no dia 8 de setembro do mesmo ano.

Todavia, da primeira publicação não constou a nova redação do *caput* do art. 421 do estatuto processual. A retificação do texto legal somente foi publicada no *DO* de 2-9-92.

Embora determine o art. 1º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil que, "se antes de entrar em vigor, ocorrer nova publicação do seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação", no caso em estudo, não houve nova publicação de todo o texto, mas mera errata com relação a um dos seus dispositivos.

Desse modo, penso que não se reabriu o prazo de *vacatio legis*, exceto quanto ao artigo modificado posteriormente. Ou seja, a maior parte das alterações no procedimento da prova pericial está em vigor desde 8-9-92. Somente quanto à nova redação do *caput* do art. 421 do Cód. Proc. Civ. é que, em virtude da retificação, começou a produzir efeitos a partir de 17-9-92.

Finalmente, no que diz respeito à aplicabilidade da Lei nº 8.455/92, as modificações por ela introduzidas devem incidir imediatamente sobre todos os feitos em curso, desde que a perícia ainda não se tenha realizado. Já tendo sido produzida a prova técnica, nenhuma influência sofrerá em face do novo regramento, eis que as leis processuais são de efeito imediato frente aos feitos pendentes, mas não são retroativas⁵. Aplica-se quanto ao conflito de leis processuais no tempo o princípio segundo o qual *tempus regit actum*.

Em síntese, desde o dia 8-9-92, todas as perícias realizadas em Juízo devem obedecer ao novo procedimento, incorporado ao texto do CPC pela Lei nº 8.455/92, respeitados os atos processuais já praticados.

8. Conclusão

As recentes modificações no modo de realização das perícias judiciais atendem às prudentes advertências da doutrina e aos reclamos advindos da aplicação dos antiquados e formalistas dispositivos processuais que até então vigoravam.

É anseio geral que sejam suficientes para torná-la mais acessível, ágil e prática e, em consequência, mais útil para uma rápida e segura solução dos litígios.

5 H. Moerto Theodoro Júnior - *in Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 22

A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições

JARBAS MARANHÃO

Ex-Secretário de Estado. Deputado Constituinte em 1946. Ex-Senador. Ex-Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco. Professor de Direito Constitucional. É integrante da Academia Pernambucana de Letras.

1. *Antecedentes históricos*

Não é de hoje que se discute a necessidade e importância dos Tribunais de Contas.

Já o saudoso professor da Faculdade de Direito do Recife, José Soriano de Souza, em seu livro *Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional*, salientando que a importância do Tribunal de Contas resultava a um tempo do seu caráter constitucional e do fim a que o destinou a Constituição, e que a necessidade o valor de Tribunais dessa natureza eram reconhecidos, desde longo tempo, em todos os países civilizados, acrescentava que alguns escritores descobrem até na legislação romana a origem desses órgãos, enxergando especialmente nos *Tabularii* e *Numerarii* um embrião dos mesmos.

Da mesma forma, lembra que, na França, desde 1256, os éditos de Luís IX fazem menção de uma instituição chamada *chambre de comptes*; que na Inglaterra, desde os tempos dos reis normandos, existiu um Tribunal de Justiça em matéria de finanças chamado *Echiquier*, composto de um certo número de barões feudais (*barons of the Echiquier*); que, na Prússia, desde 1824, se organizou um Tribunal semelhante, que foi modificado em 1872, para se reorganizar em 1876, com o título de Tribunal de Contas do Império da Alemanha; e que, na Itália, desde 1807, existiu a *Régia Côte dei Conti*, organismo que sucedera a outros e que veio, em 1849, a ser modelado pelo da Bélgica.

2. No Brasil: origens, criação, conceito

No Brasil, coube a Rui Barbosa, como Ministro da Fazenda, no Governo Provisório, a iniciativa do Decreto-Lei nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que criou o Tribunal de Contas da União, logo depois instituído ou melhor mantido na Constituição de 1891.

Rui foi um dos maiores propugnadores do Tribunal de Contas. Justificando e defendendo sua criação, ele escrevia:

"Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providência, que uma sociedade política bem constituída pode exigir de seus representantes. Refiro-me à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana... Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária. Mas em nenhuma também há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos... Cumpre acautelar e vencer esses excessos, quer se traduzam em atentados contra a lei, inspirados em aspirações opostas ao interesse geral, quer se originem (e estes são, porventura, os mais perigosos) em aspirações de utilidade pública, não contidas nas raíças fixadas à despesa, pela sua delimitação parlamentar. Tal foi sempre, desde que os orçamentos deixaram de ser *l'état du roi*, o empenho de todas as nações regularmente organizadas... É o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional... Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala em vão, desde que neste país se inauguraram assembleias parlamentares."

No entanto, essa idéia de um Tribunal de Contas, entre nós, vem de longa data.

Em 1826, no Senado do Império, o Visconde de Barbacena e José Inácio Borges apresentavam projeto a esse respeito, o qual foi combatido por Manoel Jacinto Nogueira da Gama, Conde e logo depois Marquês de Baependi.

Alguns anos depois, em 1845, Manuel Alves Branco, então Ministro da Fazenda, de "grande competência e prestígio", propôs a organização de um Tribunal de Contas que, "sobre exercer fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, com o poder de ordenar

a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia as contas que tivessem de prestar”.

Diz Pontes de Miranda que, se bem a idéia volvesse com Pimenta Bueno, Silveira Martins, o Visconde de Ouro Preto e João Alfredo, o Império não possui o seu Tribunal de Contas.

Todavia, Pimenta Bueno, analisando nossas instituições monárquicas, em seu grande livro *Direito Público Brasileiro*, insistia no aludido Tribunal, assim se expressando:

“É de suma necessidade a criação de um Tribunal de Contas, devidamente organizado, que examine e compare a fidelidade das despesas com os créditos votados, as receitas com as leis de imposto, que perscrute e siga pelo testemunho de documentos autênticos, em todos os seus movimentos, a aplicação e emprego dos valores do Estado e que, enfim, possa assegurar a realidade e legalidade das contas. Sem esse poderoso auxiliar, nada conseguirão as Câmaras.”

Também o Visconde do Uruguai, no seu meritoso livro *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil*, frisava que “não pode haver orçamento que mereça este nome, sem contas”, naturalmente tomadas com brevidade, periódica e regularmente.

Por sua vez, João Barbalho, comentando a Constituição de 1891, enfatizava que o Tribunal de Contas era uma das grandes e indeclináveis molas do mecanismo governamental. E parecendo muito desconfiado em relação ao poder administrativo, arrematava referindo-se àquele órgão:

“Aconselha-o bem entendida previsão de abusos, dado o conhecido pendor que têm os governos para se alargar nas despesas. Exige-se a autonomia da instituição criada contra essa tendência fatal ao contribuinte e ruínoza das finanças do Estado.”

Se esta é a opinião de antigos estudiosos e tratadistas, o é também de juristas da atualidade e da maior expressão intelectual, a exemplo do professor Pinto Ferreira, catedrático da Universidade Federal de Pernambuco.

Ele assim define o Tribunal de Contas, uma instituição útil e proveitosa, órgão imparcial, acima das pulsações emotivas dos partidos políticos, auxiliando o governo no exame e prestação de contas, tendo assim uma viva importância no regime constitucional moderno.

3. *Luta pela primazia das finanças públicas — controle parlamentar das finanças — outras formas de controle*

É o Tribunal de Contas um órgão da maior relevância para a administração e o melhor desempenho do sistema democrático.

As origens do regime, vamos encontrá-las, sem dúvida, na luta do povo para distinguir as finanças do Estado das finanças do Rei.

Esta causa financeira — e a luta que provocou — veio, com o tempo, a transferir a soberania nacional do absolutismo dos monarcas para a vontade do povo.

Seus marcos iniciais, podemos defrontá-los na antiga Magna Carta Inglesa, na *Petition of Rights* e *Bill of Rights*. O princípio defendido nessas oportunidades era o da proibição de novos impostos a serem criados pelo monarca sem audiência e consentimento do povo, ou, ao menos de início, dos barões feudais.

A luta pela primazia e controle das finanças públicas entre o Parlamento e os Reis conduziu dessa maneira ao Estado democrático. "O fundamento, pois, do controle parlamentar das finanças consiste numa manifestação da soberania popular expressa através dos poderes de fiscalização e controle de sua representação legislativa."

O controle orçamentário e financeiro, direto ou indireto, interno ou externo, de caráter administrativo, jurisdicional ou parlamentar, qualquer que seja a forma que ele revista, é, sempre, originariamente de índole política.

Sylvio Santos Faria, no ensaio intitulado de "Controle das Finanças Públicas", faz um estudo magnífico sobre a evolução das finanças clássicas do Estado até o orçamento, onde é possível, através do princípio da unidade, um controle mais efetivo das autorizações financeiras. Para ele, a impossibilidade de o legislativo intervir diretamente nas atividades administrativas determinou o aparecimento de outras formas e controle financeiro que não parlamentar. Pode-se — acrescenta — num esforço de indução, dizer que todos os outros processos, sejam quais forem, representam formas subsidiárias do controle pelo parlamento, a quem compete originariamente a função eminentemente política de saber do destino dado pela Administração aos tributos arrecadados por autorização sua e a serem empregados em despesas fixadas também no orçamento. Em alguns países, anota ele ainda, como a Inglaterra e os Estados Unidos, verifica-se a consolidação do controle jurisdicional e político nos órgãos legislativos. Em outros, porém, o controle jurisdicional constitui-se através de um órgão próprio, considerado auxiliar importante do Legislativo.

4. *O Tribunal de Contas e o controle técnico. Competência*

Os Tribunais de Contas surgiram da necessidade de estabelecerem-se bases novas para a fiscalização da execução orçamentária. Surgiram dessa conveniência de emprestar um caráter técnico ao aludido controle, "seja ele preventivo, como na Bélgica, seja repressivo, ou, ainda, misto, como é o caso brasileiro".

É das suas atribuições atuar ora como órgão de fiscalização financeira, como no caso da figura do registro ou de sua recusa, ou de auditoria; ora

como órgão julgante, quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos e em que suas decisões têm força de sentenças; como órgão normativo e de orientação, quando, por exemplo, elabora seu regimento interno e o de sua secretaria, ou mediante instruções expedidas a repartições e funcionários; e ainda como órgão consultivo e de informação, ao emitir parecer prévio, acompanhado de relatório, sobre as contas que o Executivo deve apresentar anualmente às Assembléias políticas, e informações e pareceres outros a respeito de consultas formuladas pelo Legislativo, pelo Executivo e entidades autárquicas.

5. Novas atribuições oriundas da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n° 1, de 1969

A Constituição brasileira de 1967 não mais se refere ao sistema de registro prévio para qualquer ato de administração pública, de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro, ou por conta deste. Talvez, pela circunstância de vir esse sistema merecendo críticas de estudiosos e de ministros de Tribunais de Contas, ora porque, na prática, não se exercitasse senão sobre uma percentagem mínima das despesas, ora porque pudesse implicar uma diminuição do ritmo de trabalho da administração, sacrificando, por essa forma, um processo, porventura, mais rápido, conforme as necessidades e interesses do serviço público.

Em compensação, receberam as Cortes de Contas atribuição nova, que lhes empresta uma grande força: o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, que será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três poderes, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a que caberá realizar as inspeções necessárias.

Outra inovação da Constituição de 1967 é a de que o julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões contemplará apenas as concessões iniciais, não dependendo da decisão dos Tribunais de Contas as melhorias posteriores.

Em relação aos Municípios, será motivo para intervenção neles o fato de a administração municipal não prestar contas a que esteja obrigada, na forma da Lei.

Com a Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969, foi ampliada a competência dos Tribunais de Contas estaduais.

O controle externo da Câmara Municipal passa a ser exercido com o auxílio das mencionadas Cortes ou de órgão estadual a que for atribuída essa incumbência.

Ao Tribunal cabe, ainda, emitir um parecer prévio sobre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente e, somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal, deixará de prevalecer o aludido parecer.

Por outro lado, somente poderão instituir Tribunais de Contas os Municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária

acima de quinhentos milhões de cruzeiros, o que não é mais possível, pois a Constituição de 5 de outubro de 1988 vedou a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais (art. 31, § 4º).

6 *A Constituição de 1988 e a fiscalização contábil, financeira e orçamentária*

Relativamente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, a Lei Magna de 5 de outubro de 1988 manteve os sistemas de controle interno e externo (art. 70).

O primeiro, a ser exercido por cada um dos Poderes — ao contrário dos Textos anteriores que se referiam apenas ao Poder Executivo, embora todos os Poderes o cumprissem.

O segundo, a cargo do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Observe-se, aqui, que a palavra "auxílio" deve ser entendida como colaboração funcional e não subordinação hierárquica ou administrativa. Colaboração funcional que o Tribunal de Contas presta, na verdade, aos três Poderes, entre os quais se encontra situado, impondo-se, todavia, que mantenha independência como órgão e função. O contrário seria negar sua natureza e destino de instituição autônoma. Sem essa independência, que é de sua própria substância, ele não poderia atingir suas finalidades.

Outra observação a fazer-se é que a fiscalização mencionada no art. 70 não visa a apurar apenas a legalidade e legitimidade dos atos da administração, mas também a economicidade ou seja, os resultados da gestão em termos econômicos ou de crescimento.

A resposta à pergunta *quem prestará contas?* encontra-se no parágrafo único do mencionado art. 70 — qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

7. *Competência do Tribunal de Contas da União*

A Constituição de 5 de outubro de 1988 manteve e ampliou as antigas atribuições do Tribunal de Contas da União no art. 71, que contém nove itens seguidos de quatro parágrafos. É, portanto, mais detalhada e densa que as anteriores.

O item III, por exemplo, mantém o controle sobre as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório, e institui nova competência — a de 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.

Também outro item — o VIII — manda aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

Da mesma forma, as suas decisões de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Por outro lado foram atendidos antigos e justos pleitos das Cortes de Contas, como a crítica ao § 6º do art. 72 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, sem justificativa ética, política ou jurídica, pois segundo determinava ficaria insubsistente a impugnação do Tribunal de Contas, referente a contrato por ele considerado ilegal ou atentório do interesse público, se, no prazo de 30 dias, não houvesse ainda se pronunciado o Poder Legislativo.

Na Carta de 1988 a questão está assim regulada: se verificar ilegalidade, o Tribunal de Contas da União assinará prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; sustará, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; representará ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos cometidos — disposições essas já constantes em textos anteriores. Mas, agora, ao invés de solicitar ao Congresso Nacional, em caso de contrato, sustá-lo ou adotar providências outras que resguardem os objetivos legais, deve o ato de sustação ser adotado diretamente pelo Congresso, que solicitará de imediato ao Poder Executivo as medidas cabíveis. No entanto, se, no prazo de noventa dias, o Congresso Nacional ou o Poder Executivo nada tiverem resolvido, o Tribunal de Contas decidirá a respeito, não mais ficando insubsistentes as suas impugnações.

Também não consta mais da Carta de 1988 o disposto no § 8º do art. 72 da Emenda nº 1, de 1969, norma inconveniente, para não dizer absurda, de inspiração autoritária, por facultar ao Presidente da República ordenar a execução ou o registro de atos impugnados e sustados como os de aposentadorias, reformas e pensões não aprovadas pelo Tribunal de Contas *ad referendum* do Congresso Nacional. Aposentadorias, reformas e pensões de que têm os Tribunais de Contas competência constitucional expressa ou privativa para apreciar a sua legalidade, como atos administrativos de natureza complexa.

Transcreva-se, em seguida, para exato conhecimento das atribuições do Tribunal de Contas da União, os artigos 71 e 72 com os incisos e parágrafos:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I — apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II — julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

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 a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV — realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V — fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI — fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII — prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII — aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX — assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X — sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI — representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.”

Antes da transcrição do artigo 72, anote-se que a Carta de 1988 — ao contrário das de 1946, 1967 e Emenda nº 1, de 1969 — silenciou sobre a exigência de o Tribunal apresentar, ao lado do parecer prévio, minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

Art. 72. A Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, § 1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.

§ 1º Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias.

§ 2º Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.”

Claro que o Tribunal a que alude o artigo 72 é o Tribunal de Contas da União, e a comissão nele mencionada é a comissão mista permanente de Senadores e Deputados, incumbida constitucionalmente de examinar e emitir parecer prévio sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República e sobre os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, que serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do Regimento Comum.

Compete-lhe também examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas.

Cabe ainda à comissão mista emitir parecer sobre as emendas que nela serão apresentadas a respeito dos projetos e planos aqui referidos.

8. Territórios

Compete ainda ao Tribunal de Contas da União emitir parecer prévio sobre as contas do Governo do Território, que serão submetidas ao Congresso Nacional (art. 33, § 2º).

9. *A Constituição de 1988 e os Ministros do Tribunal de Contas da União*

O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo território do País (art. 73 da CF de outubro de 1988).

Os Ministros serão nomeados dentre brasileiros que tenham mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, idoneidade moral e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, com mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os aludidos conhecimentos (art. 73, § 1º, itens I, II, III, IV).

A Constituição de 1988 instituiu um processo novo para a composição do Tribunal de Contas da União.

Os Ministros serão escolhidos:

“I — um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II — dois terços pelo Congresso Nacional” (art. 73, § 2º, itens I e II).

Os Ministros terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos (art. 73, § 3º).

O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal (art. 73, § 4º).

Do mesmo modo que aos outros Tribunais, compete privativamente ao Tribunal de Contas da União eleger seus órgãos diretivos; elaborar seu regimento interno; organizar sua secretaria e serviços auxiliares; conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e funcionários; prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos necessários à sua administração; propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros e dos serviços auxiliares (ver artigo 96, incisos e letras).

Mas, a respeito do que nessas atribuições constitui despesas com a criação e provimento de cargos e fixação de vencimentos, deve-se levar em conta o que determina a Constituição no artigo 169, parágrafo único, itens I e II, nos seguintes termos:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.”

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

10. *Processo e julgamento dos Ministros do Tribunal de Contas da União*

Acrescente-se aqui que os Ministros do Tribunal de Contas da União, na hipótese de infrações penais comuns ou de crimes de responsabilidade, serão processados e julgados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, item I, letra c).

11. *Distrito Federal*

Segundo o art. 16, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Distrito Federal, enquanto não for instalada a Câmara Legislativa, será exercida pelo Senado Federal, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas do Distrito Federal, observado o disposto no art. 72 da Constituição.

12. *Estados*

As normas da Constituição Federal referentes à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, abrangendo a competência do Tribunal de Contas, aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

É o que diz em linhas gerais o art. 75, enquanto o parágrafo único estatui: “As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete conselheiros”.

13. *Processo e julgamento dos conselheiros*

Anote-se, também, que os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e bem assim os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, serão processados e julgados originariamente pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, item I, letra a).

14. Criação de Estados

O artigo 235, item III das Disposições Constitucionais Gerais, estabelece que, nos dez primeiros anos da criação de Estado, o Tribunal de Contas terá três membros nomeados pelo Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber

15. A Constituição de 1988 e a fiscalização do Município

"A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo municipal, na forma da lei" (art. 31).

"O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver" (art. 31, § 1º).

"O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal" (art. 31, § 2º).

"As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei" (art. 31, § 3º).

Este dispositivo não constava das Leis Supremas anteriores, em nosso País.

Repita-se que o artigo 31, § 4º, veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

16. Controle interno

Por último, com o objetivo de propiciar uma visão mais ampla do problema da fiscalização financeira, é conveniente reproduzir o artigo 74 da Carta de 1988, o qual determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário mantenham, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade, entre outras, de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional; tanto assim que os responsáveis pelo controle interno devem, sob pena de responsabilidade solidária, dar ciência ao Tribunal de Contas da União de qualquer irregularidade ou ilegalidade de que venham a tomar conhecimento.

"Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I — avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II — comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial

nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado:

III — exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV — apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

17. *Posição entre os Poderes*

Com essa soma de atribuições de vocação tão diversa, curioso é situá-lo no sistema dos poderes.

Pontes de Miranda preocupa-se com o assunto, indagando e respondendo ao mesmo tempo:

Órgão do Poder Executivo? Não. Fiscaliza o Poder Executivo. Se admitirmos que coopera com ele, será exterior tal cooperação, delimitadora, cerceante, restrigente. Órgão do Poder Judiciário? Sim, se bem que de modo especial, como função. Como órgão, não, embora de semelhante composição. Órgão do Poder Legislativo? Em parte. Órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão também *sui generis* do Poder Legislativo; e conclui aquela autoridade: criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição.

De modo semelhante argumenta Agnello Uchôa Bittencourt:

“Poder-se-á, talvez dar-lhe, também, a qualificação de *órgão auxiliar* do Poder Judiciário, uma vez que funciona, em matéria de contas, como instância necessária, cujas decisões se tornam indispensáveis, constituindo *prejudicial* para o início de certas ações... Não se integra, muito menos, no Poder Executivo, a que deve fiscalizar... Não é também Poder Legislativo, embora certa subordinação funcional, não hierárquica. Não o é materialmente, visto que não legisla; não o é formalmente, porque assim não o considerou a Constituição.”

E diz Castro Nunes:

“Se o instituto está entre os poderes é que a nenhum deles pertence propriamente, nem ao Judiciário, nem à administração como jurisdição subordinada, porque, já então, seria absurdo que pudesse fiscalizar-lhe os atos financeiros; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém afinidades.”

Talvez, por isso, é que a Constituição italiana o tenha qualificado como órgão auxiliar da República — da República, e não deste ou daquele de seus poderes; e a Constituição Brasileira de 1934 o haja definido como "órgão de cooperação nas atividades governamentais".

Classificação dos agentes públicos: reexame

MARIO BERNARDO SESTA

Procurador do Estado (RS). Professor da UFRGS

1. Quando se analisa o conjunto dos *agentes públicos*, desde logo se percebe que não constituem uma massa homogênea.

Do mesmo modo, percebe-se que a distinção, existente entre as diversas categorias em que aparecem organizados, não decorre simplesmente do princípio da divisão do trabalho.

Nota-se, efetivamente, que há entre eles diferenças de *hierarquia*, que influem no conteúdo de suas competências e no modo de seu provimento.

A distinção tradicional, que deles se faz, aponta duas grandes categorias de *agentes públicos*: os *agentes políticos* e os *agentes administrativos*. Essa classificação equivale à outra que denomina os primeiros de *condutores políticos* e os segundos de *servidores públicos*: enquanto aqueles seriam prestadores de idéias, ou da *ação política*, estes seriam prestadores de serviços, ou da *ação administrativa*.

Essa distinção pressupõe, no *condutor político*, a cumulação do comando, propriamente dito, com a *titularidade* da diretriz política; o condutor político seria aquele agente cuja ação é predominantemente comando e se exerce através da expressão da diretriz política; a seu lado, o *servidor público* aparece como aquele agente *subordinado*, tal qual se deduz do próprio termo "servidor", cuja ação seria meramente administrativa, isto é, seria não mais do que o simples *executor* da atividade decorrente das diretrizes, das idéias matrizes, formuladas pelo primeiro.

1 "2. Não se consideram prestadores de trabalho público os *condutores políticos* das pessoas jurídicas de existência necessária." (CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, RT, SP, 6ª ed., 1987, p. 163).

(...)

"Os homens, aos quais incumbem as funções de condutores políticos, não são meramente prestadores de energia; são, antes de tudo, portadores de idéias. Como a pintura em relação à tela prima, neste caso, a idéia sobre a energia física, que lhe condiciona a expressão objetiva" (id., *ibid.*, p. 163; grifou-se).

Esse discrimine, que não corresponde à realidade estrutural e funcional do Estado contemporâneo, fundamenta-se em dois princípios: primeiro, o da *divisão do poder político*, para contrapor os agentes dos "poderes", os impropriamente chamados de "titulares de poder", como *condutores políticos*, aos ditos *servidores públicos*; de outra parte, no pressuposto, logicamente plausível, mas praticamente inexequível, de que se possa distinguir, com a indispensável precisão, o *agente* ou o *momento da decisão*, do *agente* ou *momento, pura e simplesmente, da execução*; o agente que conduz, o "condottiere", do simples auxiliar.

2. Quando se fala em "poderes do Estado", impõe-se ter presente que a *divisão tricotômica do poder estatal*, da qual MONTESQUIEU foi um dos maiores divulgadores, é um *artifício* pertinente à mitologia do Estado Liberal; um artifício utilizado habilmente para retirar dos monarcas absolutos a concentração de poder que lhes era peculiar².

O que se pretendeu, e se obteve, foi, utilizando o atavismo intelectual trinitarista, que tem suas origens no acervo dos mais remotos arcanos da dogmática religiosa, distinguir, no exercício do poder estatal, como, de resto, já o fizera ARISTÓTELES³, três modos ou expressões que conduziriam, como modelo otimizador, à divisão tricotômica do poder, com base na qual retirar-se-iam do monarca, originalmente absoluto e concentrador, como de fato se lhe retiraram, de um lado, a atividade jurisdicional e, de outro, a atividade legiferante.

Assim, aos poucos, foi-se evoluindo do absolutismo em direção ao chamado Estado Liberal, primeira fase evolutiva do Estado Democrático, cujo mo-

2 "Atribui-se ao *Instrument of government* de Cromwell, datado de 1653, ser a primeira modalidade nacional de uma tentativa discriminadora dos poderes, realizada na cultura ocidental, de permeio com a noção do equilíbrio dos mesmos poderes. Mais tarde James Harrington, em *The Commonwealth of Oceana* (Londres, 1656), engenhou um dedicado e complexo sistema de freios e controles recíprocos dos poderes estatais, numa tese que se aprimorou e precisou com Locke, nos seus *Two Treatises concerning government* e afinal com Bolingbroke."

(...)

"Proseguindo, adiante, na análise desse processo histórico, sobre o qual Saint-Girons, Karl Pribran, Carl Joachim Friedrich, Ranke, Hasbach, Sérgio Loretto Filho e outros nos *ministraram informações*, deve-se salientar que a referida tendência espiritual, sob a visível influência de Bolingbroke, atingiu o pleno coroamento doutrinário no Cap. VI do Lt. XI da obra de Montesquieu, intitulada *De L'esprit des lois* (1748), ao descrever a *puisagem política da vida constitucional inglesa*."

"Eis a conhecida passagem do Montesquieu, no seu trabalho supramencionado: "Em todo o Estado há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, ou corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se ao último o poder de julgar e ao outro simplesmente o Poder Executivo do Estado". (PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Saraiva, 5ª ed. ampl. e at., 1983, pp. 696-697, grifou-se.)

3 O Prof. Harold Laski, no seu tratado sobre *El Estado moderno*, de mãos dadas com Jellinek, em sua *Allgemeine Staatslehre*, encontra os *lineamentos essenciais do princípio da distinção de poderes na filosofia política de Aristóteles*. Assim elucida Laski (*El Estado*, cit., v. 2, p. 3): "Assentou-se geralmente, desde o tempo de Aristóteles, que o poder político se cinge em três grandes categorias". (PINTO FERREIRA, id. ibid., p. 696; grifou-se.)

delo foi racionalizado nas primeiras Constituições escritas, em fins do século XVIII, nos Estados Unidos e na França⁴.

Ora, a distinção de que se está a tratar baseia-se na sobrevida meramente formal da terminologia pertinente à “teoria dos três poderes”, atualmente incorporada ao léxico constitucional com papel semelhante àquilo que os mestres do “Realismo Escandinavo” designam como *hollow words*⁵.

Refirimo-nos a esta particularidade de a classificação em exame basear-se no pressuposto *formal*, praticamente limitado ao campo terminológico, de que os chamados “condutores políticos” sejam “titulares de poder”, como se o poder estatal pudesse ser titulado, e sobretudo por parte, por outrem que não o Povo ou Nação, como, de resto, já dizia SIEYES⁶.

De acordo com essa sistemática, projeta-se, sobre a estrutura do poder estatal, uma divisão do trabalho decorrente das diferentes modalidades de seu exercício, a partir do que se afirma existirem *órgãos* ou *agentes que titulam* poderes ou parcelas do poder estatal.

Numa perspectiva dessas, ainda que confessadamente só discursiva, os *condutores políticos* aparecem, mesmo que apenas formalmente, como “titulares de poder”, enquanto realidade, ao menos terminologicamente, dividida, exercendo o comando da ação estatal mediante a formulação do ideário apto a presidir a ação administrativa.

Por mais que se diga do cunho, hoje, meramente terminológico de seu fundamento, logo se vê que essa distinção padece de inúmeros defeitos, tanto no terreno especificamente conceitual, quanto, e principalmente, no que concerne à realidade atual do Estado e da administração pública.

3. Hoje, a mais avançada análise na busca da otimização estrutural do Estado, num contexto democrático e participativo, não se refere mais a “poderes”, nem à “divisão” do Poder, artifícios que, diga-se de passagem, compeliram os doutrinadores a não poucos exercícios de virtuosismo intelectual, para compatibilizar dita divisão com a unidade e natural indivisibilidade do poder.

Atualmente, fala-se em *funções* que atualizam especializadamente o Poder, único e indivisível, e que se expressam através de *órgãos* ou *agentes da administração pública* em sentido amplo. Rigorosamente, não cabe mais falar de “poderes” nem de agentes ou órgãos que titulem ou exerçam poder;

4 “En América es donde ha de buscarse el origen de nuestras actuales Constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención a estas Constituciones. La Revolución Francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados europeos.” (JELLINEK, GEORG. *Teoría General del Estado*, Edit. Aibatroz, Buenos Aires, 1954, p. 393.)

5 “Gli hollow words, cioè i termini privi di referente semantico, riescono a funzionare come segnali a cui abitualmente si associa un certo comportamento solo se vengono usati secondo regole comunemente accettate. E l'accettazione di tali regole, che all'origine rivestiva un carattere magico-religioso, ai giorni nostri è dovuta ad un complesso di fattori tra cui fa spicco l'autorità dello stato, la quale si sovrappone all'abitudine, spicce, all'educazione, all'indottrinamento e così via” (CASTIGNONE, SILVANA, “La Macchina del Diritto, il Realismo Giuridico in Svezia”, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, p. 202.)

6 “Justamente Siéyes é um dos representantes dessa secularização do mundo (Entzauberung der Welt), a que se refere Max Weber, Howard Becker, Toennies, Malinowski, Shotwell, Durkheim”, atribuindo o poder constituinte ao povo, à própria comunidade social, com a doutrina do *pouvoir constituant da nação*” (PINTO FERREIRA, id., *ibid.*, v.1, p. 51; grifeu se.)

tudo são sobrevivências de um discurso anacrônico em termos de ciência política e de direito constitucional.

Hoje, em plena afirmação do Estado Democrático participativo, em que, dia a dia, são mais numerosas e ágeis as oportunidades do concurso direto do Povo no processo decisório do Estado, através de canais formais e informais, principalmente da mídia, é mais correto falar-se em *funções* em vez de *poderes* e em *agentes públicos* em vez de "titulares de poder".

A análise de vanguarda da estrutura organizacional do Estado, já não só democrático por definição, mas ainda participativo, como sintoma da expressão da vontade do Povo, enquanto titular do poder, baseia-se na *distinção de funções*; na busca de melhores padrões de funcionalidade, como resultante da mais adequada engenharia constitucional⁷.

Ninguém nega que exista uma *hierarquia* entre os diversos agentes públicos, como também serem diferentes os modos de provimento e acesso às funções públicas: não se trata, porém, de diferenças *substanciais* e, sim, *meramente modais*. Cumpre ter presente que toda a administração, no sentido mais amplo do termo, é *ação vinculada*. Assim, mesmo que haja certa hierarquia entre agentes, o que é inegável, essa hierarquia baseia-se tão-só numa diferença *modal* ou *formal*; nunca numa diferença *substancial* apta a constituir-se em núcleo de um critério discriminatório eficaz.

De fato, *todos* os agentes públicos, inclusive os chamados "condutores políticos", exercem atividade administrativa em sentido técnico, adstrita ao *interesse público*, definido e tutelado pela Constituição e pelas leis: *todos* são, em última análise, *servidores públicos*.

CIRNE LIMA, adepto do discri-me entre condutores e servidores, ao enumerar os primeiros, inclui, dentre eles, os Ministros de Estado, ao mesmo tempo em que *não menciona* os Magistrados, cuja atividade, quer pela relevância que assume no respectivo contexto, quer pela peculiar força vinculativa decorrente da *res judicata*, constitui-se inquestionavelmente em *prestação de idéias*, das idéias que, ao fim e ao cabo, vão definir os contornos e o conteúdo do ordenamento jurídico nacional⁸. Dir-se-á que a prestação jurisdicional não é prestação de idéias políticas?

Como se tal não bastasse, como explicar, num sistema presidencialista, que *Ministros e Secretários de Estado* pertençam à primeira daquelas categorias, quando a Constituição designa-os expressamente como "*Auxiliares*" do Presidente da República (CF/88, art. 76) e dos Governadores de Estado (CE/RS/89, art. 85)?

⁷ BERGERON, Gerard; *Fonctionnement de l'Etat*; Colin, Paris, 1965.

⁸ "Conta-se nesse número: — na esfera federal, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Membros do Congresso Nacional; na esfera estadual, o Governador, os Secretários de Estado, os Membros das Assembleias Legislativas; na esfera municipal, o Prefeito e os Vereadores."

"Condutores políticos são essencialmente todos quantos, isoladamente ou em grupo, exercem o poder de orientar e dirigir as atividades do Estado, dividir a tarefa estatal, determinar funções, ordenar serviços, fixar competências. O Congresso faz as leis do país (art. 37, Const. Fed.); o Presidente da República com a referenda dos Ministros de Estado, baixa regulamentos (art. 87, I, Const. Fed.); os Ministros de Estado auxiliam o Presidente da República, no desempenho de suas funções (art. 90, Const. Fed.)" (CIRNE LIMA, RUY; id. . ibid.; p. 163.)

Por outro lado, se aceitarmos a tese de que existe um "quid" político, substancialmente específico, caracterizador da categoria dos *agentes políticos*, como explicar, num regime democrático, no qual a legitimidade do exercício das funções políticas pressupõe o *modo político de provimento*, que é o processo eletivo, que os Magistrados judicantes sejam reputados pertinentes à sobredita categoria, se a respectiva investidura se faz através do *modo administrativo de provimento*, que é o concurso público, quando não através de cooptação? E mais: quando a *atividade política*, em sentido de *militância partidária*, aquela da qual decorreria a respectiva legitimidade, no contexto do sistema representativo, *lhes é expressamente vedada* (CF/88, art. 95, § único, III)?

Observe-se ainda que a própria expressão "condutor político", portador da idéia, formulador da diretriz que depois será tão-só executada por simples auxiliares, não deixa de refletir uma concepção autoritária, incompatível com o Estado democrático contemporâneo.

Os líderes, hoje, não são "condottieri"; condutores o foram os caudilhos. Os líderes contemporâneos são *conduzidos*; o que lhes confere a liderança é justamente a sensibilidade para, melhormente que os demais, melhormente que os cidadãos comuns, aperceber-se e expressar os anseios cambiantes das maiorias.

É preciso, pois, buscar outros critérios, melhor afeiçoados à realidade estatal contemporânea.

4. Se analisarmos mais atentamente o processo de tomada das decisões públicas, veremos que é muito difícil estabelecer com precisão o momento e a sede, a partir de que se possa distinguir quem comanda e quem tão-só executa.

Essa distinção só pode fazer-se no plano das formulações lógicas: na prática, a *administração*, e o *próprio Estado*, tem natureza *processual*, em cujo fluxo, ação e decisão combinam-se, em relação a órgãos e agentes, às mais das vezes, de modo variável e assistemático. Impõe-se ter sempre presente que o Estado, enquanto ação (e, de certo modo, o Estado é toda ação), padece e participa da complexidade do fenômeno social subjacente, de que é, a um só tempo, projeção e instrumento.

Assim, quem analisa o funcionamento do Estado, percebe, com nitidez, que é imprestável, a servir de critério discriminatório, a diferença entre *idéia* e *ação*, entre *idéia política* e *ação administrativa* pela simples circunstância de que, na dinâmica estatal, as duas fases ou momentos confundem-se, sendo muito difícil estabelecer uma linha divisória entre a ação e a idéia diretriz.

Não é raro, inclusive, que o processo ocorra ao inverso: que dentre os ditos *servidores nasçam* as idéias que, depois, recebem a chancela dos *condutores*, invertendo completamente os pólos de critério.

Por outro lado, a administração, que tem objetivos, na maioria das vezes, fixados em lei, opera com certa autonomia, a ponto de não ser possível definir, com precisão, se determinado agente, num momento considerado, é *comandante* ou *comandado*, mesmo no processo político.

Note-se que, na maioria das vezes, o agente, investido pela via política, que deveria pressupor um compromisso com determinado ideário ou determinada ideologia, doutrina ou programa partidário, se vê contingenciado a atuar até *contra* esse acervo de idéias, por força, pura e simplesmente, das circunstâncias.

A própria *condição de governo*⁹ muitas vezes impõe rumo determinado à tomada de decisões por parte dos "condutores", sendo tão complexa a análise do processo de tomada da decisão política e da conseqüente ação administrativa, que se torna imprestável, como critério diferenciador dos agentes públicos, em categorias razoavelmente distintas, o fato de alguns serem os prestadores da idéia e outros os prestadores da ação.

5. A meio caminho dessa análise, detivemo-nos na classificação proposta por Henry Nezard que, no início do século, distinguia os *agentes públicos* em *fonctionnaires d'autorité*, e *fonctionnaires de gestion*. Esse critério pareceu-nos apropriado na medida em que adotava uma *nomenclatura* sugestiva de um *denominador comum*, consubstanciado no termo *fonctionnaire*¹⁰.

À medida que aprofundamos o exame da matéria, percebemos, no entanto, que também essa classificação, conquanto se apresentasse *formalmente* mais próxima da realidade, padecia do mesmo defeito fundamental. De fato, embora sua superioridade terminológica amenize a distinção entre "condutores", de um lado, e "servidores", de outro, ainda assim, revela-se atrelada à pretensão de fundar-se numa diferença substancial entre as duas categorias públicas assim contrapostas.

O problema fundamental do discri-me entre as diversas categorias, e até hierarquias, de agentes públicos está na dificuldade de superar a pretensão a um critério que radique em termos *qualitativos*. A discriminação em termos *qualitativos* ressent-se, além da incompatibilidade com a realidade factual da estrutura e da dinâmica do Estado contemporâneo, de uma concepção anacrônica das relações dos agentes públicos entre si e em relação às respectivas competências.

Essa distinção *qualitativa* não responde à realidade estatal contemporânea, cujos agentes, antes de serem hierarquizados, estão sujeitos a um *denominador comum*, decorrente da natureza peculiar de sua própria atividade, impregnada pelo *interesse público* e pelo regime próprio a esse mesmo interesse, que é o da submissão ao *princípio da legalidade*.

⁹ Adotamos essa expressão *condição de governo* a qual se poderia associar, por antinomia a *condição de oposição*, como indicativos de uma possível análise das aparentes contradições oferecidas por determinado grupo político partidário que passa da oposição ao governo, no primeiro caso, e vice-versa, no segundo.

Efetivamente, existe um *contingenciamento factico* muito mais forte na condução da diretiva do Governo do que o programa do respectivo partido-político ou do candidato vitorioso, a explicar muitas contradições que frustram, espantam e até revoltam o eleitorado.

¹⁰ Apesar da relevância que emprestamos a classificação de HENRY NEZARD não conseguimos analisá-la no seu original. O que dela conhecemos devemos as referências feitas por Paulino Jacques em *Da Igualdade Perante a Lei (Fundamento conceitual)* Forense, Rio de Janeiro, 1957, segunda edição, p. 185. A obra de HENRY NEZARD citada e a *Théorie Juridique de La Fonction Publique*, Paris, 1901, p. 723. As edições dessas obras que podemos compulsar não referem esta classificação do insigne professor da Universidade de Caen.

Citgimo-nos, ass.m., as referências da edição de 1901, consignadas por Paulino Jacques.

Hoje, muito mais que em tempos passados, as exigências não só do Estado de direito, também não só do Estado de direito democrático, mas, principalmente, da democracia participativa, sob certo aspecto, *nivelam todos os agentes públicos*, seja qual for sua hierarquia, seja qual for seu modo de provimento: há, em relação a todos, a marca da submissão ao princípio da legalidade. O Presidente da República, o Ministro de Estado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Senador da República, o Governador de Estado, o Procurador de Estado, o motorista do serviço público, o datilógrafo do serviço público, estão *todos* sujeitos ao princípio da legalidade.

Assim, a hierarquia que, sem dúvida, existe entre os diversos agentes públicos não pode ser fundada em termos qualitativos.

6. Entre a taxinomia tradicional, adotada por CIRNE LIMA e aquela que estamos a propor, encontraremos ainda a proposta de OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO que, ao ensaiar uma classificação daquilo que denomina de *servidores públicos*, adota critério distinto: nem aquele fundado na "divisão de poderes", nem aquele lastreado no discri-me entre *comando e ação*: seu critério baseia-se na *natureza da relação* entre Estado e agente.

Nessa linha, BANDEIRA DE MELLO distingue dois tipos ou modos de relacionamento: a *representação* e o *emprego*¹¹.

Os *agentes públicos*, ou "servidores públicos", na expressão do autor, que mantém com o Estado um *vínculo de natureza representativa*, denominam-se "agentes políticos", enquanto aqueles que mantêm um *vínculo de emprego* são os "agentes empregados".

Entre os primeiros, isto é, entre os *agentes políticos*, inclui os chefes do Poder Executivo em todos os escalões organizativos da República e os parlamentares, *deixando de arrolar os magistrados judicantes*. Na segunda categoria, dos "agentes empregados", inclui todos aqueles que mantêm um *vínculo funcional* com o Estado, vocacionado à permanência.

Se é bem verdade que esse discri-me, de alguma forma, especialmente pelas conclusões que dele se desumem, evoca a distinção entre "condutores" e "servidores", impõe-se reconhecer sua superioridade, na medida em que se revela mais consentâneo com a realidade. Entre outros aspectos, a começar pela própria terminologia que adota a alocação "servidores públicos" para designar a totalidade dos "agentes públicos", enfatizando corretamente o traço comum entre todos existentes, a que antes nos referíamos.

11 "As relações com o próprio organismo, pelas quais os agentes públicos se tornam vinculados a direitos e obrigações em face da pessoa coletiva, Estado e vice-versa, a fim de cumprir n. as atribuições próprias dos seus cargos, podem ser de duas naturezas fundamentais, de representação ou de emprego. Pela primeira, os direitos e obrigações dos agentes públicos decorrem da sua posição política de cidadão; ao passo que, pela segunda, os direitos e obrigações deles têm o seu fundamento na sua situação de empregado ou subordinado."

"Embora se afirme que a relação interna entre os órgãos é simplesmente orgânica, não se pode deixar de reconhecer que na relação do agente público com o Estado, para ser investido no órgão, de ordem externa, é de *representação ou de proposição política*, ou então, de *subordinação ou de emprego* em face do liame de trabalho profissional a que se sujeita para com ele" (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA: *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Forense, Rio, 1969, V. II, pp. 283-284, grifou-se).

A falha fundamental dessa classificação reside em limitar a caracterização da categoria dos "agentes políticos" tão-só aos parâmetros do *modo político de provimento*, de que resulta a insustentável exclusão dos magistrados judicantes.

Efetivamente, a quem ocorreria ser plausível pensar que os agentes da magistratura judicante não sejam *agentes políticos*, na acepção mais plena do termo, quando se sabe que, no exercício da jurisdição, ao dizerem o direito com vocação, nesse dizer, à eficácia vinculativa plena da "coisa julgada", como já se referiu, compete-lhes fixar a última palavra no que diz respeito ao significado de cada instituto jurídico, de cada provimento legislativo e do próprio ordenamento jurídico como um todo?

Mesmo no nosso sistema jurídico, com predominância do direito escrito e codificado, o controle judicial da constitucionalidade das leis, seja incidental seja em tese, o "mandado de injunção" (CE/88, art. 5º, LXXI) e o reconhecimento da *res judicata*, atribuem ao Poder Judiciário e a seus agentes o papel mais marcadamente político, qual seja o de definir o conteúdo e os contornos do próprio arcabouço institucional do País.

Verdade seja dita que BANDEIRA DE MELLO dá-se conta de que os magistrados judicantes, ministério público e as forças armadas, embora continue a designá-los como "empregados públicos", tem radical constitucional específico. O autor escreveu sob a égide da Constituição Federal de 1969; aplicando sua observação à Constituição atual, perceberia que, além dos supra-mencionados, a *Advocacia de Estado e a Defensoria Pública* também receberam radical constitucional específico.

Mesmo assim, não deixa de classificar, em nossa opinião erradamente, os magistrados judicantes e os militares como *agentes empregados*².

Em recente monografia, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO trata do tema, retomando a classificação proposta por OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO e adaptando-a à nova realidade constitucional

12 "Os empregados públicos são titulares de cargos de funções judiciais ou de funções administrativas. Os primeiros são os magistrados, ao passo que os segundos são os burocráticos." (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA; id., ibid., v. 1, p. 311; grifou-se.)

Mais adiante:

"29 — Agentes Políticos

29.1 — Conceito

São os que agem em nome e por conta do Estado, como titulares do direito de participação ativa na vida deste, para cujo exercício são chamados. Por conseguinte, ligados ao Estado por relação de representação. Incumbe-lhes propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade." (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA; id., ibid., v. 1, p. 287)

E ainda:

"31 — Agentes Empregados

31.1 — Conceito

São os que agem em nome e por conta do Estado, profissionalmente, enquadrados em cargos públicos, constantes das escalas hierárquicas ou das classes da sua organização. Portanto, ligados ao Estado, por relação de emprego. Por conseguinte, sujeitos a ele na prestação genérica de serviços, dentro das suas aptidões, pois a relação jurídica de emprego se caracteriza pelo laço de subordinação entre o empregador e o empregado." (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA; id., ibid., v. 1, p. 310.)

brasileira¹³. CELSO ANTÔNIO atribui à expressão “agente público” abrangência bem maior da que se adota nestas anotações. A abrangência por ele adotada para aquela categoria terminológica é rigorosamente inquestionável, embora desnecessária para o descrite fundamental que aqui se pretende reexaminar entre os dois grupos inicialmente referidos de agentes públicos, isto é, os ditos “agentes políticos” e os “agentes administrativos”. Assim, embora adotemos um alcance mais reduzido do que o proposto por CELSO ANTÔNIO para a alocação “agente público”, adequado ao descrite que se pretende traçar, concordamos com a correção do que ele propõe, especialmente para os efeitos de uma abordagem mais ampla do assunto, que refoge, no caso, a nosso intuito.

Parece-nos fora de dúvida que a *natureza do vínculo* entre Estado e agente ainda não é o melhor critério para estabelecer um discrite sólido entre as categorias de que se trata. O próprio *modo de provimento*, que já nos parece critério mais eficaz, também revela insuficiências: o fato de os magistrados judicantes *não serem providos* pelo modo político não pode ser, como se viu, levado à conta de fator suficiente para não reconhecer seu papel político, que seria contra-senso negar. Por outro lado, também refoge à realidade ignorar as diferenças que entre si apresentam os vínculos que com o Estado mantêm, por exemplo, os *militares* e os servidores públicos comuns.

7. A solução mais adequada consiste em abandonar a pretensão a um critério construído sobre diferenças de *natureza substancial*, para buscar, num patamar mais modesto, outro que reflita, com mais propriedade, a realidade da estrutura e da dinâmica estatais.

Se tomarmos o texto constitucional como parâmetro, pelo menos como parâmetro inicial, perceberemos que oferece um discrite nítido entre as categorias de agentes públicos: de uma parte, arrola aqueles agentes aos quais dispensa *radical constitucional específico*; de outra parte, aqueles que só refere de modo genérico e inespecífico.

13 “2. Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado.

Em consequência, a noção abrange tanto o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos, Ministros, Secretários de Estado e de Município, Senadores, Deputados, Vereadores, como os funcionários públicos, os contratados pelo Poder Público para servirem-no sob regime trabalhista, os servidores de autarquias, de empresas e fundações estaduais, os concessionários de serviço público ou delegados de função pública, assim como os requisitados e gestores de negócios públicos. Em suma: quem quer que desempenhe funções estatais e, enquanto as exercita, um agente público” (BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*; RT, SP, 1990) pp. 5/6).

(...)

“5. Agentes políticos são titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (ministros e secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os vereadores. Todos estes se ligam ao Estado por um liame não profissional. A relação que os vincula aos órgãos do poder é de natureza política.” (BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *id.*, *ibid.*, pp. 8/9).

Tomando por empréstimo a classificação adotada por CIRNE LIMA para distinguir as *peças administrativas necessárias* das *contingentes*, poderíamos dizer que os agentes públicos que têm radical constitucional específico são *agentes públicos de existência necessária*, enquanto os demais são-no de existência *contingente*¹⁴. Essa distinção decorre de uma valorização determinada do papel que uns e outros agentes desempenham em relação ao contexto institucional adotado.

Não é porém o texto constitucional que transforma os agentes a que reconhece radical constitucional específico em agentes de existência necessária; o texto constitucional assim o faz, porque o legislador constituinte, expressando o estágio institucional da Nação, isto é, dando forma à respectiva "constituição material", reputou aqueles agentes como indispensáveis ao mesmo contexto, diversamente do que ocorre — com os demais agentes que, embora inquestionavelmente indispensáveis ao bom andamento da administração, não desempenham papel suficientemente relevante para serem reputados pertinentes ao arcabouço institucional instituído¹⁵.

14 "2. No elenco das pessoas administrativas, já dissemos algumas são de natureza política e existência necessária (4): a União, os Estados e os Municípios. Outras são de natureza meramente administrativa e existência contingente: as entidades autárquicas.

(...)

15 "3. As *peças administrativas, de natureza política e existência necessária*, nascem em plano superior ao da legislação assim administrativa como civil⁴, e com finalidades que abrangem, mas superam as da simples administração. A sua sede, no direito positivo, é a Constituição.

Já, ao contrário, as *peças administrativas, de natureza puramente administrativa e existência contingente*, surgem no seio mesmo do Direito Administrativo, como obra da lei ordinária, prepostas imediata e exclusivamente a atividade de administração pública. Nestas, pois, mais facilmente se apuram os característicos e peculiaridades, que as ajustam, todas, no essencial, ao conceito enunciado". (CIRNE LIMA, RUY, *id.*, *ibid.* pp. 62 e 63, grifou-se).

15 (a) Quando tornamos a pertinência determinada instituição a um arcabouço institucional considerado, como critério apto à qualificá-la a ela própria e aos seus agentes, respectivamente, como *órgão política* e *agentes políticos* de existência necessária, não se pode limitar o descreme à enumeração, do dito órgão ou seus agentes, expressa, no código constitucional enquanto documento escrito.

A atual realidade brasileira naturalmente nos conduz à esse caminho obviamente simplificado.

Mas, se ampliarmos o espectro de nossa análise, veremos que a realidade se nos apresenta, muitas vezes, de forma mais velada, embora suficientemente clara.

É sabido que o conceito de constituição comporta, no mínimo, duas acepções, sendo uma a que indica o código constitucional escrito, no qual, segundo o modelo adotado, poderá esgotar-se a "matéria constitucional"; poderá regular-se parte da "matéria constitucional", como ainda poder-se-á enumerar, além da "matéria constitucional", outras matérias, que só participam daquela categoria em termos meramente formas. A par desse conceito, existe outro, profundamente arraigado na doutrina constitucional, que é o da chamada *constituição material* ou *constituição em sentido sociológico*, que se constitui independentemente do código constitucional escrito, naquele complexo de instituições essenciais ao perfil de determinado modelo político organizacional expressivo de determinado estágio da evolução organizativa da comunidade.

É nesse último sentido que devemos tomar. O conceito de necessidade de um órgão para caracterizá-lo como político; é no sentido de sua pertinência à constituição material de determinado Estado e determinada época.

É isso transparece a partir de dois exemplos inquestionáveis.

Primeiro, o exemplo francês, relativo ao Ministério Público. A França, que é tida como berço do perfil contemporâneo do nosso Ministério Público e que veio regulando nos respectivos códigos constitucionais, os primórdios da instituição, desde a época revolucionária, deixou de consignar o "parquet" à partir da reorganização constitucional que se seguiu à Segunda Guerra Mundial; as Constituições Francesas de 1946 e 1958 não referem o Ministério Público. A ninguém todavia ocorrerá dizer que o Ministério Público deixou de ser uma instituição pertinente à constituição material da França, a ninguém ocorreria dizer que o Ministério Público, na França, deixou de ser uma instituição necessária; pertinentes às instituições básicas da nação francesa.

(continua)

Aqui parece residir o melhor critério distintivo para estabelecer o discrimine pretendido, coerente com a realidade constitucional e fática do universo que se pretende classificar.

Cada constituição, atendido ao modelo político que busca institucionalizar, define alguns *órgãos* e, conseqüentemente, os respectivos agentes, como inerentes ao referido modelo, atribuindo-lhes radical constitucional específico, que os faz de existência necessária; por serem de existência necessária tem as respectivas atribuições fixadas no próprio texto constitucional.

Trata-se dos *órgãos* e agentes de que MARCELO CAETANO diz competir-lhes, quando se manifestam no exercício das atribuições que lhes são próprias, expressar a *vontade do Estado*¹⁰. Trata-se, note-se bem, da vontade institucional do Estado cuja expressão, atendida a especificidade das perspectivas competências, só a eles cabe manifestar.

Os demais agentes públicos também podem vir mencionados no texto constitucional; não, porém, de modo específico como os primeiros. Aqui

(continuação da nota 15)

Por outro lado, a Itália, que em matéria de Advocacia do Estado, sem dúvida, inspirou o constituinte brasileiro de 1988, tem aquela instituição como essencial, posta absolutamente no mesmo nível da Magistratura e do Ministério Público, sem no entanto, regulá-la em nível constitucional, isto é, em termos do código constitucional escrito. O exemplo italiano é particularmente significativo, na medida em que a Advocacia de Estado e uma instituição essencial a constituição material italiana *há praticamente um século*, sobrevivendo às radicais mudanças de conteúdo político que as instituições daquele país sofreram desde então até hoje.

(b) "O conceito sociológico da Constituição, ou Constituição no sentido material (Hatschek, Jellinek, Morgan etc.), significa a própria organização do Estado, as instituições políticas e jurídicas, ainda não corporificadas em uma carta. Nesse sentido, todos os Estados têm uma Constituição, simbolizada nas tradições, usos e costumes políticos, que regulam a transmissão do poder, a criação e funcionamento dos *órgãos* estatais."

"Observa atentamente Hatschek, que emprega a distinção corrente entre os juristas germânicos, discriminando entre "direito material" e "direito formal", que todo o Estado, justamente porque é um Estado, tem sempre uma Constituição no sentido material, como um ordenamento vital regendo as relações entre o soberano e os súditos. Tal Constituição pertence a cada Estado como a roupa pertence ao corpo, diz Hatschek, es gehoert zu jedem Staat wie das Kleid zum Koerper. É o que igualmente Morgan acentua, quando, ao se referir a essa Constituição no sentido material, comenta que "sem ela não há Estado, exceto aquele estado de natureza tão satirizado por Hobbes... Esta Constituição material se acha no direito costumeiro (Gewohnheitsrecht), mesmo quando o país não conhece instituições representativas e a vontade do monarca é neles suprema" (PINTO FERREIRA, *id.*, *ibid.*, p. 33).

(16) "Ora esses cargos, colégios ou assembleias aos quais, segundo a Ordem Constitucional, pertence o poder de manifestar uma vontade imputável ao Estado é que são os *órgãos* do Estado" (CAETANO, MARCELO: *Direito Constitucional*, Forense, Rio, 1977, v. I p. 220).

(...)

"Assim, o mesmo indivíduo, quando age como particular e trata dos seus interesses, exprime uma *vontade individual*, mas quando age como titular de um *órgão* e cumpre o dever de cuidar de interesses coletivos, exprime uma *vontade funcional*." (CAETANO, MARCELO, *id.*, *ibid.*, p. 222).

(...)

"O Estado manifesta-se na vida jurídica através dos seus *órgãos*, o *órgão* é o Estado e qualquer ato do *órgão* é ato do Estado. Mais rigorosamente poderíamos, pois, dizer que os Titulares dos *órgãos*, quando atuam nos termos da lei, produzem atos imputáveis aos *órgãos* e que, como tais, passam a ser atos imputados ao Estado." (CAETANO, MARCELO, *id.*, *ibid.*, p. 224).

(...)

"O *órgão*, tende a transformar-se em *instituição*, ou seja, num valor social despersonalizado e abstrato, representativo de uma idéia a realizar constantemente e traduzida em normas legais ou costumeiras, que os indivíduos servem com as suas faculdades, vitalizando-o mas sem o absorver."

"Todo o *órgão* do Estado corresponde, pois, a um princípio de instituição, colocado objetivamente acima dos indivíduos e aspirando a durar através dos tempos. Isto explica que subsista mesmo quando temporariamente ou acidentalmente esteja desprovido de titular." (CAETANO, MARCELO, *id.*, *ibid.*, p. 223)

a menção é inespecífica e genérica, justamente porque tais agentes não exercem atribuições identificadas com o modelo político institucional adotado. A Constituição fixa-lhes direitos e deveres, regras gerais, delegando à lei fixar-lhes as atribuições que, muitas vezes, decorrerão até do próprio ato administrativo de investidura.

Retomando terminologia tradicional, informada, porém, com o novo enfoque proposto, poderíamos chamar de "agentes políticos" aos de existência necessária, e de "agentes administrativos" aos de existência contingente.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, dentro dessa linha, estabelece, topicamente até, nítida distinção entre os agentes políticos, de que trata o Título IV, e os agentes administrativos, de que trata o Título III.

8. Dando novo conteúdo ou nova abrangência à classificação formalmente consagrada que os divide entre *agentes políticos* e *agentes administrativos*, cabe aprofundar esse mesmo discrimine, pois cada uma dessas categorias, por sua vez, ainda que apresente entre os respectivos integrantes um *denominador comum* consistente, não é homogênea, pois seus membros não são todos *providos do mesmo modo*.

Assim, se considerarmos como *agentes políticos* aqueles que têm radical constitucional e que, por via de consequência, são agentes de existência necessária por força de disposição constitucional específica que lhes outorga a respectiva competência, poderemos, mesmo assim, distinguir, sob o ponto de vista da modalidade de provimento, os agentes políticos *representativos*, os *profissionalizados*, os *cooptados* e os *comissionados*.

Representativos são os agentes políticos providos mediante eleição; exercem a representação popular e, no seu rol, podemos incluir os Senadores, os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Vereadores, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Governadores de Estado e os Vice-Governadores, os Prefeitos Municipais e os Vice-Prefeitos.

Profissionalizados são aqueles providos mediante concurso público; exercem atividade constitucionalmente necessária, mas não têm função representativa: têm acesso ao serviço público, organizado em carreiras, mediante concurso. Nesse rol incluímos os magistrados judicantes, os procuradores de Estado, os promotores, os defensores públicos, os membros das forças armadas e das polícias, civil e militar¹⁷.

Cooptados são os agentes políticos cuja escolha se faz mediante listas múltiplas constituídas pelo próprio órgão ao qual pertencem, cabendo, de

17 "Inveniente, a prestação obrigatória de serviços públicos é a regra, na esfera militar. "Todos os brasileiros — prescreve a Constituição Federal — são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à defesa da pátria, nos termos e sob as penas da lei" (art. 181). Nem por isso, entretanto, os soldados devem considerar-se funcionários públicos. Eles são as unidades humanas de energia de que se compõem as Forças Armadas. As Forças Armadas são os verdadeiros órgãos, a que está afeta a função da defesa nacional (art. 177, Const. Fed.). Devem, pois, as praças de prenumerar-se entre os prestadores de serviços públicos obrigatórios. (V. § 15, n.º 2, supra)." CIRNE LIMA, RUY, id., ibid., pp. 160-161; (gnfou-se).

regra, a outro órgão a escolha daquele que promoverá o cargo vago. Nesse rol podemos incluir os Ministros dos tribunais federais, os desembargadores, os Juízes dos Tribunais federais e estaduais, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Conselheiros dos Tribunais de contas estaduais e municipais.

Comissionados são os agentes políticos que ocupam cargos ou funções de confiança, sujeitos ao *nuto* de quem os nomeia e no seu rol encontramos os Ministros de Estado e os Secretários de Estado: seu modo de provimento chama-se "comissionamento"

Já os *agentes administrativos* não têm radical constitucional, como se disse, no sentido de que não estão previstos especificamente em nível constitucional. Também podem ser subclassificados levando-se em conta seu modo de provimento. Atendendo a esse critério, podemos distinguir os agentes administrativos profissionalizados, os comissionados e os contratados.

A modalidade *profissionalizante*, segundo a qual o acesso ao serviço público faz-se mediante concurso e os cargos providos são organizados em carreiras, é a *forma própria* sob que se apresenta a chamada *burocracia*¹⁸. Vale dizer que a categoria-padrão dos agentes administrativos corresponde à dos *profissionalizados* ou *concursados*.

Há, no entanto, determinado número de agentes administrativos cujo provimento atende ao *critério da confiança* e que se processa através de comissionamento; são os agentes administrativos comissionados, tais como oficiais de gabinete, ajudantes de ordens e outros.

As dificuldades do serviço público não raro determinam que o recrutamento dos agentes administrativos, das mais diversas especializações e particularmente os não especializados, se faça mediante outras modalidades que não aquela padrão. Assim, é comum, tanto em nível federal, quanto estadual e municipal, a *contratação* de servidores, quer *diretamente*, quer *indiretamente* por *interposta pessoa*.

Conquanto muito polêmica essa modalidade de admissão de agentes administrativos, não pode ser simplesmente ignorada ou até taxada de situação genericamente "irregular", pois, muitas vezes, decorre de necessidades imperiosas e emergenciais de serviço. Não há dúvida de que, não raro, essas situações provisórias tendem a tornar-se permanentes pela falta do suprimento das carências, precariamente atendidas por forma não ortodoxa, pelo sistema padrão. O fato é que existe um número imenso de agentes administrativos contratados pelas leis trabalhistas a ponto de, em alguns setores da administração, constituírem-se na maioria dos respectivos agentes, não podendo ser

18 "O conjunto dos agentes, distribuídos pelas diversas funções que a lei institui e regula e hierarquicamente subordinados aos órgãos, forma a *burocracia* que, no Estado moderno, desempenha um papel importantíssimo como força efetiva e atuante ao serviço do exercício do Poder." (CAETANO, MARCELO; id., *ibid.*, p. 225, nota 1.)

simplesmente ignorados ou marginalizados sob pretextos hipócritas de moralidade administrativa¹⁹.

Cumpramos lembrar que existe uma tendência a que certos agentes administrativos sejam *providos eletivamente*, o que nada tem a ver com o modo político de provimento, eis que, no caso, o colégio eleitoral não é aquele constitucionalmente definido para os efeitos da representação política, nem o objetivo visado pode ser comparado ao político em sentido próprio.

¹⁹ Estamos tornando o "agente administrativo" como categoria genérica por oposição ao "agente político". A expressão assim utilizada nada tem a ver com a homônima que designa uma categoria específica de funcionários públicos titulares de cargos de provimento efetivo, nomeados mediante concurso público.

A seguridade social

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Professor de Direitos Humanos da APM/MG. Professor de Ética da PUC/MG. Mestre em Direito Constitucional pela FD-UFMG. Doutorando em Direito pela FD-UFMG.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Seguridade social. 2.1 Previdência social. 2.2.1. Conceito. 2.1.2. Breve história da previdência. 2.1.3. A previdência nas Constituições. 2.1.4. A Constituição Federal de 1988. 2.2. Saúde. 2.3. Assistência social. 3. Conclusão.

1. *Introdução*

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a idéia de um quadro integrado de mecanismos de proteção à pessoa humana, que começou com a gradual universalização da cobertura previdenciária, adotou o conceito de seguridade social, que compra os meios de proteção como o auxílio pecuniário nas mais diversas situações da vida do trabalhador; o auxílio à saúde através de uma medicina preventiva e curativa e assistência social aos desamparados.

Com isto, a Constituição cobre as mais variadas circunstâncias da vida de uma pessoa, delimitando de forma clara os campos de previdência social, de assistência social e da proteção à saúde, nem sempre tão claros em outros textos constitucionais.

No presente trabalho vamos desenvolver estudo anterior que já havíamos feito sobre a previdência social, localizando esta agora dentro do contexto da seguridade social e estudando no direito constitucional comparado o direito à saúde e assistência social.

2. *Seguridade social*

2.1. *Previdência social*

A previdência social aparece no texto constitucional de 1988 como sendo um direito social fundamental, conforme dispõe o Título II, Capítulo II, que trata dos direitos sociais, art. 6º, com a seguinte redação:

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Portanto, ao lado de outros direitos fundamentais, como a saúde, a educação, o trabalho, está a previdência social, que vem acompanhada também de outro importante direito também alçado ao nível de direito fundamental dos seres humanos, que é a assistência social (quando a Constituição fala em proteção à infância e assistência aos desamparados no mesmo art. 6º).

Encontraremos a previdência social como também a saúde e a assistência social fazendo parte de um complexo maior de direitos e tratada de forma objetiva no capítulo II do título VIII, que cuida da ordem social. No art. 194 está o conceito de seguridade social, que compreenderá justamente a saúde, a previdência social e a assistência social.

Esta nova realidade constitucional significa afirmar não somente que a previdência social passou a ser considerada direito social como também transformou-se em direito fundamental dos seres humanos, o que em outras palavras significa afirmar que transformou-se em direitos humanos, conformando desta forma a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

É o que se pode deduzir de maneira inequívoca a partir da leitura do art. 25 desta Declaração Universal elaborada em Paris em 1948:

“Todo Homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

2.2.1. *Conceito*

Vejamos, primeiramente, o conceito de previdência social, antes de estudarmos um pouco de sua história no Brasil e o atual texto constitucional.

Para MOZART VICTOR RUSSOMANO:

“A previdência social, como todas as formas de previdência, consiste na captação de meios e na adoção de métodos para enfrentar

certos riscos (invalidez, velhice, acidente, etc.) que ameaçam a segurança da vida humana e que são inevitáveis, por sua própria natureza, em toda a sociedade, por melhor organizada que ela seja."¹

Importante ressaltar que a expressão *previdência social* tem um significado especial pela presença do termo social que representa a superação, ou a sua necessidade, ou mesmo a tendência à separação de todas as formas de previdência privada.

O termo *social* irá demonstrar que a previdência será gerida por um órgão desinteressado, que não vise o lucro, mas sim o fornecimento de meios materiais para enfrentar as mais diversas situações de vida. É neste sentido que, também, deve-se defender a idéia de que, no nosso sistema de triplice custeio da previdência (Estado, empregador e empregado), o beneficiado deva arcar cada vez menos com as despesas, com pequenas contribuições.

Previdência social não se confunde com seguridade social no direito brasileiro. Isto a Constituição Federal de 1988 deixou muito claro no art. 194, que estabelece a seguridade social compreendendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Portanto, a previdência social é um dos componentes da seguridade social no Brasil, visando o auxílio financeiro, dando cobertura às mais diversas situações da vida do segurado, como a doença, a velhice, a invalidez, a prisão, a maternidade o desemprego involuntário, através de benefícios àqueles que tenham contribuído na forma dos planos previdenciários.

Entretanto, o termo *seguridade social* aparece em outros países como sinônimo de previdência social. Definindo previdência social, utilizando o termo *seguridade social*, GERARD LYON-CAEN² escreve:

"Lá sécurité sociale tend à accorder aux citoyens un ensemble de garanties contre un certain nombre d'éventualités de nature à réduire ou à supprimer leur activité professionnelle, à abaisser leur niveau de vie, à leur imposer des charges supplémentaires. Elle constitue un service public d'un type nouveau, correspondant au besoin spécifique de sécurité, ressenti de plus en plus par l'homme moderne, et auquel correspond un droit social fondamental."

("A seguridade social oferece ao cidadão um conjunto de garantias contra um certo número de eventualidades que venham a reduzir ou suprimir sua atividade profissional, ou diminuir seu nível de vida, lhe impondo uma carga suplementar. Ela constitui um novo tipo de serviço público, correspondente à necessidade específica de segu-

1. RUISSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988, pp. 52-53.

2. LYON CAEN, Gerard. "Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale" Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1955, p. 309.

rança, de que o homem moderno se ressentir cada vez mais, e ao qual corresponde um direito social fundamental”).

O termo *seguridade social* também é empregado como sinônimo de previdência social por muitos outros autores. Em artigo publicado na revista *Perspectivas Laborales*, de Madrid, SOREN BOLIN utiliza este termo para demonstrar o funcionamento da previdência social na Suécia, através do estudo do regime de pensões de base, do seguro-enfermidade, do seguro-desemprego, pensão por velhice e invalidez, entre outros benefícios, oferecidos por aquele país do Norte Europeu³. Estes benefícios citados são benefícios previdenciários. Não é correto utilizar em nosso País, após a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, o termo *seguridade social* como sinônimo de previdência social. Como já vimos anteriormente, a previdência é um dos componentes da seguridade social.

Apreciando a finalidade da previdência social, compreendemos o seu próprio significado. Como bem salienta CÁSSIO MESQUITA BARROS:

“A previdência social compulsória, a cargo do Estado, é a espinha dorsal dos mecanismos de proteção social. Concebida para evitar que o empregado urbano ou seus dependentes, frente a certas contingências sociais, tais como a doença, a invalidez, a morte, sejam levados a um estado de necessidade, a previdência social, dirigida à manutenção das rendas individuais, passou a enfrentar novas ameaças, decorrentes da evolução técnica, tais como acidentes de trabalho, desemprego, novas doenças e formas de invalidez.”⁴

2.1.2. Breve história da previdência

Nos capítulos iniciais deste estudo, vimos a evolução dos direitos fundamentais, que, neste século, são compostos também por direitos sociais, onde está incluída a previdência social. Vimos que a evolução destes direitos fundamentais, ou dos direitos humanos, está intimamente ligada à evolução do Estado liberal até o surgimento do Estado social, como também à evolução do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, com as primeiras Constituições sociais, do México, em 1917, e da Alemanha, em 1919.

Da mesma forma, a evolução da previdência social se relaciona com a evolução do Estado.

“A evolução da previdência social está marcada pelo tipo de Estado: abstencionista liberal, paternalista e intervencionista. O *État-Gendarme* (como era conhecido o Estado liberal do séc. XIX) corresponde à fase do mutualismo operário, baseado na repartição

³ BOLIN, Soren. “La Seguridad Social em Suecia”, in *Perspectivas Laborales*, Madrid, (8), 51-82, set 1976.

⁴ MESQUITA BARROS, Cassio. *A Previdência Social na Constituição*. Digesto Econômico, SP, (43) 327: 44-9, no. 1dez. 1987, pp. 44-45.

proporcional de benefícios. O *welfare State*, o Estado-providência, o atual do seguro social, necessariamente obrigatório.”⁵

Quando nos mostra a história da previdência social no mundo, MOZART VICTOR RUSSOMANO salienta ter a sua origem em duas tendências inatas no homem: a poupança e a caridade. Poupança, pela preocupação com o futuro, e caridade na assistência aos necessitados. Podem se encontrar entre os gregos, e posteriormente entre os romanos, associações profissionais, ou colégios profissionais com finalidade mutualista. Da mesma forma, na Idade Média, com o estímulo da Igreja Católica, numerosas organizações com finalidades mutualistas foram criadas.

Com o grau de periculosidade maior de certas profissões, como a do marinheiro no período das grandes navegações e dos mineiros, para atrair os profissionais os empresários foram forçados a oferecer garantias através de um regime de seguro a favor do trabalhador. Isto vem transformar o período de mutualismo simples em um sistema de seguros privados em proveito do empregado⁶.

A relação da evolução da previdência com a evolução do Estado é íntima. A previdência social como:

“Organização administrativa que assegura aos beneficiários as prestações que cobrem os riscos inerentes à sua atividade profissional ou econômico”⁷, só se afirmará com o Estado social.

“Durante o período liberal, era notória a insegurança dos trabalhadores, que se viam na contingência de recorrer a meios privados para enfrentar os riscos inevitáveis da doença, do acidente e da velhice.”⁸

Bismarck, quando da época em que estava à frente do governo imperial de Guilherme I. foi responsável pela criação dos seguros sociais obrigatórios em caráter geral.

Pode surgir a indagação sobre as razões que teriam levado Bismarck à criação de tal mecanismo de evolução social, uma vez que ele pertencia ao Partido Conservador. Isto nos é explicado de forma clara por MOZART VICTOR RUSSOMANO:

“O papel de Bismarck, hoje em dia, está suficientemente estudado. Estava ele à frente do governo de Guilherme I e sentiu, com genialidade, que o terreno lhe fugia sob os pés, pelo crescente domínio das massas operárias exercido pelos sociais democratas.

5 CÉSAR Afonso. “A Previdência Social e as Constituições Republicanas”. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Brasília, 3 (12): 147-62, out./dez., 1966.

6 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, ob. cit., pp. 4-6

7 RUSSOMANO, Mozart Victor. Ob. cit., p. 7.

8 RUSSOMANO, Mozart Victor. Ob. cit., p. 8

Ante o clamor popular, em uma nação que se industrializava com rapidez, o grande estadista compreendeu que era inútil usar, apenas, a repressão policial e militar. Ao contrário, era preciso oferecer um programa político novo, que "roubasse" o conteúdo da pregação socialista e que, dentro do estilo e da estrutura do governo alemão, aliciasse, a seu favor, a simpatia do povo.⁹

Para a maioria dos autores que se ocupam da história da previdência social no Brasil, a sua história se inicia com a Lei Eloy Chaves (Decreto nº 4.682, de 24-1-23) que criou, em cada uma das empresas de estrada de ferro do País, uma caixa de aposentadoria e pensão para os empregados daquelas empresas.

Entretanto, já em períodos anteriores, houve tentativas de se criarem instituições daquela natureza como, por exemplo, em 1975, o Plano de Beneficência dos Órgãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha, e, 1827, o Meio Soldo (Montepio) do Exército, e em 1835, o Montepio Geral da Economia¹⁰.

A afirmação comum, de que a Lei Eloy Chaves marca o início da previdência no Brasil, para o Prof. Aníbal Fernandes, tem um conteúdo ideológico, que procura transformar as conquistas sociais, logradas com lutas e a partir das bases, em benesses estatais¹¹.

Sem deixar de reconhecer que sem as pressões populares, e dependendo somente do Estado brasileiro e das classes dominantes, muito pouco ou nada teríamos de conquistas sociais no nosso País; não podemos negar que é a partir da Lei Eloy Chaves que realmente começam a sair do papel as leis previdenciárias, e de forma abrangente, com a criação de 24 Caixas e 22.991 segurados.

Estas caixas são chamadas de CAP (Caixa de Aposentadoria e Pensões), que se destinavam aos ferroviários. O art. 9º da Lei Eloy Chaves nos demonstra a abrangência dos serviços da CAP, já contendo a previsão, inclusive, de socorros médicos, o que dá um caráter mais amplo ao conceito de previdência social naquela época:

"Art. 9º Os empregados ferroviários a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da caixa com descontos referidos no art. 3º letra a, terão direito:

1º) a socorros médicos em caso de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo teto sob a mesma economia;

9 RUSSOMANO, Mozan Victor. Ob. cit., pp. 9-10.

10 OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo. *Um Século de Previdência Social: 60 anos de história da Previdência no Brasil*. Jaime A. de Araújo Oliveira, Sonia M. Fleury Teixeira. Vozes (RJ): Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Petrópolis, 1985. p. 20.

11 ALVIM, Rui Carlos Machado. "Uma História Crítica da Legislação Previdenciária Brasileira". *Revista de Direito do Trabalho*, SP 4 (8): 11-44, mar./abr. 1979, p. 13.

2º) a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração;

3º) aposentadoria;

4º) pensão para seus herdeiros em caso de morte.¹²

Com a Revolução de 1930 e a chegada de Getúlio Vargas ao poder, surge o Decreto nº 21.081, de 24 de fevereiro de 1932, que pode ser considerado a primeira Lei Orgânica da Previdência Social, como esboço de sistematização das leis existentes sobre o assunto. Para Mozart Victor Russomano, a história da previdência no Brasil se divide em três etapas; a primeira, de 1919, com a Lei de Acidentes do Trabalho, até 1932; a segunda, com este Decreto de 1932 até 1945, quando se inicia a terceira fase, com o Decreto-Lei nº 7.526, de 7 de maio de 1945, conhecido como Lei Orgânica dos Serviços Sociais¹³.

A segunda fase é marcada pelo surgimento dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP's). Abandona-se nesta fase a idéia de criação de caixas de previdência social, junto a determinadas empresas, marchando-se rumo à idéia mais ampla e justa da criação de institutos especializados, em função da atividade profissional de seus segurados.

Os IAP's se proliferam, e como cada um tinha sua legislação própria, é necessário que se uniformize a legislação, muitas vezes divergente e conflitante. Isto ocorre com o Decreto-Lei nº 7.526, de 1945, já citado¹⁴. Este Decreto-Lei não foi regulamentado, uma vez que o governo Vargas cai no mesmo ano; entretanto, estas idéias irão frutificar em 1960 na lei orgânica da previdência social.

A lei orgânica de 1960 tem outro precedente histórico: o Regulamento Geral do IAP's, aprovado pelo Decreto nº 35.448, de 1954, mais uma vez no governo de Getúlio Vargas, e mais uma vez não aplicado pelo suicídio do Presidente Vargas, sendo revogado pelo governo seguinte, restabelecendo a multifária legislação anterior¹⁵.

Um dos maiores avanços da previdência social foi a lei orgânica de 1960:

“Pois alcança todos os que exercem atividades urbanas, inclusive as autônomas, avulsos, empregadores e diretores de empresa, tornando-os ao lado dos empregados, filiados obrigatórios da previdência social.”¹⁶

Foram excluídos, entretanto, os camponeses e os domésticos.

No Governo João Goulart foi criado o estatuto do trabalhador rural (Lei nº 4.214, de 2-3-1963), estendendo a previdência social aos trabalhadores

12 OLIVEIRA, Jaime Antônio de Araújo. (*Im*) *Previdência Social: 60 anos de história da Previdência no Brasil*, ob. cit., pp. 23-24.

13 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, ob. cit., pp. 35-37.

14 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, ob. cit., p. 37.

15 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, ob. cit., p. 40

16 MACHADO ALVIM, Rui Carlos. *Uma História Crítica da Legislação Previdenciária Brasileira* Ob. cit., p.25.

rurais. Assim como os avanços que traziam o Decreto nº 35.488, de 1954, serão uma das bandeiras na:

"Tremenda campanha desencadeada contra o governo e a pessoa do Presidente da República (Getúlio Vargas), que terminou sendo arrastado ao extremo do suicídio."¹⁷

Também o início ou apenas a tentativa de reformas sociais no Governo João Goulart irão condená-lo ao movimento de 1964.

A partir daí, verifica-se a fusão dos IAP's (excluindo o Ipase) através do Decreto nº 72, de 21-11-66, que cria o INPS. Muitos trabalhadores permaneceram excluídos do INPS:

"O Projeto Goulart, de 1963, beneficiando os trabalhadores rurais não posto em prática por falta de recursos, e aqueles que beneficiados por ele continuam a ser sua fonte primordial de financiamento."¹⁸

Este período é muito bem sintetizado por JAIME A. DE ARAÚJO OLIVEIRA e SÔNIA M. FLEURY TEIXEIRA no livro *(Im)Previdência Social: 60 Anos de História da Previdência no Brasil*:

"Em resumo, podemos afirmar que as conquistas dos trabalhadores em outros momentos políticos já haviam sido incorporadas de tal forma à sua condição de cidadania que era impossível voltar atrás neste assunto. Pelo contrário, a estratégia estatal, apoiada pelas classes empresariais, vê na manutenção e ampliação destes direitos a possibilidade de obtenção da harmonia social em um contexto altamente desfavorável para os trabalhadores, impossibilitados de organização e participação política e sobretudo os principais prejudicados pelo selvagem processo de acumulação em curso."¹⁹

Desta forma, ano a ano foi ficando mais clara a tendência à universalização da cobertura, com medidas como:

1967 — integração ao INPS dos seguros relativos a acidentes de trabalho.

1971 — criação do Funrural com a destinação de fundos específicos ao Funrural, estendendo então a previdência social aos trabalhadores rurais efetivamente.

1972 — estendem-se às empregadas domésticas os benefícios previdenciários.

7 MACHADO ALVIM, Rui Carlos. *Uma História Crítica da Legislação Previdenciária Brasileira*. Ob. cit., p. 25.

18 OLIVEIRA, Jaime Antônio de Araújo. *(Im)Previdência Social: 60 anos de história da Previdência no Brasil*, ob. cit., pp. 196/197.

19 OLIVEIRA, Jaime Antônio de Araújo. *(Im)Previdência Social: 60 anos de história da Previdência no Brasil*, ob. cit., pp. 204-205.

1973 — estendem-se aos trabalhadores autônomos os benefícios previdenciários²⁰.

Finalmente, antes da Constituição de 1988 que consagrou o sistema de seguridade social, podemos citar a criação do Sinpas, pela Lei n° 6.439, de 1° de setembro de 1977.

O Sinpas é formado por sete órgãos que demonstram claramente a expansão do sistema previdenciário, alcançando então o conceito mais abrangente de Seguridade Social. São estes os órgãos do Sinpas:

- 1) INPS — Instituto Nacional de Previdência Social, que cuida dos benefícios financeiros como pensões, aposentadoria, auxílio doença, natalidade, etc.
- 2) Iapas — Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social.
- 3) Inamps — Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, cuidando da assistência médica curativa dos beneficiários.
- 4) LBA — Legião Brasileira de Assistência, com a função de oferecer a Assistência Social a pessoas carentes.
- 5) Funabem — Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, também órgão de assistência social ao menor carente.
- 6) Dataprev — Empresa de Processamento de dados da Previdência Social, com a função de processar dados relativos ao Sinpas.
- 7) Ceme — Central de Medicamentos, com a função de fabricar os remédios, órgão relativo à saúde e à medicina curativa.

Grande passo foi dado pela Constituição de 1988, cuidando de forma avançada de um sistema de seguridade social, abrangendo a saúde, a assistência social e a previdência social.

2.1.3. A Previdência nas Constituições

A primeira Constituição social brasileira será a de 1934. Ao contrário dos textos de 1824 (Constituição do Império) e o de 1891 (1ª Constituição Republicana), a Carta de 1934 abandonará os textos puramente políticos das Constituições liberais do século XIX, e marcadas pelo discurso não intervencionista, e instituirá no Brasil o Estado Social e democrático, seguindo os exemplos das Constituições do México de 1917 e da Alemanha (Weimar) 1919.

Esta Constituição trará no seu texto os direitos sociais e econômicos.

²⁰ OLIVEIRA, Jaime Antônio de Araújo, *(Im) Previdência Social: 60 anos de História da Previdência no Brasil*, ob. cit., p. 205.

“Art. 121 — A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

§ 1º — A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimarem melhor as condições do trabalhador:

.....
h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou morte.”

A Constituição de 1937 se caracteriza pelo molde muito próximos do fascismo, extremamente autoritária, restringindo os direitos individuais relativos à liberdade e aos direitos sociais, principalmente àqueles ao trabalho.

No que diz respeito à previdência social, esta Carta se limitou a manter a competência para a instituição do seguro social com a União, omitindo-se quanto às fontes de custeio, deixando ao legislador ordinário a competência para determiná-las:

“Art. 137 — A legislação do trabalho observará além de outros, os seguintes preceitos:

.....
l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho.”

Ressalte-se ainda neste texto o entendimento da previdência social como parte do direito do trabalho, concepção esta já inteiramente ultrapassada. Hoje quando falamos em direitos sociais, referimo-nos a um grupo de direitos como trabalho, saúde, educação, habitação, previdência social, assistência social, etc.

A Constituição de 1946 dispunha no art. 157 que:

“Legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

XIV — assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante;

XV — assistência aos desempregados;

XVI — previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

XVII — obrigatoriedade da instituição do seguro, pelo empregador contra os acidentes do trabalho.”

A Constituição de 1946 reconhece autonomia da legislação previdenciária em relação à legislação trabalhista. Confirmação disto nos fornece o art. 5º, inciso XV alíneas *a* e *b* que estabelece a competência da União para legislar sobre:

“Art. 5º — Compete à União:

.....
XV — legislar sobre:

a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho;

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário.”

Entretanto, este não foi o entendimento inicial. O projeto de Constituição que chegou a Plenário em 08 de agosto de 1946 continha os seguintes dispositivos relativos à Previdência:

“Art. 164 — A Constituição assegura a plenitude dos seguintes direitos:

.....
§ 24 — A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros, que visem a melhorar a condição dos trabalhadores;

.....
X — previdência mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade, e contra as consequências dos acidentes do trabalho, da velhice, da invalidez e da morte;

XI — assistência aos desempregados.³⁰”

A Constituição de 1967 manteve diversos preceitos, que já integravam a Carta de 1946:

“a) distinção entre o direito do trabalho (letra *b* do nº XVII do art. 8º) e a previdência social (letra *c* do nº XVII do art. 8º);

b) custeio do seguro social pela União, empregador e empregado;

c) obrigatoriedade do seguro contra acidentes do trabalho pelo empregador (nº XVII do art. 157);

30 CÉSAR, Afonso. *A Previdência Social, e as Constituições Republicanas*. Ob. cit., p. 162.

d) proibição de criação, majoração ou extensão de prestações de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social sem previsão da correspondente fonte de custeio total (§ 2º do art. 157).³¹

Com relação às inovações do texto, podemos citar:

a) transformação da assistência aos desempregados em seguro desemprego (art. 158, inciso XVI);

b) incorporação pelo texto da Constituição de 1967 (§ 2º do art. 158) de prestações constantes dos arts. 71 e 72 da lei orgânica da previdência social, que definem a origem dos recursos financeiros que a União utilizará para o pagamento da sua quota no custeio da previdência³².

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tem um caráter mais restritivo, não fazendo referência ao seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho.

2.1.4. *A Constituição Federal de 1988*

Na Constituição Federal a primeira referência à previdência social está no art. 6º no capítulo II do título I, que trata dos direitos sociais.

O art. 6º enumera direitos sociais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

Três dos direitos sociais acima enumerados se encontram no capítulo II do título VIII, que cuida da seguridade social. O art. 194 estabelece:

“Art. 194 — A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Portanto, temos na seguridade social três direitos sociais fundamentais que são a saúde, a assistência social e a previdência social.

Ainda no art. 194 encontramos os objetivos da seguridade social:

a) a universalidade da cobertura e do atendimento, o que significa que nenhuma pessoa estará de fora da seguridade, uma vez que, mesmo não amparada pela previdência social, por não ter contribuído para esta, estará a pessoa protegida pela assistência social que é extensiva a todos, assim como pelo sistema único e descentralizado de saúde;

31 CÉSAR, Afonso. *A Previdência Social e as Constituições Republicanas*. Ob. cit., p. 162

32 CÉSAR, Afonso. *A Previdência Social e as Constituições Republicanas*. Ob. cit., p. 162.

b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

d) irredutibilidade do valor dos benefícios, o que não significa obviamente a irredutibilidade do valor nominal, mas sim a irredutibilidade de poder de compra representado pelo valor do benefício. Não se entendendo desta forma, na verdade não existirá aí, nenhuma garantia constitucional, uma vez presente a inflação;

e) equidade na forma de participação no custeio, o que deve ser entendido como a necessidade de se estabelecerem diferenciações na forma de participação no custeio de acordo com a possibilidade de cada parte;

f) diversidade da base de financiamento;

g) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

O art. 195 estabelece que seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios além das contribuições dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, dos trabalhadores e sobre a receita de concurso de prognósticos.

O § 7º do mesmo artigo isenta da contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

A previdência social, como já vimos, parte integrante do sistema de seguridade social se encontra nos arts. 201 e 202.

O art. 201 estabelece:

“Art. 201 — Os planos de previdência social, mediante contribuições, atenderão, nos termos da lei, a:

I — cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;

II — ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda;

III — proteção à maternidade, especialmente à gestante;

IV — proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

V — pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.

§ 1º — Qualquer pessoa poderá participar dos benefícios da Previdência Social, mediante contribuição na forma dos planos previdenciários.

§ 2º — É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 3º — Todos os salários de contribuição considerados no cálculo de benefícios serão corrigidos monetariamente.

§ 4º — Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

§ 5º — Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 6º — A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

§ 7º — A Previdência Social manterá seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais.

§ 8º — É vedada a subvenção ou auxílio do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos."

Este artigo traz importantes inovações aumentando os direitos dos beneficiários da Previdência Social, os §§ 2º e 5º principalmente.

O § 2º determina que sejam reajustados os benefícios de maneira a preservar o seu valor real. É de grande importância que se atente para este parágrafo que protege o poder de compra da quantia recebida pelo beneficiário, transformando-se assim em norma protetora contra os prejuízos causados pela inflação.

Ressalte-se que estes dispositivos relativos à previdência receberam um prazo constitucional para serem regulamentados, e, enquanto isso, a própria Constituição criou, no Ato das Disposições Gerais e Transitórias, mecanismo de restabelecimento do poder aquisitivo dos benefícios de prestação dos arts. 58 e 59 das Disposições Transitórias é a seguinte:

"Art. 58 — Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até à implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único — As prestações mensais dos benefícios atualizados de acordo com este artigo serão devidos a prazos a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

Art. 59 — Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único — Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.”

O § 5º do art. 201 estabelece ainda que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor inferior ao salário mínimo.

Este dispositivo irá modificar, por exemplo, o art. 1º da Lei nº 7.604/87, que estabelecia o valor piso para a aposentadoria em 95% do salário mínimo.

Finalmente, o art. 202, estabelece a aposentadoria, beneficiando de forma justa o trabalhador rural, nos seguintes termos:

“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 os 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 de função de magistério.

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

§ 2º — 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.”

2.2. Saúde

Direito à saúde não implica somente em direito de acesso à medicina curativa. São várias as implicações que envolvem a questão. Quando se fala em direito à saúde está se falando em saúde física e mental, e esta começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária; as campanhas de vacinação entre outras coisas. Muitas das doenças existentes no país, em grande escala, poderiam ser evitadas com programas de esclarecimento da população, com uma alimentação saudável, um meio ambiente saudável e condições básicas de higiene e moradia.

A ausência de alimentação adequada no período da gestação e nos primeiros meses de vida, é responsável por um grande número de deficientes mentais.

Estas constatações nos levam a concluir que as medidas em relação à saúde não são apenas na área da medicina curativa, oferecendo à população hospitais, médicos e remédios. As medidas necessárias para que a população tenha saúde devem ser tomadas também em outros planos, que envolvem outros direitos sociais como a educação, o lazer, o meio ambiente, o trabalho e passam também pelo direito econômico, através de um planejamento econômico para a produção de alimentos diversificados a baixo custo e voltado para o consumo interno e não a continuidade da mentalidade colonial agro exportadora. O direito econômico também é sustentação de uma política de saúde pública quando limita e controla a iniciativa privada no setor, ou quando o Estado adota uma política econômica de pleno emprego e salários justos.

Tudo isto nos leva a compreender a integração perfeita que existe entre os grupos de direitos humanos. Assim como os direitos individuais se concretizam através do oferecimento dos direitos sociais, estes direitos sociais dependem do direito econômico para que seja possível a sua realização. Isto está bem claro no exemplo do direito à saúde, sendo expressamente reconhecido pela Constituição Federal quando o artigo 196 afirma ser a saúde "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Reconhece, portanto, o Texto Constitucional a amplitude do problema e de sua solução, implicando não apenas no oferecimento de medicina curativa como também através da medicina preventiva que depende de uma política social e econômica adequada.

Neste sentido WAGNER BALERA escreve:

"na esfera social, uma política que persiga esse objetivo (levar saúde a todos) implica no cumprimento de amplos programas de combates

e epidemias; de cuidados básicos; de proteção e recuperação dos doentes. Concorrente com essa esfera, à órbita econômica cabe investir em programas de alimentação e nutrição, de higiene e saneamento ambiental.³³

A Constituição de 1988 criou um sistema único de saúde integrado por uma rede pública regionalizada e hierarquizada. O novo sistema de saúde é descentralizado, com direção única em cada esfera do governo, devendo oferecer atendimento de qualidade a toda a população, dando prioridade às atividades preventivas, sem que haja prejuízo dos serviços assistenciais.

O financiamento do sistema único será de acordo com o previsto no artigo 195 da Constituição Federal com recursos provenientes dos orçamentos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Desta forma, "o serviço público de saúde será organizado, formalmente, como um sistema único. Quer isto significar que não mais haverá a difusa administração da matéria na esfera da União (que implicava, por absurdo, na existência de dois ministérios e um sem número de órgãos federais atuando no setor), nem a dispersão e superposição de órgãos e atribuições em esfera estadual e municipal. Sendo único, o sistema deverá possuir um específico modelo de relações entre o todo (o que dá unidade ao conjunto de órgãos, sujeitos e atribuições) e as partes que o integram"³⁴.

Nas atribuições do sistema único de saúde relacionadas no artigo 200, fica ainda muito clara a perfeita e necessária integração existente entre os grupos de direitos que compõem os direitos humanos, como também a integração dos diversos direitos sociais.

São atribuições do sistema único de saúde: o controle e fiscalização dos procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos e equipamentos; a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; o ordenamento da formulação de recursos humanos na área de saúde; a participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; a incrementação do desenvolvimento científico e tecnológico na área de saúde; fiscalização e inspeção de alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participação no controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radiotivos; e ainda, a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, além de outras atribuições previstas em lei.

33 BALERA, Wagner. *A seguridade Social na Constituição de 1988*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 74.

34 BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. Ob. cit., p. 77.

No direito constitucional comparado encontramos o direito à saúde previsto na *Constituição italiana*, de forma bastante sintética, quando o artigo 32 dispõe:

“Art. 32 — A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes.

Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.”

É este texto bastante sintético, não permitindo uma compreensão ampla do direito à saúde como ocorre na Constituição brasileira.

Afirma o citado artigo 32 que a saúde é direito individual fundamental que a República deve tutelar. Uma das grandes dificuldades no estudo dos direitos humanos é justamente a inexistência de uma uniformidade terminológica. Como vimos, o direito à saúde é um direito social fundamental, que caracteriza o dever do Estado em oferecer saúde à população através de forma diversa.

A afirmação da *Constituição italiana*, considerando o direito à saúde como direito individual, pode significar uma participação menor do Estado no que diz respeito a este direito, não tendo o dever de oferecer este direito na sua plenitude, mas apenas de proteger o que já existe. Aliás este é o significado da palavra “tutela”. Deve a República “tutelar” a saúde.

Faz ainda referência o artigo 32 ao tratamento gratuito aos indigentes o que nos sugere uma compreensão do direito à saúde, como medicina curativa, quando um texto moderno deve se preocupar antes com a medicina preventiva e a inexistência de indigentes, criando mecanismos constitucionais para que isto se concretize.

A *Constituição espanhola* é mais completa e moderna ao determinar que os poderes públicos tomem medidas efetivas para o oferecimento deste direito social.

O artigo 43 dispõe:

“Art. 43 —

1 — É reconhecido o direito à proteção da saúde.

2 — Incumbe aos poderes públicos organizar e defender a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e dos serviços necessários. A lei estabelecerá os correspondentes direitos e deveres.

3 — Os poderes públicos fomentarão a educação sanitária, a educação física e o desporto, bem como a adequada utilização dos tempos livres.”

Há no texto espanhol referência à saúde preventiva, e é estabelecida a relação entre saúde e educação, esporte e lazer.

Reconhece a Constituição espanhola a necessidade dos poderes públicos oferecerem meios através dos direitos sociais, para que os seres humanos possam usufruir realmente de suas liberdades. É uma visão atual que GREGÓRIO PECES-BARBA ressalta, ao afirmar que há na Constituição espanhola "uma positiva contribuição à socialização e a ampliação à sociedade civil da democracia, que pretende que os progressos formais do Direito, possam converter-se em reais por impulso dos Poderes Públicos e que este esforço alcance tanto os indivíduos como os grupos"³⁵

A *Constituição portuguesa* de 1976 (com texto revisado pela segunda vez em 1989) traz vários dispositivos sobre direitos sociais. O direito à saúde se encontra no artigo 64, que dispõe:

**"Artigo 64º
(Saúde)**

1 — Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.

2 — O direito à proteção da saúde é realizado:

a) através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

b) pela criação de condições econômicas, sociais e culturais que garantem a proteção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.

3 — Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a) garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente de sua condição econômica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

b) garantir uma racional e eficiente cobertura médica e hospitalar de todo o país;

c) orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;

d) disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde;

e) disciplinar e controlar a produção e comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.

35 PECES-BARBA, Gregório. *La Constitución Española de 1978 (Un estudio de Derecho e Política)*. Fernando Torres Editor S.A., Valência, 1984, p. 40.

4 — O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.³⁶

A revisão de 1989 é uma revisão liberalizante, que reduz o caráter socializante de alguns dispositivos constitucionais portugueses. Desta forma, o antigo item 2 do artigo 64. dispunha sobre um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito. A atual redação, após a revisão de 1989, se refere a serviço nacional de saúde, "tendencialmente gratuito".

"A Constituição não toma posição quanto ao modelo do serviço nacional de saúde a adaptar pelo legislador ordinário. Nem exclui que, a par da medicina que se exerça no seu quadro, coexistam (e continuem a existir) formas privadas e/ou empresariais do seu exercício"³⁷. Há entretanto dois condicionantes: a orientação da sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos e a disciplina e o controle das formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde.

A Constituição norte-americana, como exemplo da Constituição liberal, não contém dispositivos sobre direitos sociais.

Como exemplo de Constituição socialista, podemos citar a Constituição cubana. Há uma ênfase aos direitos sociais, e total gratuidade dos serviços de saúde e educação. O artigo 49 da Constituição da República de Cuba dispõe:

"Artigo 49 — Todos têm direito a que se atenda e proteja sua saúde. O Estado garante este direito:

— com a prestação da assistência médica de instalações de serviços médico rural, das policlinicas, hospitais, centros profiláticos e de tratamento especializado;

— com a prestação de assistência odontológica gratuita;

— com o desenvolvimento dos planos de divulgação sanitária e de educação para a saúde, exames médicos periódicos, vacinação geral e outras medidas preventivas de enfermidades. Nesses planos e atividades coopera toda a população através das organizações sociais e de massas."³⁹

Há uma referência mais abrangente do direito à saúde, com referência à medicina curativa e preventiva envolvendo o saneamento básico, divulgação sanitária e educação para a saúde. Outros dispositivos constitucionais vêm complementar o direito à saúde, especialmente o artigo 48, que garante o

36 *Constituição da República Portuguesa (Segunda revisão 1989)*, Quil Jurs, Sociedade Editora Lda, Lisboa, 1989, pp. 47-48.

37 MORAIS, Isaltino, José Mano F. de Almeida e Ricardo L. Leite Pinto. *Constituição República Portuguesa - Anotada e Comentada*, Lisboa, 1983, p. 133.

38 O texto anterior à revisão de 1989 falava em socialização da medicina e dos setores medico-medicamentosos, e não apenas em socialização dos custos.

39 PEREIRA, Osny Duarte. *Constituição de Cuba (como é e como funciona)*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 1986, p. 39.

direito à proteção, segurança e higiene do trabalho, com a adoção das medidas preventivas de acidente e enfermidades profissionais.

2.3. *Assistência Social*

A assistência social é o terceiro direito fundamental que compõe a seguridade social. Já estudamos com detalhe a Previdência Social e o direito à saúde, o primeiro destinado à assistência pecuniária nas mais diversas situações da vida àquele que tenha contribuído durante os prazos estabelecidos, e o segundo direito destinado ao oferecimento da saúde preventiva e curativa da população. A assistência social visa cobrir todo este universo da seguridade social, levando a todos que necessitem, independentemente de contribuição, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção, a integração e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, nos termos da Constituição brasileira, artigo 203, incisos I a IV.

Garante ainda a Constituição Federal um "salário mínimo" de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (art. 203, inciso V da Constituição Federal).

Observa WAGNER BALERA que "o ideal de um modelo de assistência social destinado a proteger integralmente as pessoas, enquanto ideal, está calcado no já referido objetivo fundamental do Estado brasileiro expresso no art. 3º, III do Código Supremo: a erradicação da pobreza e da marginalização. Tal ideal encontra instrumental de viabilização num elenco, de objetivos específicos do setor de assistência social. De certo modo, pois, cada um dos objetivos da assistência social está referido ou relacionando diretamente ao objetivo fundamental do Estado, como definido pelo art. 3º⁴⁰."

De fato, há uma relação direta entre os objetivos fundamentais do Estado e a assistência social, mas diríamos também que não somente com a assistência social mas sim com todos os direitos fundamentais da pessoa humana, quando se coloca como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização com a redução das desigualdades sociais, realizando o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Art. 3º, incisos I, III e IV da Constituição brasileira).

No Direito Constitucional Comparado, podemos encontrar na Constituição italiana, a assistência social no título relativo às relações econômicas,

40) BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, ob. cit., p. 114

juntamente com direitos dos trabalhadores, no artigo 38 que tem a seguinte redação:

“Artigo 38 — Todo cidadão, impossibilitado de trabalhar e desprovido dos meios necessários para viver, tem direito ao seu sustento e à assistência social.

Os trabalhadores têm direito a que sejam previstos e assegurados meios adequados às suas exigências de vida em caso de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego involuntário.

Os inaptos e os deficientes têm direito à educação e ao encaminhamento profissional.

As tarefas previstas neste artigo prevêem órgãos e instituições predispostos ou integrados pelo Estado.

A assistência privada é livre.”

O texto italiano faz breve referência à assistência social, colocando no mesmo artigo a Previdência Social.

Observa DIONÍSIO PETRIELLA que grande parte destes princípios já se encontravam incorporados à legislação italiana, sendo que sua inclusão no texto constitucional servirá somente para protegê-los de qualquer alteração pela legislação ordinária.⁴¹

A *Constituição espanhola* prevê, no seu artigo 41, um regime de segurança social (seguridade social na terminologia empregada pela nossa Constituição), para todos os cidadãos, garantindo assistência e prestações sociais em situações de necessidade.

O artigo 49 da Constituição espanhola refere-se aos deficientes ao determinar que os poderes públicos, levarão a cabo uma política de prevenção, tratamento, reabilitação e integração dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos, aos quais prestarão a atenção especializada que requerirem, e dar-lhes-ão proteção especial para gozarem os seus direitos.

Ainda o artigo 50 da Constituição espanhola garante pensões adequadas, e atualizadas periodicamente, que garantam a suficiência econômica dos cidadãos da terceira idade, promovendo o seu bem-estar através de um sistema de serviços sociais que atendam os problemas específicos de saúde, habitação, cultura e lazer.

A *Constituição portuguesa* trata de forma detalhada da segurança social, dando uma atenção especial à assistência social.

O artigo 63 da Constituição da República Portuguesa garante o direito à segurança social a todos, sendo que cabe ao Estado, organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado.

41 PETRIELLA, Dionísio. *La Constitución de la República Italiana*. Asociación Dante Alighieri. Buenos Aires, 1957, p. 83.

Utiliza a Constituição portuguesa a expressão segurança social para significar previdência e assistência social, mantendo o direito à saúde no artigo 64 já estudado.

Reconhece ainda o texto português o direito de constituição de instituições particulares de solidariedade social, não lucrativas, que visem ajudar a alcançar os objetivos de segurança social; a promoção da criação de uma rede nacional de assistência materno-infantil, de uma rede de creches e de infra-estruturas de apoio à família e uma política de terceira idade nos termos do artigo 67, 2, *b*; a proteção aos órfãos e abandonados (artigo 69); no aproveitamento do tempo livre dos jovens (artigo 70, 1, *d*): na realização de uma política nacional de prevenção, tratamento, reabilitação e integração dos deficientes (artigo 71, 2); e numa política da terceira idade com medidas de caráter económico, social e cultural que venham a proporcionar aos idosos oportunidades de realização pessoal, participando ativamente na vida da comunidade.

Como exemplo de Constituição Socialista, ou Constituições de Estados que adotam o chamado "socialismo real", a Constituição de Cuba garante o direito a assistência social de forma objetiva no artigo 47, que tem a seguinte redação:

"Art. 47 — O Estado protege, mediante a assistência social, os anciãos sem recursos nem amparo e a qualquer pessoa inapta para trabalhar, que careça de familiares em condições de lhe prestar ajuda."

3. Conclusão

Podemos afirmar que nos dias em que vivemos, os seres humanos conseguiram concretizar nas leis, e em alguns lugares, na realidade, a sua antiga e constante necessidade de segurança. Se esta segurança social ainda não se concretizou em nosso País, depende hoje da vontade política do Estado e na coragem do Judiciário em interpretar os textos legais e a Constituição.

Se de um lado podemos concluir que esta seguridade social pode libertar o ser humano da miséria, das necessidades básicas, do abandono, países como alguns do Norte europeu nos farão despertar para outras indagações que, entretanto, para nós, são questões ainda longínquas.

Para um povo que se encontra ainda oprimido pela fome, pela injustiça, pela insensibilidade de governantes e tecnocratas que tratam uma vida humana como um número que pode ser manipulado, estas questões relativas a seguridade são elementos libertadores da opressão da carência material.

O presente estudo, nos seus limites, visa apenas demonstrar o tratamento constitucional da seguridade social e a sua evolução histórica, o que nos leva a refletir sobre o futuro e nos dá oportunidade de exigir interpretação corajosa e correta do texto constitucional.

Por vezes a insensibilidade de intérpretes de lei, que se prendem a interpretações casuísticas, tendenciosas, incompletas porque separadas da realidade social, prejudica direitos fundamentais da pessoa.

Pudemos ver neste estudo o tratamento constitucional da previdência social, e no § 2º do art. 201 da Constituição Federal, dispositivo assecuratório do reajustamento permanente dos benefícios preservando o valor real. Os critérios definidos pela lei não podem ser outros que aqueles que assegurem o valor real, ou em outras palavras, a permanência do poder de compra, pois caso contrário, são absolutamente inconstitucionais.

Desta forma, esperamos contribuir para a reflexão sobre questão atual e urgente.

Alterações introduzidas na Lei nº 6.515/77 pela Constituição de 1988

ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA
Professor da Faculdade de Direito de Campina Grande
Universidade Estadual da Paraíba

SUMÁRIO

1. Introdução — do casamento ao divórcio no Brasil — breve histórico. 2. Desenvolvimento. — 2.1 — Modificações introduzidas pela Constituição de 5 de outubro de 1988 na Lei nº 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977. — 2.2 — Da dissolução da sociedade conjugal — Capítulo I da Lei nº 6.515/77 (Art. 2º, I a IV e parágrafo único). — 2.3 — Dos casos e efeitos da separação judicial — Seção I do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 (arts. 3º ao 8º). 2.4 — Da proteção da pessoa dos filhos — Seção II do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 (arts. 9º ao 16). 2.5 — Do uso do nome — Seção III do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 (arts. 17 e 18). 2.6 — Dos alimentos — Seção IV do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 (arts. 19 a 23). 2.7 — Do divórcio — Capítulo II da Lei nº 6.515/77 (arts. 24 a 33). 2.8 — Do Processo — Capítulo III da Lei nº 6.515/77 (arts. 34 a 39). 2.9 — Das Disposições Finais e Transitórias — Capítulo IV — (arts. 40 a 54). 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. Introdução — do casamento ao divórcio no Brasil — breve histórico

O casamento ao tempo do Brasil Colônia obedecia às normas instituídas pelo Concílio de Trento (1542 — 1563) por força do Alvará de 12 de setembro de 1564 confirmado por uma provisão de 2 de março de 1568 que disciplinava o matrimônio em todo o Reino Português de acordo com o Direito Canônico.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em setembro de 1991.

Foi a partir do mencionado Concílio de Trento que a Igreja Católica conferiu ao casamento caráter sacramental e por isso mesmo indissolúvel, posição contestada pelos reformistas que advogavam a sua dissolubilidade por entenderem-no simples ato da vida civil dos cônjuges.

Assim se expressa SANTIAGO DANTAS em sua obra *Direito de Família e das Sucessões* — 2ª edição, Forense — Rio, 1991, revista e atualizada por JOSÉ GOMES BESERRA CÂMARA E JAIR BARROS, p. 58, sobre a posição protestante:

“Entre as afirmações mais importantes de Lutero sobre os dogmas, figura a negação expressa do caráter sacramental do matrimônio. O matrimônio para Lutero era ato profano, um contrato natural, que se estipulava entre pessoas e que não tinha natureza religiosa. Abriu-se, assim, um caminho decisivo à evolução das instituições matrimoniais, porque se afastava, naturalmente, para a órbita civil a celebração do matrimônio. Acontece que as teses luteranas foram adotadas por grandes nações, em consequência de acontecimentos históricos, como o divórcio que Henrique VIII pretendeu obter do Sumo Pontífice, para contrair novas núpcias.”

As questões da regulamentação do casamento dos não-católicos e da separação da Igreja do Estado é que levaram à instituição do casamento civil.

Na França é ele instituído em 1767.

No Brasil Império foram mantidas as determinações do Concílio Tridentino e a Constituição do Arcebispado da Bahia permanecendo a competência eclesiástica para as questões atinentes ao casamento.

Em reforço a essa afirmação invoco mais uma vez SANTIAGO DANTAS, (ob. cit., p. 73), que assim disserta:

“Particularmente importante é o Decreto de 3 de novembro de 1827. Ele aprovou a Constituição do Arcebispado da Bahia e foi um código das relações entre o direito do Estado e o direito da Igreja, durante a monarquia. Através desta lei recebemos o direito matrimonial do Concílio Tridentino na sua integridade. Reconheceu-se a jurisdição eclesiástica para tudo que dizia respeito à celebração e dissolução do casamento, dando-se, por conseguinte, ao nosso Direito matrimonial uma larga identificação com o Direito Canônico. É verdade que, em 1861 e 1863, se sentiu necessidade de excetuar do regime canônico o casamento entre acatólicos, e foi essa a primeira vez em que o Estado legislou sobre casamento, sem se limitar à adoção clara e expressa das leis da Igreja.”

A Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, deu efeitos civis aos casamentos religiosos dos acatólicos.

Só com a República, triunfando as idéias positivistas de separação entre a Igreja e o Estado entre nós, o casamento passou a ser exclusivamente civil.

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, aboliu a jurisdição eclesiástica para o casamento reconhecendo como válido apenas o realizado perante as autoridades civis.

Sobre a matéria SANTIAGO DANTAS, ob. cit., pág. 74, assim escreve:

“Depois da consolidação de Teixeira de Freitas, o grande ato que vem modificar o Direito de Família é o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Tem-se esse decreto como da lavra de Rui Barbosa. É o ato que introduziu no Brasil o casamento civil. Nesse mesmo mês, no dia 7, havia surgido os atos que separavam a Igreja do Estado. Ficava, por conseguinte, revogado o Decreto que, em 1827, adotara o Direito Canônico, aprovando a Constituição do Arcebispo da Bahia; o casamento deixava de ser coisa da Igreja, passava a ser inteiramente submetido à disciplina e à jurisdição civil. O Decreto nº 181 é uma lei geral sobre matrimônio.”

A Constituição da República de 24 de fevereiro de 1981, em seu art. 72, § 4º, adotou o casamento exclusivamente civil assim dispondo:

... “Artigo 72 — ...

§ 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

Os Textos Constitucionais que se seguiram, 1934 (art. 144), 1946 (art. 163), 1967 (art. 167) e a Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 175 e seu § 1º) mantiveram o casamento civil e indissolúvel, até o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que modificou o § 1º do art. 175 daquela Carta Magna para introduzir no nosso Direito o divórcio.

Antidivorcista era o inspirador do Código Civil de 1916.

Argumentava CLOVIS BEVILÁQUA em seu livro *Direito de Família*, Edição História — Editora Rio, 1976, p. 287, em favor de suas posições contra o divórcio:

“No livro *Código Civil Comentado*, vol. II, ao art. 315, condensei os argumentos que me pareceram mais valiosos contra o divórcio. Aleguei que o divórcio é injusto, porque prejudica muito mais à mulher que ao homem, precisamente quando recatada e honesta; que a indissolubilidade do matrimônio atua sobre os cônjuges como moderador das paixões e consolidador da amizade recíproca dos cônjuges, porque diante dela se amainam pequenas disputas, que tomariam grande vulto com a possibilidade de desfazer o vínculo;

que a sorte dos filhos é dolorosa e prejudicial ao desenvolvimento dos bons sentimentos, quando o divórcio os atira do lar onde nasceram para o seio de família estranha; que o divórcio não diminui o número de crimes por paixão sexual, como houve quem dissesse; e a estatística prova o contrário; que é com moral que se evitam uniões ilícitas, e não com o divórcio."

Não foi sem muita luta que ocorreu a mudança constitucional que permitiu o divórcio no Brasil, Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, à Constituição de 1967/1969 que modificou o § 1º do art. 175 daquela Carta, assim dispondo:

O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Artigo 175 — ...

§ 1º — O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

§ 2º — A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda."

No dia 26 de dezembro de 1977 o projeto dos Senadores Nelson Carneiro e Accioly Filho, em parte modificado pelo substitutivo apresentado pelo Relator da matéria, Senador Luiz Braz, sofrendo ainda vinte e sete emendas na Câmara, das quais nove foram aprovadas, recebendo a sanção presidencial, entra em vigor. Passa a vigor entre nós a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências, chamada "Lei do Divórcio".

Limitado a uma única vez (art. 38 da LD), admitido apenas como o divórcio-conversão (art. 25 da LD) e divórcio-remédio (art. 40 da LD), o divórcio no Brasil, regulado pela Lei nº 6.515/77 não mais atendia às mudanças espetaculares experimentadas pela sociedade brasileira com a sua adoção e o progresso sócio-econômico do país, mormente nas últimas décadas, especialmente com relação às conquistas de emancipação das mulheres que passaram a disputar, cada vez mais e rapidamente, posições de igualdade social com os homens.

É a Constituição de 5 de outubro de 1988 que estabelecendo a isonomia entre os cônjuges referente aos direitos e deveres na sociedade conjugal (art. 266, § 5º), mantendo a dissolubilidade do casamento pelo divórcio, reduzindo, entretanto, os prazos de conversão da separação em divórcio permitindo a sua obtenção de forma direta pela comprovada separação de fato havida

há mais de dois anos (art. 266, § 6º), respectivamente, que opera a grande alteração na Lei nº 6.515/77.

Com base na Carta de 1988 foi sancionada a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, que opera profundas mudanças na Lei nº 6.515/77, tornando expressas as revogações tácitas produzidas pelo legislador constitucional naquela Lei.

O divórcio é hodiernamente adotado pela grande maioria dos países quase todos regulando-o na legislação comum.

Igualando-se ao Brasil na questão do disciplinamento constitucional da matéria estão países como Cuba (Constituição de 1967 que o prevê, art. 35, remetendo-o à lei ordinária; Espanha (Constituição de 1978, art. 32, remete-o à lei ordinária sob a denominação de "dissolución"; Japão (Constituição de 1946, art. 24, com remissão à lei disciplinadora); Paraguai (Constituição de 1977, art. 37, faz apenas referência indireta); Peru (Constituição de 1979, art. 5º, indica lei ordinária); Portugal (Constituição de 1976, art. 36, cria o instituto e o remete à legislação civil); e Nicarágua (Constituição de 1984, art. 72). Entre os que não elevam o divórcio ao nível constitucional estão a Albânia, Angola, Argentina, Áustria, Cabo Verde, Estados Unidos, Suécia, entre outros, conforme leciona o Professor José de Farias Tavares, em seu livro *O Código Civil e a Nova Constituição*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990, 1ª edição pp. 61/62.

Os efeitos das mudanças introduzidas na Lei nº 6.515/77 pela Constituição de 1988 tornadas expressas, em parte, pela Lei nº 7.841/89, que começam a ser aplicadas aos casos de separação judicial, sua conversão em divórcio e divórcio direto serão analisados no desenvolvimento desse exercício.

2. Desenvolvimento

2.1 — *Alteração sofrida pelo art. 1º da Lei nº 6.515/77 pelo art. 226, § 6º da Constituição de 1988*

Dispõe o art. 1º da Lei nº 6.515/77:

"Art. 1º — A separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, de que trata a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, ocorrerão nos casos e segundo a forma que esta lei regula."

A Constituição de 1988 revogou a Emenda Constitucional nº 9/77, como de resto toda a Constituição de 1967/1969, disciplinando em seu art. 226, § 6º:

"Art. 226 — ...

§ 6º — O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos."

Como se verifica pela leitura de ambos os dispositivos legais, não é mais a Emenda Constitucional nº 9/77 que inspira a Lei nº 6.515/77 no trato da dissolução da sociedade conjugal ou da cessação de seus efeitos civis e sim o art. 226, § 6º da Constituição de 1988 estando, portanto, o art. 1º da Lei nº 6.515/77, na remissão que faz à Emenda Constitucional nº 9/77, derogado.

2.2 — *Da Dissolução da Sociedade Conjugal*
(Capítulo I da Lei nº 6.515/77 — art. 2º, I a IV e parágrafo único)

Regulamenta o art. 2º da Lei nº 6.515/77:

“Art. 2º — A sociedade conjugal termina:

I — pela morte de um dos cônjuges;

II — pela nulidade ou anulação do casamento;

III — pela separação judicial;

IV — pelo divórcio.

Parágrafo único — O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.”

Conforme se depreende da análise do texto legal acima transcrito com o do art. 226, § 6º da Constituição de 1988 também transcrito no item 2.1 deste trabalho, não houve qualquer alteração a ele imposta pela Carta de 1988 permanecendo em plena vigência.

2.3 — *Dos casos e efeitos da separação judicial*
(Seção I do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 — Art. 3º a 8º):

A matéria está disposta na Lei nº 6.515/77 da forma seguinte:

“Art. 3º — A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

§ 1º — O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.

§ 2º — O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

§ 3º — Após a fase prevista no parágrafo anterior, se os cônjuges pedirem, os advogados deverão ser chamados a assistir aos entendimentos e deles participar.

Art. 4º — Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

Art. 5º — A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges, quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer

ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

§ 1º — A separação pode também ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º — O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º — Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Art. 6º — Nos casos dos parágrafos 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

Art. 7º — A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens.

§ 1º — A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do Código de Processo Civil).

§ 2º — A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

Art. 8º — A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado ou à da decisão que tiver concedido separação cautelar.”

A Constituição de 1988 em nada alterou os casos e efeitos da separação judicial, permanecendo, portanto, em vigor os artigos da Lei nº 6.515/77 acima transcritos.

Ressalva importante, se faz, entretanto, com relação ao parágrafo 1º do artigo 5º transposto.

O parágrafo 6º do art. 226 da Constituição, já mencionado no item 2.1 desta monografia, permitiu o divórcio desde que haja comprovada separação de fato dos cônjuges por mais de dois anos.

À luz do novo mandamento constitucional está o parágrafo 1º do art. 5º da Lei nº 6.515/77, no mínimo despiciendo, sendo totalmente desnecessário esperar o cônjuge interessado na dissolução da sociedade conjugal pelos cinco anos de separação fática para obtê-la se, com dois anos dessa separação, pode requerer a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio.

2.4 — Da proteção da pessoa dos filhos

(Seção II do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 — arts. 9º a 16);

Com relação à proteção da pessoa dos filhos disciplina a Lei nº 6.515/77:

“Art. 9º — No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observa-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 10º — Na separação judicial fundada no *caput* do artigo 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§ 1º — Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º — Verificando que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de quaisquer dos cônjuges.

Art. 11 — Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no parágrafo 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art. 12 — Na separação judicial fundada no parágrafo 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Art. 13 — Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art. 14 — No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos artigos 10 e 13.

Parágrafo único — Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.

Art. 15 — Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 16 — As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos.”

Em nosso modesto entendimento nada alterou a Constituição de 1988 o previsto na Lei nº 6.515/77 com relação à proteção da pessoa dos filhos.

Poder-se-ia dizer que o § 1º do art. 10 da Lei nº 6.515/77 estaria derogado no que diz respeito a privilegiar a mulher com relação à guarda dos filhos, quando ambos os cônjuges são culpados pela separação, em face da isonomia homem-mulher respeitante aos direitos e deveres na sociedade conjugal, preconizada pelo § 5º do art. 226 da Constituição de 1988 que diz:

“Art. 226 — ...

§ 5º — “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Não damos essa interpretação.

Ao designar a mulher como cônjuge preferencial para a continuidade da guarda dos filhos quando ambos forem culpados pela separação, não estava, data vênica, o legislador de 1977 que tão avançado foi em sua época que se mantém vigente nesta parte, mesmo em relação aos progressos na proteção aos menores trazidos pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, privilegiando a mulher em detrimento do homem.

Note-se que o legislador usou a expressão “mãe” e não outra qualquer como “mulher” ou “cônjuge feminino” o que poderia levar ao entendimento de que o privilégio era relacionado à mulher.

A expressão “mãe” leva ao entendimento de que privilegiado está o “vínculo maternal”, sem sombra de dúvidas de maior interesse para o menor.

Não há, portanto, modificações na seção estudada introduzida pela Constituição de 1988 na Lei nº 6.515/77.

2.5 — *Do uso do nome*

(Seção III do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 — arts. 17 e 18)

Com relação ao uso do nome diz a Lei nº 6.515/77:

“Art. 17 — Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*) voltará a mulher a usar o nome de solteira.

§ 1º — Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo quando é da mulher a iniciativa da separação judicial, com fundamento nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º.

§ 2º — Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.

Art. 18 — Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*) poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, o direito de usar o nome do marido.”

O direito à mulher de acrescentar aos seus os apelidos do marido foi concedido pela Lei nº 6.515/77 em seu artigo 5º que modificou o artigo 240 do Código Civil acrescentando-lhe ainda um parágrafo único, assim versa:

“Art. 240 — A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Parágrafo único — “A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido”.

Sobre o tema ensina o Mestre de São João do Cariri, JOSÉ DE FARIAS TAVARES, orgulho da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em seu livro *O Código Civil e a Nova Constituição*, obra já citada, o qual, para fortuna nossa, é o orientador deste trabalho, na qual desperta o Brasil Jurídico para sua tese de Direito Civil Constitucional, na pág. 49:

“Os direitos e deveres que o Código reserva como da mulher casada, estão hoje em idêntica situação com os relativos ao marido. Foi revogado, de maneira indireta mas clara pela *Suma Lex*, no Código, o art. 240 que define a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido. E tal definição já fora alcançada num avanço do direito intertemporal, com redação pela Lei nº 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977. Caindo assim, *ipso facto*, a opção pelo apelido do marido.”

E continua o jurista caririzeiro:

“Claro, não há mais como impor à mulher restrições que não sejam similares às do marido. E diga-se de passagem, nem se atribuir a esta o que não for extensível àquele, como cônjuges iguais em direitos e obrigações.”

Com relação aos casos de dissolução da sociedade conjugal em que tenha havido a opção da mulher pelos apelidos do marido, a qualquer tempo, está em vigor o disposto no artigo 17 e seus §§ 1º e 2º e o art. 18 da Lei nº 6.515/77.

Futuramente, como se vê da explicação do Professor TAVARES, não mais havendo a possibilidade de opção da mulher pelos apelidos do marido face à revogação indireta do art. 240 e seu parágrafo único do Código Civil pelo art. 226, § 5º da Constituição de 1988, os dispositivos da Lei nº 6.515/77 acima analisados estarão despidiendos.

2.6 — *Dos alimentos*

(Seção IV do Capítulo I da Lei nº 6.515/77 — arts. 19 a 23)

Sobre obrigação alimentícia diz a Lei nº 6.515/77:

Art. 19 — O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.

Art. 20 — Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 21 — Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, o juiz poderá determinar a constituição de garantia real ou fidejussória.

§ 1º — Se o cônjuge credor preferir, o juiz poderá determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor.

§ 2º — Aplica-se, também, o disposto no parágrafo anterior, se o cônjuge credor justificar a possibilidade do não recebimento regular da pensão.

Art. 22 — Salvo decisão judicial, as prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão corrigidas monetariamente na forma dos índices de atualização das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN.

Parágrafo único — No caso do não pagamento das referidas prestações no vencimento, o devedor responderá, ainda, por custas e honorários de advogado apurados simultaneamente.

Art. 23 — A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil."

Não introduziu a Constituição de 1988 modificações neste Capítulo.

2.7 — Do divórcio

(Capítulo II da Lei nº 6.515/77 — arts. 24 a 33)

Com relação ao divórcio estatui a Lei nº 6.515/77:

"Art. 24 — O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.

Parágrafo único — O pedido somente competirá aos cônjuges, podendo, contudo, ser exercido, em caso de incapacidade, por curador, ascendente ou irmão.

Art. 25 — A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

Art. 26 — No caso de divórcio resultante da separação prevista nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º, o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência ao outro (Código Civil — art. 231, nº III).

Art. 27 — O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único — O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importa restrição a esses direitos e deveres.

Art. 28 — Os alimentos devidos pelos pais e fixados na sentença de separação poderão ser alterados a qualquer tempo.

Art. 29 — O novo casamento do cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor.

Art. 30 — Se o cônjuge devedor da pensão vier a casar-se, o novo casamento não alterará sua obrigação.

Art. 31 — Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens.

Art. 32 — A sentença definitiva do divórcio produzirá efeitos depois de registrada no registro público competente.

Art. 33 — Se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento.”

No Capítulo II da Lei nº 6.515/77 a única modificação introduzida pela Constituição de 1988 se dá com relação ao prazo para conversão da separação judicial em divórcio.

Aliás, a figura da conversão é que é exclusivamente tratada naquele Capítulo uma vez que só nas Disposições Transitórias, art. 40, se ocupou a lei do chamado *divórcio direto* para os casos ocorridos no lapso de tempo pré-fixado.

No art. 25 acima transcrito prevê a Lei nº 6.515/77 que a conversão da separação judicial em divórcio poderia ser decretada desde que decorridos mais de três (3) anos de separação, contando-se o prazo da data da decisão da separação ou da data da decisão que concedeu a medida cautelar correspondente, isto é, separação do casal, fazendo remissão ao seu art. 8º.

O art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, já transcrito, reduziu o prazo da separação de três (3) para um (1) ano.

Cabe lembrar que permanecem em vigor os limites para a contagem do prazo modificado que são o da data da decisão da separação ou da data da decisão que decretou a separação de corpos do casal (ver artigo 8º da lei)

Está, assim, cerrogado o art. 25 da Lei nº 6.515/77 no que tange ao prazo para a conversão da separação judicial em divórcio que passa a ser de um (1) ano por força do dispositivo constitucional, art. 226, § 6º, e não mais de três (3) anos de separação, contados não só da data da decisão que decretou a separação, mas, se houver, da data da decisão que decretou a separação de corpos do casal, em medida cautelar, art. 8º da lei transcrita.

2.8 — Do processo

(Capítulo III da Lei nº 6.515/77 — arts. 34 a 39)

O processo da separação judicial e do divórcio é disciplinado pela Lei nº 6.515/77, da seguinte forma:

“Art. 34 — A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil e as demais pelo procedimento ordinário.

§ 1º — A petição será também assinada pelos advogados das partes ou pelo advogado escolhido de comum acordo.

§ 2º — O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a conversão não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

§ 3º — Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles.

§ 4º — As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão obrigatoriamente reconhecidas por tabelião.

Art. 35 — A conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges.

Parágrafo único — O pedido será apensado aos autos da separação judicial (art. 48).

Art. 36 — Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção.

Parágrafo único — A contestação só pode fundar-se em:

I. falta de decurso do prazo de 3 (três) anos de separação judicial;

II. descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

Art. 37 — O juiz conhecerá diretamente do pedido quando não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, e proferirá sentença dentro de dez dias.

Art. 38 — O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez.

Art. 39 — No Capítulo III do Título II do Livro IV do Código de Processo Civil, as expressões “desquite por mútuo consentimento”, “desquite” e “desquite litigioso”, são substituídas por “separação consensual” e “separação judicial.”

Há duas alterações introduzidas pelo art. 226, § 6º da Constituição de 1988, regulamentadas pela Lei n° 7.841/89, neste Título da Lei n° 6.515/77.

A primeira delas concerne ao disposto no inciso I do parágrafo único do art. 36 já implicitamente revogado pelo referido dispositivo constitucional em combinação com o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que diz:

“Art. 2º — ..

§ 1º — A Lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Ora, o art. 226, § 6º da Carta Magna estipula em um ano o prazo para conversão da separação judicial em divórcio.

Regulando de forma diferente a Lei n° 6.515/77, no inciso I do parágrafo único do art. 36, o prazo da conversão da separação judicial em divórcio, de forma a obedecer a Constituição de 1969, teve aquele inciso derogado

pelo art. 226, § 6º da nova Lei Maior que estabelece apenas um ano de prazo para conversão da separação em divórcio.

Entretanto, o art. 2º da Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, dá nova redação ao referido inciso I do parágrafo único do art. 36 da Lei Divorcionista assim disciplinado:

“Lei nº 7.841/89:

Art. 2º — O inciso I do parágrafo único do art. 36 e o *caput* do art. 40 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 36 — ...

Parágrafo único — ...

I — falta de decurso de 1 (um) ano de separação judicial;”

Como se vê o art. 2º da Lei nº 7.841/89 dando nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 6.515/77, adequando-o ao texto constitucional vigente, art. 226, § 6º, pôs ponto final na discussão.

A segunda modificação introduzida no Capítulo III da Lei nº 6.515/77 em estudo refere-se ao art. 38 da Lei ali inserto.

Semelhantemente ao ocorrido com o dispositivo anteriormente estudado, o art. 38 em questão que dispunha de forma incompatível com o art. 226, § 6º da nova Constituição, ambos já transcritos, quando limitava em uma só vez, em qualquer caso, a possibilidade de se pedir o divórcio, já estava sem eficácia em face do mandamento constitucional, segundo o art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando foi expressamente revogado pelo art. 3º da Lei nº 7.841/89 que assim determina:

“Lei nº 7.841/89:

Art. 3º — Ficam revogados o art. 38 e o § 1º do art. 40 da Lei nº 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977.”

Aliás, era corrente o entendimento de que, mesmo na vigência da Constituição ab-rogada, era o art. 38 da Lei nº 6.515/77 inconstitucional.

Sobre isso fala o professor e magistrado mineiro ANTONIO JOSÉ DE SOUSA LAVENHAGEN em seu livro *Do Casamento ao Divórcio* — Editora Atlas S.A., São Paulo — 6ª edição, 1981, pp. 179/180:

“Esse dispositivo não constava do projeto originário do Senado, tendo sido incluído no substitutivo da Câmara dos Deputados.

Foi uma das poucas emendas dessa Casa Legislativa que lograram aprovação na votação final da Câmara Alta. Renhidos e acalorados debates marcaram a discussão da emenda, que, afinal, foi dada como aprovada, graças a uma apuração que deixou dúvidas, face ao tumulto estabelecido em plenário e que não permitiu, com clareza, constatar-se quem votara a favor e quem votara contra. Malgrado os pro-

testos levantados, o dispositivo foi considerado aprovado, mas o inconformismo perdurou, tendo sido aventada a possibilidade de interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal, caso o Sr. Presidente da República não usasse seu direito de veto. O argumento invocado contra sua inserção no texto aprovado pelo Senado é a sua inconstitucionalidade, porquanto a Emenda Constitucional nº 9, ao estabelecer que o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, criou apenas essa restrição, ou seja, a dissolução do casamento somente poderá se dar com base nos casos expressamente previstos na lei ordinária. Não ficou estabelecido, portanto, quantas vezes a dissolução poderia ocorrer. Logo, quantas vezes se manifestassem os casos previstos em lei, a dissolução seria permitida. Nas discussões verificadas durante a votação da emenda e após a sua aprovação, algumas hipóteses foram lembradas que demonstravam a inconveniência e a inviabilidade da restrição feita, como o caso de um casamento de uma pessoa solteira e uma já divorciada. Surgindo motivo legal para o novo divórcio, só unilateralmente o casamento poderia ser dissolvido, porque da parte do cônjuge já divorciado havia proibição legal. E como ficaria, então, a situação do casal? Meio casado e meio divorciado?! Somos dos que reconhecem a inconstitucionalidade apontada. A Emenda Constitucional nº 9 estabelecia, apenas, que o casamento poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, aí, sim, ampliadas estariam as finalidades da lei ordinária para restringir o número de vezes da dissolução.”

O art. 3º da Lei nº 7.841/89 vem, portanto, dirimir qualquer dúvida a respeito da revogação do art. 38 da Lei nº 6.515/77 que poderia subsistir na interpretação daquele dispositivo pelos antivorcistas.

*2.9 — Das disposições finais e transitórias
(Capítulo IV da Lei nº 6.515/77 — arts. 40 a 54)*

Textua a Lei nº 6.515/77 em suas disposições finais e transitórias:

“Art. 40 — No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completadas 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo e a sua causa.

§ 1º — O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos.

§ 2º — No divórcio consensual, o procedimento adotado será o previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas:

I — A petição conterà a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II — A petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará para o cumprimento da obrigação assumida;

III — Se houver prova testemunhal, ela será traduzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, a qual será obrigatoriamente realizada;

IV — A partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

§ 3º — Nos demais casos adotar-se-á o procedimento ordinário.

Art. 41 — As causas de desquite em curso na data da vigência desta lei, tanto as que se processam pelo procedimento especial quanto as de procedimento ordinário, passam automaticamente a visar a separação judicial.

Art. 42 — As sentenças já proferidas em causas de desquites são equiparadas, para os efeitos desta lei, às de separação judicial.

Art. 43 — Se, na sentença do desquite, não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens, ou quando não tenha sido feita posteriormente, a decretação da conversão disporá sobre ela.

Art. 44 — Contar-se-á o prazo de separação judicial a partir da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, mesmo nos de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges.

Art. 45 — Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial dos bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único n.º II, do Código Civil.

Art. 46 — Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação.

Parágrafo único — A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens.

Art. 47 — Se os autos do desquite ou da separação judicial tiverem sido extraviados ou se encontrarem em outra circunscrição judiciária, o pedido de conversão em divórcio será instruído com a certidão da sentença, ou da sua averbação no assento de casamento.

Art. 48 — Aplica-se o disposto no artigo anterior, quando a mulher desquitada tiver domicílio diverso daquele em que se julgou o desquite.

Art. 49 — Os parágrafos 5º e 6º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º — ...

§ 5º — O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.

§ 6º — O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma do seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.”

Art. 50 — São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes:

1) “Art. 12 — ...

I — Os nascimentos, casamentos, separações judiciais, divórcios e óbitos”.

2) “Art. 180 — ...

V — Certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro da sentença de divórcio”.

3) “Art. 186 — Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou ter sido o casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos”.

4) “Art. 195 — ...

VII — O regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o de comunhão parcial, ou o legal estabelecido no Título III deste livro, para outros casamentos”.

5) “Art. 240 — A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Parágrafo único — A mulher poderá crescer aos seus os apelidos do marido”.

6) "Art. 248 — ...

VIII — Propor a separação judicial e o divórcio".

7) "Art. 267 — ...

III — Pela separação judicial;

IV — Pelo divórcio".

9) "Art. 1.611 — À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal."

Art. 51 — A Lei n° 883, de 21 de outubro de 1949, passa a vigorar com as seguintes redações:

1) "Art. 1° — ...

Parágrafo único — Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável".

2) "Art. 2° — Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições".

3) "Art. 4° — ... Parágrafo único — Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação".

4) "Art. 9° — O filho havido fora do casamento e reconhecido pode ser privado da herança nos casos do art. 1.744 do Código Civil".

Art. 52 — O n° I do art. 100, o n° II do art. 155 e o § 2° do art. 733 do Código de Processo Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 100 — ...

I — Da residência da mulher, para a ação de separação judicial dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação do casamento;"

"Art. 155 — ...

II — Que dizcm respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda dos menores".

"Art. 733 — ...

§ 2° — O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas".

Art. 53 — A presente Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 54 — Revogam-se os arts. 315 a 328 e o parágrafo 1° do art. 1.605 do Código Civil e as demais disposições em contrário."

Neste Capítulo da Lei em análise começam as alterações pelo art. 40, que teve sua redação alterada pelo art. 2º da Lei nº 7.841/89 para que se pudesse adequar ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal.

O art. 2º da Lei nº 7.841/89 assim disciplina:

“Art. 2º — O inciso I do parágrafo único do art. 36 e o *caput* do art. 40 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 36 — ...

Parágrafo único — ...

I — Falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial;

Art. 40 — No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação.”

Sobre a matéria comenta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Direito de Família*, 2º volume, Editora Saraiva — São Paulo — SP, 2ª edição, atualizada — 1990, p. 200:

“Do divórcio direto não precedido de separação judicial — Relativamente ao divórcio direto, a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, introduziu importantes modificações. Efetivamente, o art. 40 passou a vigorar com a redação seguinte: *No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação.* Como se vê, importantes foram as inovações na lei anterior. Primeiramente foi reduzido o prazo da separação de fato de cinco para dois anos apenas, como previra a Constituição de 5 de outubro de 1988, art. 226, parágrafo 6º. Em segundo lugar, o legislador não mais se preocupa com a ocasião em que ocorreu a separação. Iniciada antes ou depois de 28 de junho 1977, com o decurso do prazo, caberá a ação de divórcio direto. Em terceiro lugar, finalmente, deixa de interessar a causa da separação, cuja prova o autor, ou a autora, obrigado estava anteriormente a produzir.”

O divórcio com base no art. 40 da Lei nº 6.515/77 com a nova redação que lhe deu o art. 2º da Lei nº 7.841/89 tanto pode ser litigioso como consensual.

Sendo consensual o pedido, deve ele obedecer os requisitos e formas previstos no § 2º do art. 40 da Lei nº 6.515/77 transcrito, provando-se apenas o lapso de tempo de dois anos de separação fática.

Importância maior tem o comentário sobre o pedido litigioso, isto é, feito por um só dos cônjuges.

Como se vê na lição do professor Washington de Barros Monteiro acima, não há mais o que se falar na culpabilidade dos cônjuges ou qualquer outra causa para o pedido que não a separação fática por dois anos consecutivos.

Assim, o cônjuge que pretender imputar ao outro qualquer causa da separação terá que percorrer primeiro as vias ordinárias do processo de separação judicial (art. 5º *caput*, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 6.515/77).

O cônjuge requerente ficará com a deliberação de assistir ao outro, art. 26 da Lei nº 6.515/77 já transcrito, sendo essa assistência a prevista no art. 231, III, do Código Civil.

Com relação a alimentos poderá haver cumulação de pedidos desde que observado o rito ordinário conforme permissivo constante do art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil*.

A sentença de divórcio decidirá partilha ou a homologará, na conformidade dos arts. 7º, parágrafo 2º, e 40, parágrafo 2º, IV, da Lei nº 6.515/77, já transcritos.

Finalmente, com relação à guarda dos filhos aplicar-se-á, a princípio, o disposto no art. 11 da Lei nº 6.515/77 já transcrito, devendo os menores permanecer na companhia do cônjuge com quem estavam à época da separação, se outra melhor forma para os infantes não for decidida pelo juiz.

A segunda alteração refere-se ao § 1º do art. 40 da estudada Lei nº 6.515/77 que foi explicitamente revogado pelo art. 3º da Lei nº 7.841/89 com base no art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, todos já transcritos.

Com revogação desse dispositivo, como se observa dos comentários anteriores, não há mais o que se falar em apuração de causas da separação fática para concessão do divórcio que será decretado apenas com a prova do decurso de dois anos da separação.

A operação seguinte diz respeito à modificação introduzida pelo art. 49 da Lei nº 6.515/77 no parágrafo 6º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, acima transcritos.

Alterando aquele parágrafo determinava a redação dada pela Lei nº 6.515/77 que só seria reconhecido no Brasil o divórcio envolvendo um ou ambos os cônjuges brasileiros, após três anos da data da sentença, salvo se houvesse separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação teria efeito imediato.

Parece-nos que a intenção do legislador de 1977 era a de fazer respeitar pelos brasileiros que se divorciavam no exterior o prazo da lei brasileira, três anos, para homologação do divórcio, art. 25 da Lei nº 6.515/77.

Com a modificação constitucional reduzindo o prazo de conversão para um ano e de divórcio direto para dois anos, art. 226, § 6º, da Constituição Federal, aqueles prazos também devem ser reduzidos para um ano, utilizando-se um critério analógico para aplicação da lei.

A quarta alteração se verifica nas modificações introduzidas pelo art. 50 da Lei nº 6.515/77 no Código Civil.

* "Código de Processo Civil:

Art. 292. ...

§ 2º — Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário."

Das modificações introduzidas no Código Civil a primeira delas se dá onde determinou a Lei nº 6.515/77 a modificação da redação do art. 186 daquele Código que trata da autorização dos pais para que o filho menor de vinte e um anos contraia casamento, determinando prevalecer a vontade paterna quando houver discórdia entre os cônjuges com relação a essa permissão estando em vigor a sociedade conjugal.

Ora, por força do disposto no art. 226, § 5º, da Constituição que estabelece a isonomia dos cônjuges com relação aos direitos e deveres na sociedade conjugal, havendo discordância e não sendo esta dirimida no recesso do lar, só a intervenção judicial, suprimento de vontade paterna ou materna, poderá resolver legalmente a questão com o juiz decidindo da forma que lhe parecer mais interessante para os interesses do menor.

A alteração seguinte, art. 240 e seu parágrafo único do Código Civil, já comentamos; entendemos que o dispositivo está indiretamente revogado pelo art. 226; § 5º, da Constituição porque não se pode dar privilégio à mulher como não se pode dá-lo ao homem.

A quinta alteração é produzida pelo art. 51 e ocorre na Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 883/49 com a nova redação que lhe deu o art. 51 da Lei nº 6.515/77 permitia a qualquer dos cônjuges reconhecer o filho havido fora do casamento desde que fosse em testamento cerrado.

A Constituição de 1988, em seu art. 227, § 6º, proibiu qualquer discriminação à filiação de qualquer espécie assim dispendo:

“Art. 227 — ...

§ 6º — Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Consolidando esse dispositivo a Lei nº 7.841/89 disciplina:

“Art. 1º — Fica revogado o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 — Código Civil.”

Não, há, portanto, nenhuma barreira para o reconhecimento dos filhos qualquer que seja a origem, estando, pois, despicendo o o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 883/49.

A sexta alteração é feita no art. 52 quando modifica a redação do inciso I do art. 100 do Código de Processo Civil.

Modificando a redação daquele dispositivo processual criou a Lei nº 6.515/77 um privilégio de foro para a mulher com relação ao ajuizamento das ações de separação judicial e conversão desta em divórcio e para a anulação do casamento.

As posições em relação ao entendimento de que está o inciso revogado, ou não, são divergentes.

Aqueles que advogam a não revogação alegam que ao se referir a Constituição aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal prende-se exclusi-

vamente aos mencionados no art. 231, I a IV, do Código Civil, ou seja fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos, referente a deveres, e os direitos previstos nos arts. 233 a 235 do Código Civil.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (ob. cit., p. 222), opinando pela preservação do privilégio, afirma:

"Ajunte-se que a mulher tem foro privilegiado para a ação de separação do cônjuge e conversão desta em divórcio (Cód. Proc. Civil, art. 100, modificado pelo art. 52 da Lei nº 6.515/77), correndo em segredo de justiça tais procedimentos: (Cód. Proc. Civil, art. 155, nº II)."

Comenta sobre o assunto o Professor JOSÉ DE FARIAS TAVARES (ob. cit., pp. 22/23):

"Por outro fundamento não pode subsistir o foro privilegiado da mulher:

CPC — "Art. 100 — é competente o foro:

I — Da residência da mulher para a adoção e separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio e para a anulação do casamento."

Com a abolição desse privilégio em face da isonomia constitucional proclamada no art. 5º, I, e 226, § 5º, da Constituição de 1988, caiu em revogação o art. 48 da Lei 6.515/77, a chamada *Lei do Divórcio*.

Incompatível a abstrusa regra, com a isonomia expressa e específica que a Constituição instaura, categoricamente:

CF, art. 5º ...

"I — Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

Especificando sobre a igualdade no direito matrimonial:

CF, art. 226 — ...

(...)

"§ 5º — Os direitos e os deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

Caiu, assim, em evidente revogação o preconceituoso inciso I do art. 100 do Código de Processo Civil, injustificável privilégio feminino de que tanto se tem abusado."

Comungamos inteiramente com o Mestre orientador deste trabalho por entender que não pode o princípio isonômico constitucionalmente imposto restringir-se apenas aos direitos e deveres do homem e da mulher durante a sociedade conjugal vigente, não se estendendo a isonomia com relação à extinção daquela sociedade.

Estão assim explicadas as modificações impostas pela Constituição de 1988 à Lei nº 6.515/77.

3. Conclusão

Durante os regimes colonial e imperial era o Direito Canônico que regulava o matrimônio no Brasil.

Sob aquele sistema normativo religioso da Igreja Católica Apostólica Romana, o instituto do casamento não pôde assumir sua forma jurídica contratual no campo civil, plenamente impregnado pela concepção sacramental que sobre ele mantinha, como de resto mantém, a Igreja oficial advinda das resoluções do Concílio de Trento.

Com a República, separou-se a Igreja do Estado.

O casamento passou a ter caráter civil mas não se divorciou das idéias sacramentais que habitam o espírito brasileiro, mantendo-se-lhe a indissolubilidade que o distanciou das posições modernas de contrato de direito de família que o é.

Com o advento da Lei nº 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977, foi introduzido entre nós o divórcio, ainda assim, de maneira tímida, intermediado pelo instituto da prévia separação judicial, nova nomenclatura dada ao desquite, também inspirado nas leis católicas que já permitiam a separação de corpos dos cônjuges sem a dissolução do vínculo matrimonial.

Uma forma de aplacar a situação dos casais que não mais se suportavam sem ferir os dogmas religiosos.

Permitiu aquela lei entretanto, numa absurda disposição de direito intertemporal, sem a menor explicação plausível, que se divorciassem os casais que estivessem em separação de fato anterior a 28 de junho de 1977, desde que completados mais de cinco anos dessa separação.

As transformações sócio-cultural e econômicas ocorridas no Brasil e no mundo exigiam mudanças profundas no Direito de Família, principalmente quanto à questão da indissolubilidade do casamento.

A mulher emancipou-se, saiu do recesso do lar e dos brilhos dos salões, livrou-se das tutelas paternal e marital, ganhou as ruas, as praças, invadiu as escolas e as universidades, conquistou mercados de trabalho dos mais diversos e mostrou que nada tem de diferente do homem, a não ser a incomensurável dádiva divina de ser mulher.

Essas transformações afetaram de forma irreversível as relações homem/mulher no casamento.

Urgia a necessidade de um disciplinamento legal que tratasse, em pé de igualdade, os cônjuges.

Esses fatores influenciaram nosso legislador constituinte de 1988.

Foi instituída naquela *Lex Mater* a isonomia sexual, confirmada com relação aos direitos e deveres dos cônjuges na sociedade conjugal.

Num único dispositivo, o § 6º do art. 226, a Constituição Brasileira de 1988 operou grandes mudanças na *Lei do Divórcio*, como se viu na análise feita neste modesto trabalho.

Reduzindo os prazos para a conversão da separação judicial em divórcio e para a obtenção deste, livremente, pelo decurso de tempo de separação fática, eliminando o inexplicável marco para contagem do *dies a quo* de separação imposto pelo legislador de 1977, possivelmente pressionado pelo *Lobbie* da Igreja Católica, principal sede antidivorcista no país, deu a Constituição de 1988 um grande passo para a conquista de uma legislação que proteja a família sem que se obrigue as pessoas a continuarem a existência com quem não mais amam. Sem amor não há casal feliz, e a felicidade é, segundo a própria Igreja Católica, o projeto de Deus para o homem.

Manteve, entretanto, o legislador constitucional a separação judicial, antigo desquite, mudando, injustificavelmente, apenas o nome do instituto, como só poderia acontecer nas coisas brasileiras.

Tal atitude legislativa deve ser entendida como uma forma de oportunidade que se dá aos cônjuges de, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, poderem, reconhecendo o erro, se houver, a ela retornar, facilitando-lhes, inclusive, a reconstituição.

Na realidade o instituto não demonstrou essa eficácia.

A grande maioria dos casais que se separam não retornam à sociedade conjugal, divorciam-se ou partem para uniões fáticas, em grande parte, antes mesmo da obtenção do divórcio.

Tal obstáculo ao divórcio, aliado à ignorância do nosso povo, à pobreza e à falta de meios do Poder Público para uma prestação jurisdicional rápida e barata, leva à formação de entidades familiares de não-casados.

Tanto assim é que a mesma Constituição reconheceu em seu art. 226, § 3º, para efeito de proteção do Estado, como família, a união estável entre um homem e uma mulher.

A indissolubilidade do casamento, lançada na Constituição de 1946, através de emenda de autoria do Deputado e Clérigo ARRUDA CÂMARA, radical antidivorcista e jurista emérito, continuada pelos textos constitucionais até 1977, deu fórum constitucional a essa discussão dificultando-a em nível legislativo de solução.

Para mudar a Lei do Divórcio era preciso emendar a Constituição, o que não é fácil.

Entretanto, ao que se verificou da tímida análise, feita neste exercício, das modificações introduzidas pela Constituição na *Lei do Divórcio*, o instituto da separação judicial se torna cada vez mais despiciendo no Direito de Família pátrio.

Que se deixe o futuro se fazer presente em nosso Direito de Família.

É contra os princípios democráticos a tutela estatal dos interesses e relações humanas a não ser para discipliná-las na forma.

Se se quer a estabilidade da família que se propicie melhor educação, saúde, lazer, possibilidade de trabalhos, fatores existenciais que influenciam sobremaneira na preservação de um lar, e não na imposição esdrúxula de uma indissolubilidade do que na realidade é dissolúvel. Imperativo de lei ou decisão judicial alguma obrigará alguém a viver feliz ao lado de quem não mais ama.

O divórcio direto com base nas mesmas causas previstas nos arts. 4º e 5º, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei nº 6.515/77 é a solução que se afigura como mais adequada à realidade e anseios do povo brasileiro.

4. *Bibliografia*

- BEVILÁQUA, Clovis — *Direito de Família*. Ed. Histórica Ed. Rio, Rio, 1976.
- CALDAS, Gilberto — *Separação e Divórcio*. 2ª edição. Ed. Livraria e Editora Universitaria de Direito Ltda. São Paulo, 1983.
- CAMPOS, Antônio Macedo de — *Teoria e Prática do Divórcio*. 2ª edição ampliada e atualizada. Ed. Jalovi Ltda. Bauru, SP, 1984.
- DANTAS, San Tiago — *Direito de Família e das Sucessões*. 2ª edição. Forense, Rio, 1991, revista e atualizada por José Gomes Beserra Câmara e Jair Barros.
- LEVENHAGEN, Antonio José de Sousa — *Do Casamento ao Divórcio*. 5ª edição. Ed. Atlas, São Paulo, 1987.
- MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de Direito Civil — Direito de Família*. 28ª edição Saraiva, São Paulo, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva — *Instituições de Direito Civil — Direito de Família*. 1ª edição. Ed. Forense, São Paulo, 1972.
- RODRIGUES, Sílvio — *Direito Civil — Direito de Família*. 16ª edição, atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.
- TAVARES, José de Farias — *O Código Civil e a Nova Constituição*. 1ª edição. Ed. Forense, Rio, 1990.
- VEIGA, Manoel Messias — *Do Divórcio e sua Prática*. Forense 2ª edição revista e aumentada, Ed. Forense, Rio, 1983.
- WALD, Arnaldo — *Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito de Família*. 8ª edição revista, ampliada e atualizada com a colaboração do Prof. Luiz Murilo Fábregas de acordo com a Constituição de 1988 e mais recente jurisprudência. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.

Aspectos fundamentais e práticos das sociedades anônimas

OSVALDO HAMILTON TAVARES

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor de Direito Comercial

SUMÁRIO

1. *Características, natureza e classificação das sociedades anônimas.* 2. *Capital social e valores mobiliários da S.A.* 3. *Constituição da sociedade anônima.* 4. *Modificações estruturais da sociedade.* 5. *Os órgãos sociais. Estrutura administrativa da S.A.* 6. *O acionista.* 7. *Concentração econômica das empresas.*

1. *Características, natureza e classificação das sociedades anônimas*

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, inspirou-se no *Model Business Corporation Act*, de 1946, reformulada em 1969, no direito norte-americano.

A sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Pode ser objeto da companhia (ou sociedade anônima) qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Assim, a Academia Brasileira de Letras, que não tem fim lucrativo, não pode ser objeto de uma sociedade anônima.

Qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio. Assim, a sociedade anônima tem natureza mercantil: a sociedade anônima, qualquer que seja seu objeto, comercial ou civil, será sempre mercantil. Portanto, a mercantilidade é intrínseca, é da própria essência estrutural da sociedade anônima. Mesmo que uma empresa explore atos civis (agricultura, compra de imóveis para revenda, atividades agropecuárias, exploração de uma fazenda, de uma granja), ela será sempre comercial. Incorrerá em falência e poderá impetrar concordata. Exemplo: a Fazenda Aurora S.A. (no norte do Paraná) e a extinta Clineu Rocha S.A.

Também o Projeto Jari, Florestal e Agroindustrial S.A., que fica no Estado do Pará e tinha como acionista controlador o estrangeiro Ludwig.

O estatuto social (*by-laws*) definirá o objeto de modo preciso e completo. Configura exercício abusivo de poder o ato de o acionista controlador orientar a companhia para fim estranho ao objeto social (ato *ultra vires*). Exemplo: a Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira tem por objeto: fabricação de aço, laminados e trefilados, importação e exportação de produtos siderúrgicos. O Mappin tem por objetivo: comércio de roupas, calçados, perfumaria, tecido, objetos de uso doméstico, louças, ferragens etc.

A sociedade anônima será designada por denominação acompanhada das expressões "companhia" ou "sociedade anônima", por extenso ou abreviadamente: Cia. Vale do Rio Doce, Banco Bradesco S.A., Cargil Agrícola S.A., Banco do Brasil S.A. Mas é vedada a utilização da expressão "companhia" ao final da denominação: Cia. Vale do Rio Doce, Cia. Siderúrgica Nacional, Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira. O nome do fundador ou acionista poderá figurar na denominação: Banco Safra S.A. (Moise Safra é o acionista controlador), S.A. Ind. Reunidas F. Matarazzo, Aços Villares S.A., Banco Moreira Salles S.A., Camargo Correa S.A., Construtora Adolpho Lindenberg.

Para os fins da Lei nº 6.404, a companhia é aberta (*open company*) ou fechada (*closed company*), conforme os valores mobiliários de sua emissão (ações, partes beneficiárias, debêntures e bônus de subscrição) estejam ou não admitidos à negociação em bolsa de valores ou no mercado de balcão (*over-the-counter market*). São grandes companhias abertas: Banco do Brasil S.A., Petrobrás, Belgo-Mineira, Cesp, Vale do Rio Doce, Souza Cruz, Bradesco, Pirelli, Brahma, Alpargatas, Mannesmann, Anderson Clayton e Metal Leve. Exemplo de companhia fechada: Kibon S.A. A Kibon era uma companhia aberta. Entretanto, sua acionista controladora, a General Foods Corporation, de Delaware, Estados Unidos, resolveu, em 1978, fechar seu capital.

Somente os valores mobiliários de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser distribuídos no mercado e negociados em bolsa ou no mercado de balcão. A Lei nº 6.385, de 7-12-76, criou a Comissão de Valores Mobiliários — CVM. Esta é uma entidade autárquica, que serve como segmento administrativo da lei das sociedades por ações. A CVM está vinculada ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento e administrada por um presidente e quatro diretores, nomeados pelo Presidente da República, dentre pessoas de reconhecida competência em matéria de mercado de capitais. Roberto Teixeira da Costa foi o primeiro presidente da CVM. Também foram presidentes da CVM Arnaldo Wald, Martin Wimmer, Ariovaldo Mattos e outros. Compete à CVM: a) regulamentar as matérias previstas na lei de sociedade por ações (competência normativa) e b) fiscalizar as companhias abertas, dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixam de pagar o dividendo mínimo obrigatório. A CVM terá jurisdição em todo o território nacional e poderá apurar, mediante inquérito adminis-

trativo, atos ilegais de administradores e acionistas de companhias abertas. Quando o inquérito concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a CVM oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal. Esses crimes podem ser os previstos no artigo 177 do Código Penal (fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações).

O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária. É o caso da sociedade de capital autorizado, de que são exemplos a Fiat S.A., a Eletropaulo e a Telebrás. Nesta espécie de sociedade anônima, o capital social é aprovado pela assembléia geral como meta futura a ser atingida. Conforme salienta Rubens Requião, a grande vantagem da sociedade anônima de capital autorizado é permitir que a sociedade obtenha autofinanciamento de seu capital de giro, de conformidade com suas necessidades financeiras, com a venda de suas ações sem maiores obstáculos ou formalismo. A sociedade de capital autorizado (*authorized capital company*) foi transposta para o nosso direito da experiência norte-americana, que deu enorme estímulo às operações bolsistas, dinamizando ainda mais o seu poderoso mercado de capitais.

As sociedades de economia mista estão sujeitas à Lei nº 6.404, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal. As companhias abertas de economia mista (Petrobrás, Vale do Rio Doce, Banco do Brasil S.A., Cesp, Cia. Siderúrgica Nacional) estão também sujeitas às normas expedidas pela CVM. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa: lei de 1961 criou as Centrais Elétricas Brasileiras — Eletrobrás; lei de 1953 autorizou a constituição da Petrobrás; decreto de 1941 autorizou a constituição da Cia. Siderúrgica Nacional. São sociedades de economia mista no Brasil: Cia. Siderúrgica Nacional, de Volta Redonda; Cia. Vale do Rio Doce (cujo objeto social é a exploração das jazidas de ferro de Itabira e o transporte do minério para o porto de Tubarão, Espírito Santo); Cesp (empresa de produção energética); Ceagesp (que representa a implantação de infra-estrutura de estocagem de produção); Banco do Brasil S.A. cujas ações são *blue-chip*, banco governamental e que atua como agente financeiro do Tesouro Nacional. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações. Várias empresas de estradas de ferro, já deficitárias, foram reunidas, em 1957, na Rede Ferroviária Federal S.A., que apresenta um ingente déficit de 4,7 bilhões de dólares. Assim, o Governo Federal, que é o acionista controlador da RFF, responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.

2. *Capital social e valores mobiliários da S.A.*

O estatuto social fixará o valor do capital social, expresso em moeda nacional. O capital poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. Assim, na formação do capital social da Agropecuária S.A., a Cia. Siderúrgica Belgo-

Mineira participou com treze hectares de terras. A avaliação dos bens será feita por três peritos ou por empresa especializada. Em se tratando de bens imóveis, existe em São Paulo uma empresa especializada, que é a Câmara de Valores Imobiliários.

São valores mobiliários de emissão da sociedade anônima as ações as debêntures, as partes beneficiárias e os bônus de subscrição.

Quanto à determinação do valor, as ações se classificam em ações com valor nominal (*shares with par value*) e ação sem valor nominal (*share without par value*). Todas as ações do Banco do Brasil S.A. são ações sem valor nominal. O preço de emissão das ações sem valor nominal será fixado, na constituição da companhia, pelos fundadores, e no aumento de capital, pela assembléia geral ou pelo conselho de administração. Quanto aos direitos e vantagens que conferem a seu titular, as ações podem ser ordinárias, preferenciais e de fruição. Ações ordinárias são as que conferem aos seus titulares os direitos essenciais que a lei outorga ao acionista, inclusive o direito de voto. São direitos essenciais do acionista: participar dos lucros sociais; participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; fiscalizar a gestão dos negócios sociais; preferência para a subscrição de ações; retirar-se da sociedade nos casos previstos na Lei nº 6.404. A cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembléia geral. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir em: prioridade na distribuição de dividendos; prioridade no reembolso do capital e na acumulação das vantagens acima enumeradas. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais o direito de voto. O número de ações preferenciais sem direito a voto não pode ultrapassar dois terços do total das ações emitidas. Somente os titulares de ações nominativas e escriturais poderão exercer o direito de voto. Quanto à forma, as ações se classificavam em nominativas, endossáveis e ao portador. O Plano Collor I (Medida Provisória nº 165, de 15 de março de 1990), convertida em lei, deu nova redação ao artigo 20 da Lei nº 6.404: "As ações devem ser nominativas". Assim, foram revogados os artigos 32 (que trata das ações endossáveis) e 33 (que cuida das ações ao portador) da Lei nº 6.404. O estatuto da companhia pode autorizar que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes delas, sejam mantidas em contas de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados. Estas são as ações escriturais, que vieram do direito norte-americano, onde têm o nome de *book shares*. No Brasil, várias sociedades anônimas já adotaram as ações escriturais. Entre outras, Banco Itaú S.A., Lojas Americanas S.A., Mesbla S.A., Orniex S.A., Antartica do Nordeste, Metalúrgica Abramo Eberle e Companhia Antartica Paulista. As ações escriturais das Lojas Americanas S.A. são mantidas em contas de depósito no Banco Bradesco S.A. Somente as instituições financeiras autorizadas pela CVM podem manter serviços de ações escriturais. As bolsas de valores também podem manter serviços de ações escriturais. As ações escriturais, segundo os autores do anteprojeto da Lei das Sociedades por Ações, destinam-se

a permitir a difusão da propriedade de ações, a facilidade de circulação proporcionada pela transferência mediante ordem à instituição financeira e mero registro contábil, com a eliminação do custo do certificado. As ações de fruição (*usufructuary shares*) são as que substituem as ações integralmente amortizadas (*fully amortized shares*). São raras as ações de fruição. Temos notícia que a Consul S.A. tem mil ações de fruição.

As ações ordinárias de companhia fechada e as ações preferenciais de companhia aberta e fechada poderão ser de uma ou mais classes. Assim, existem: preferenciais classe "A", com dividendos de 12% e preferenciais classes "B", com dividendos de 6%.

A Lei nº 6.404 trouxe dos Estados Unidos para o Brasil a figura do agente emissor de certificados (*certificate issuing agent*). A figura do agente emissor de certificados permite a utilização de equipamentos eletrônicos de computação, assegurando aos investidores do mercado de capitais maior rapidez na substituição de certificado. Assim, a sociedade anônima pode contratar a escrituração e a guarda dos livros de registro e transferência de ações e emissão dos certificados com instituição financeira autorizada pela CVM a manter esse serviço, que também pode ser prestado pelas bolsas de valores.

A sociedade anônima pode criar, a qualquer tempo, títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social, denominados partes beneficiárias (*founder's shares*). As partes beneficiárias conferirão aos seus titulares direito de crédito eventual contra a companhia, consistente na participação nos lucros anuais. A Villares S.A. e a Eluma S.A. já emitiram partes beneficiárias. A Almeida Braga, através de partes beneficiárias, tinha 5% dos lucros da Seguradora Bradesco. O falecido Amador Aguiar negociou a rescisão desse direito por cinco milhões de dólares.

As debêntures são títulos de crédito emitidos por sociedades anônimas, objetivando a obtenção de recursos para financiamento de capital fixo ou de giro. A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso. A debênture poderá ser conversível em ações nas condições constantes da escritura de emissão. A debênture poderá, conforme dispuser a escritura de emissão, ter garantia real (*with in rem guarantee*), ou garantia flutuante (*with a lien on non-fixed assets*), não gozar de preferência (*without preference*) ou ser subordinada aos demais credores da companhia (*subordinated*). A garantia flutuante assegura à debênture privilégio geral sobre o ativo da companhia, mas não impede a negociação dos bens que compõem esse ativo. Debêntures sem garantia são aquelas destituídas de preferência entre os credores da sociedade. As subordinadas não possuem limites para a emissão. O valor da emissão de debêntures com garantia flutuante não poderá ultrapassar 70% do valor contábil do ativo da empresa. O valor das debêntures com garantia real não poderá ultrapassar 80% dos bens gravados ou de terceiros. Qualquer emissão de debênture, de acordo com a atual legislação, deverá ser registrada junto à CVM. Os Hotéis Othon S.A. emitiram debêntures conversíveis, pelo prazo

de 5 anos, rendendo juros de 9,5% ao ano, mais correção monetária, subscritas pelo antigo Banco de Investimentos Lar Brasileiro. A debênture terá valor nominal expresso em moeda nacional. Assim, a Cia. Antarctica Paulista, na época do Plano Cruzado, lançou debêntures de 104 cruzados, com juros de 12%, colocadas no mercado pelo Banco Bradesco de Investimento. A Metalúrgica Barbará foi a primeira empresa brasileira a lançar debêntures no estrangeiro (Viking da Costa, corretora do Citicorp), lançou as debêntures de Barbará em Londres, com prazo de 10 anos).

O agente fiduciário dos debenturistas (*debentureholder's trustee*) surgiu com o advento da Lei nº 6.404/76, para a proteção eficiente dos direitos e interesses dos debenturistas, através de fiscalização permanente e atenta e prestação de informações periódicas. A nomeação do agente fiduciário somente é obrigatória nas emissões distribuídas ou admitidas no mercado de capitais. O agente fiduciário dos debenturistas será nomeado e deverá aceitar a função na escritura de emissão das debêntures. O agente fiduciário representa a comunidade dos debenturistas perante a companhia emissora.

A companhia poderá emitir, dentro do limite de aumento do capital autorizado no estatuto, títulos negociáveis, denominados bônus de subscrição (*subscription bonus*). Os bônus de subscrição, conferirão aos seus titulares, nas condições constantes do certificado, direito de subscrever ações do capital social, que será exercido mediante apresentação do título à companhia e pagamento do preço de emissão das ações.

3. Constituição da sociedade anônima

A constituição da companhia depende dos seguintes requisitos preliminares: a) subscrição, pelo menos por 2 pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; b) realização, como entrada, de 10% do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; c) depósito no Banco do Brasil S.A. da parte do capital realizado em dinheiro. A constituição da companhia por subscrição pública depende do prévio registro da emissão na CVM, e a subscrição somente poderá ser efetuada com a intermediação de instituição financeira. A instituição financeira (*underwriter*) compra os valores mobiliários da companhia emissora para revendê-los no mercado de capitais. O *underwriter* é elemento de aproximação entre a sociedade anônima que emite as ações e o público investidor. São instituições financeiras que compõem o sistema de distribuição de valores mobiliários: bancos de investimentos, sociedades corretoras e sociedades distribuidoras. O pedido de registro de emissão na CVM será instruído com estudo da viabilidade (*a study of the economic and financial feasibility*) econômica e financeira do empreendimento, projeto do estatuto social e prospecto. A CVM poderá denegar o registro por inviabilidade ou temeridade (*friskiness*) do empreendimento. Encerrada a subscrição e havendo sido subscrito todo o capital social, os fundadores convocarão a assembléia geral que deverá deliberar sobre a constituição da companhia. A constituição da companhia por subscrição

particular do capital pode fazer-se por deliberação dos subscritores em assembleia-geral ou por escritura pública. A Joelma S.A. e a extinta Cecap (Cia Estadual de Casas Populares) foram constituídas mediante escritura pública, lavrada no Tabelionato Veiga.

4. *Modificações estruturais da sociedade*

São quatro as modificações estruturais da sociedade: transformação, incorporação, fusão e cisão. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa de uma espécie para outra. Assim, se as Refinações de Milho Brasil, que é uma sociedade limitada, passarem para S.A., esta operação se chama transformação. As Indústrias Gessy-Lever Ltda., se passarem para S.A., isto será uma transformação. A Krupp do Brasil era uma S.A. e em 1977 passou para uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tendo ocorrido, portanto, uma transformação.

A incorporação surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos, onde tem o nome de *merger*. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades comerciais são absorvidas por outra. O Banco Itaú S.A. incorporou o Banco Português S.A. A Cia. Mogiana de Estradas de Ferro foi incorporada pela Fepasa — Ferrovia Paulista S.A. A Cia. Vidraria Santa Marina incorporou a Vidraria Figueiras Oliveiras.

A fusão (*consolidation*) é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades comerciais para formar sociedade nova. Assim, o Unibanco resultou da fusão de vários bancos, entre outros o Banco Moreira Salles S.A. e o Banco Agrícola Mercantil. A Cesp, empresa de produção energética, resultou da fusão de várias empresas concessionárias de energia elétrica, entre outras a Celusa, Sherp e Uselpa. A Air France, empresa multinacional de transportes aéreos, resultou da fusão de várias empresas francesas de aviação mercantil. A Montedison, empresa multinacional européia do setor químico, resultou da fusão da Montecatini e da Edison.

A cisão veio dos Estados Unidos, onde tem o nome de *split-off*. Define-se a cisão como a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida se houver versão de todo o seu patrimônio ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão. Exemplo de cisão: ficou cindida a Sociedade Caninha 51 Indústria de Bebidas Ltda., transferindo à criada 51 — Administração e Participações S/C Ltda. os seguintes elementos patrimoniais: cheques a receber e aplicações financeiras. Em decorrência da cisão, ficou reduzido o capital da Sociedade Caninha 51 de 104 milhões para 43 milhões de cruzeiros, com a extinção de 61 milhões de quotas.

5. *Os órgãos sociais. Estrutura administrativa da S.A.*

São quatro as categorias de órgãos sociais de uma sociedade anônima: assembleia geral, conselho de administração, diretora e conselho fiscal.

Compete privativamente à assembléia geral: reformar o estatuto social; tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras, por eles apresentados; autorizar a emissão de debêntures; autorizar a emissão de partes beneficiárias; deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação; autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata. Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, convocar a A.G. a Convocação far-se-á mediante anúncio publicado pela imprensa. O acionista pode ser representado na A.G., por procurador que seja acionista, administrador da companhia ou advogado. Na companhia aberta, o procurador pode ser instituição financeira: assim, na assembléia geral da Alpargatas, o acionista pode ser representado pelo Banco Crefisul de Investimentos. A assembléia geral é ordinária quando tem por objeto as matérias previstas no artigo 132, e extraordinária nos demais casos. São objeto de assembléia geral ordinária (A.G.O.): a) tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; b) deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos. Por exemplo, a A.G.O. da Confecções Guararapes aprovou dividendo de 2 cruzeiros por lote de mil ações; c) eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso; d) aprovar a correção da expressão monetária do capital social.

A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. As companhias abertas (Metal Leve, Belgo-Mineira), as de capital autorizado (Eletropaulo) e as sociedades de economia mista (Banco do Brasil S.A.) terão obrigatoriamente conselho de administração. O conselho de administração será composto, por, no mínimo, três membros, eleitos pela assembléia geral. A Eluma S.A., por exemplo, tem 12 membros do conselho de administração. O falecido Amador Aguiar foi o presidente do conselho de administração do Banco Bradesco S.A.

A diretoria será composta por dois ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembléia geral. Entretanto, pela Lei nº 4.595, de 1964, o presidente do Banco do Brasil S.A. é nomeado pelo Presidente da República. Ademais, pelo estatuto social do Banco do Brasil, o diretor da Carteira de Comércio Exterior (CACEX) é nomeado pelo Presidente da República. Os demais três vice-presidentes e nove diretores do Banco do Brasil são eleitos pelo conselho de administração desse banco governamental. Poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, residentes no país, devendo os membros do conselho de administração ser acionistas e os diretores, acionistas ou não. Rubens Requião se refere a uma *enquête* feita por uma revista francesa que demonstra que 5% dos 1.000 diretores norte-americanos são filhos de grandes acionistas. Assim, o controle da poderosa máquina económica dos Estados Unidos pertence à classe média estudioso

sa. Exemplos: McNamara (executivo da Ford Motor Company) chegou à presidência da empresa. Nomeado Secretário da Defesa por Kennedy, renunciou ao cargo para se tornar presidente do World Bank em 1968. Lee Iacoca, que já foi o executivo mais bem pago do mundo, com um milhão de dólares por mês, não é filho de grande acionista. O General MacArthur, comandante das forças aliadas no Pacífico na Segunda Guerra Mundial, foi, depois, diretor da Remington Rand.

A companhia terá um conselho fiscal, e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalada a pedido de acionistas. Na sociedade de economia mista (Banco do Brasil, Vale do Rio Doce, Comgás, etc.), o funcionamento do conselho fiscal será permanente. Na Cia. União dos Refinadores Açúcar e Café o conselho fiscal funciona de modo permanente. O conselho fiscal será composto de, no mínimo, 3 e, no máximo, 5 membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembléia geral.

6. O acionista

Entende-se por acionista controlador (*controlling shareholder*) a pessoa natural ou jurídica que: a) é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. O acionista controlador pode ser uma sociedade estrangeira. Exemplos: A Standard Oil Co, de Nova Jersey, é acionista controladora da Esso Brasileira de Petróleo; a U.S. Steel Corporation (multinacional do aço) é acionista controladora da Meridional Mineração; a Montedison é acionista controladora da Heliogás; a Arbed Acieries Reunis é acionista controlador da Belgo-Mineira.

Os acordos de acionistas (*shareholder's agreements*), sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia, quando arquivados na sua sede. Sindicacão de ações (o *voting trust* dos Estados Unidos) é o acordo no qual os acionistas pactuam votar no mesmo sentido. Célebre acordo de acionistas ocorreu entre a Cia. Vale do Rio Doce e a U.S. Steel Corporation. Na Amazônia Mineração (Projeto Carajás, a Vale do Rio Doce teria quatro diretores e a U.S. Steel Corporation três diretores. Para qualquer decisão da diretoria era necessária a aprovação de pelo menos 5 diretores. Esse acordo de acionista dava à U.S. Steel Corporation o poder de veto a qualquer decisão da diretoria da Amazônia Mineração (empresa criada para explorar a jazida de ferro da Serra de Carajás).

7. Concentração econômica das empresas

Na subsidiária integral, a companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira. É sociedade

unipessoal. Exemplo: a Rio Sul é subsidiária integral da Varig. A lei exige que o acionista único seja uma sociedade constituída segundo as leis brasileiras, objetivando com isso, vincular o acionista controlador, e, conseqüentemente, seus administradores. A subsidiária integral surgiu pela primeira vez no mundo no Principado de Liechtenstein e depois foi para os Estados Unidos, onde tomou o nome de *wholly owned subsidiary*. Dos Estados Unidos, veio para o Brasil.

São coligadas as sociedades quando uma participa com 10% ou mais do capital da outra, sem controlá-la. Considera-se controlada a sociedade da qual a controladora diretamente é titular de direitos de sócios que lhe assegure, de modo permanente, preponderância nas deliberações da A.G. e o poder de eleger a maioria dos administradores.

As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento. A Lei nº 6.404 apenas convalidou o que já vinha ocorrendo na prática, na execução de obras públicas (Ponte Rio — Niterói, Metrô de São Paulo etc.). A Itaipu Binacional assinou contrato para execução, por empreitada, das obras iniciais da usina hidrelétrica de Itaipu (escavação do canal de desvio do Rio Paraná, o sétimo rio do mundo, que desagua no Atlântico com o nome de Rio da Prata e onde se encontrava o famoso Salto das Sete Quedas, junto à fronteira do Paraguai) com um consórcio integrado por cinco empresas brasileiras (entre elas, a Cetenco, Camargo Correa, Construtora Mendes Jr., Andrade Gutierrez) e seis paraguaias. O segundo contrato teve por objeto as obras civis da barragem de concreto da usina hidrelétrica e término das obras.

A Lei nº 6.404 trata, na área de concentração de empresas, dos grupos de sociedades. Os grupos societários são conhecidos na Alemanha como *Konzerns*, nos países anglo-saxônicos como *trusts*, e no Japão, como *zaibatsu* (Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo, Yasuda). Os *zaibatus* trabalham com aviões, veículos, estaleiros, construção de barragens, produtos químicos, bancos, seguros, aço, aparelhos elétricos etc. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. A sociedade de comando deve ser brasileira. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual poderá conter a designação do grupo; a indicação da sociedade de comando do grupo e das filiadas etc. Exemplo: o Grupo Financeiro Francês e Brasileiro, associado ao Crédit Lyonnais, tendo como sociedade de comando o Banco Francês e Brasileiro e as filiadas; o Grupo Gessy-Lever, que adquiriu o controle acionário de Anderson Clayton, em abril de 1986; o antigo Grupo Brascan, que controlava, na área financeira, o extinto Banco Brascan de Investimentos e, no setor de alimentos e bebidas, a Swift-Armour, Skol, Caracu. O Grupo

Cobrasma, no parque industrial de Osasco, com a Cobrasma e a Furnas como filiações; o Grupo Eletrobrás, abrangendo a Cemig, Cesp, Furnas etc.

A oferta pública para aquisição de controle de companhia aberta somente poderá ser feita com a participação de instituição financeira que garanta o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante. Em abril de 1986, a Gessy-Lever Ltda. adquiriu o controle acionário de Anderson Clayton; o conglomerado Unibanco adquiriu o controle acionário do Banco Mineiro; a Mannesman adquiriu o controle de Demag do Brasil S. A. A aquisição de controle mediante oferta pública é o *take-over-bid* do direito norte-americano. O instrumento de oferta de compra, firmado pelo ofertante e pela instituição financeira que garante o pagamento, será publicado na imprensa. A oferta será comunicada à CVM dentro de 24 horas da primeira publicação. Até a publicação da oferta, o ofertante, a instituição financeira intermediária e a CVM devem manter sigilo sobre a oferta projetada, respondendo o infrator pelos danos que causar. A existência de oferta pública em curso não impede oferta concorrente. A CVM poderá expedir normas que disciplinem a negociação das ações objeto da oferta durante o seu prazo.

Finalmente, impende considerar que a alienação do controle da companhia aberta dependerá de prévia autorização da CVM. Esta deve zelar para que seja assegurado tratamento igualitário aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para aquisição de ações. Compete ao Conselho Monetário Nacional estabelecer normas a serem observadas na oferta pública relativa à alienação do controle de companhia aberta, e sobre esta matéria está em vigor a Resolução nº 401, do Banco Central do Brasil.

Crimes de abuso de poder econômico

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Intervenção do Estado na economia.* 3. *Direito Econômico.* 4. *Direito Penal Econômico.* 4.1. *Razão de existência.* 4.2. *Autonomia.* 4.3. *Utilização da Teoria Geral do Direito Penal.* 4.4. *Características da especialização.* 4.5. *Crimes Econômicos.* 5. *Crimes de abuso de poder econômico.* 5.1. *Visão geral.* 5.2. *Tipos penais da Lei nº 8.137, de 1990.* 6. *Crimes contra a ordem tributária, as relações de consumo e de concorrência desleal.* 7. *Conclusão.*

1. *Introdução*

O objetivo do presente estudo é focar os *crimes de abuso de poder econômico*, que constituem uma parcela do estudo do Direito Penal Especial denominado *Direito Penal Econômico*.

Para se chegar a tal detalhamento, há que se entender como, num regime de livre iniciativa, admite-se uma intervenção do Estado na Economia, condição para se falar em Direito Econômico e no seu recente desmembramento, Direito Penal Econômico.

Assim, o método adotado é explicar o intervencionismo estatal, o surgimento do Direito Econômico, a utilização de instrumentos de Direito Penal para assegurar o normal funcionamento da política econômica e as razões que levaram à especificação, em leis extravagantes, como variantes do Direito Penal Comum.

2. *Intervenção do Estado na Economia*

O pensamento liberal vingou a partir do final do século XVIII, liderado por ADAM SMITH e LOCKE, sintetizado na máxima do *Laissez-faire, laissez-passer* segundo a qual o Estado não deveria se intrometer na atividade

econômica, pois o mercado se regulava por si próprio, de acordo com a "Lei da Oferta e da Procura".

A injustiça na repartição de riquezas, crises sociais, duas guerras mundiais e a quebra da Bolsa de Valores nos EUA, em 1929, demonstraram a insuficiência dessa teoria para que a atividade econômica totalmente livre possibilitasse o bem-estar social. A tese, calcada na ética protestante reinante na Inglaterra, não resistiu à realidade ganansiosa na luta por fortunas, onde os mais fortes arrasavam os mais fracos, dominando mercados, afetando a concorrência, o abastecimento, explorando trabalhadores, desrespeitando os consumidores...

O antídoto contra o Estado Liberal foi o advento do Estado Social, defendido por KARL MARX, onde, através da supressão da propriedade privada e da livre iniciativa, ao Poder Público cabia o desempenho da atividade econômica e a produção da riqueza a ser repartida entre os homens na medida de suas necessidades.

GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL (*Teoria Geral do Direito Econômico*, pp. 15/17, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1977), comentando o socialismo, concluiu que a "ausência do mercado, as restrições implícitas à liberdade, vedam, sob a organização socialista, a comunicação eficiente das intenções de consumo ao aparelho produtor e eliminam instrumentos de aferição de eficiência produtiva, ferindo o processo de desenvolvimento em seu foco dinâmico: a criatividade social para a inovação econômica".

Essa ineficiência do Estado como empresário, levando à ausência de competitividade (tão bem diagnosticadas por MIKHAIL GORBACHEV — in *Perestroika — Novas Idéias para o meu País e o Mundo*, pp. 19/27 - Ed. Best Seller, 5ª ed., São Paulo, 1987) foi que levou à derrocada do socialismo, como fim da União Soviética, a queda do Muro de Berlim e as Revoluções do Leste Europeu.

Como solução para o desajuste dessas duas visões radicais do papel do Estado na economia foi desenvolvida a noção intermediária de "Estado Bem-Estar" (*Welfare State*) onde, asseguradas a propriedade privada e a livre iniciativa, é preconizada a "função social do detentor da riqueza" (expressão de LÉON DUGUIT citada por HELY LOPES MEIRELLES em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., p. 495, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1987). Destarte, a propriedade e a atividade econômica são reservados à iniciativa privada como meios de assegurar o bem-estar social, cabendo ao Estado um papel incentivador e regulador (daí resultando a fiscalização e a repressão), com vistas ao fiel funcionamento do mercado e dos mecanismos de concorrência.

Surge, então, a figura da intervenção do Estado na economia para impedir abusos e para incentivar a concorrência no mercado, para, através dela, alcançar-se a produtividade e a competitividade que vão resultar no bem-estar geral.

3. *Direito Econômico*

A partir dessa noção de “Estado Bem-Estar” é que foi se desenvolvendo um ordenamento jurídico destinado a regular a intervenção do Estado na economia. Trata-se de mais uma característica do Estado de Direito, que se autolimita, nos termos de sua Lei Maior. Essa noção de Estado de Direito, de Estado limitado pela Lei, transformou as Constituições, de meros Estatutos criadores e estruturadores do Estado, em documento que também estabelece os direitos do indivíduo e da sociedade, aos quais foi acrescentado o *ordenamento econômico*.

Examinando o texto da Constituição Federal de 1988, concluiu IVES GANDRA DA SILVA MARTINS — in *A Revisão Constitucional da Ordem Econômica* (trabalho apresentado no 6º Congresso Internacional de Direito de Informática em São Paulo, 29 de outubro de 1992) — que “o modelo econômico plasmado na Constituição é decididamente um modelo neoliberal”, que, no dizer do insigne jurista “assemelha-se mais ao social liberalismo ou à social democracia, variantes semânticas de um modelo de política econômica”, em que a liberdade de iniciativa une-se à justiça social, tornando as leis do mercado sábias, na medida em que fortalece um poder corretor do Estado contra o abuso do poder econômico.

Daí surgir o Direito Econômico, que, no dizer de EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 — Interpretação e Crítica*, p. 168, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1990), “se aplica a regulamentar as medidas de *política econômica*,” esclarecendo que “o que o peculiariza como *ramo do Direito* e, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica da política econômica do Estado”.

A ordem econômica é tratada nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal de 1988, que estabelece mecanismos de fomento, de incentivo, de tributação e moeda, de criação de empresas estatais e, por fim, de repressão ao abuso de poder econômico, como formas de intervenção do Estado na economia.

A repressão é, portanto, um fator excepcionalíssimo, dentro da exceção que é o Estado interferir na economia. É dessa repressão que sai o extrato do Direito Penal Econômico.

4. *Direito Penal Econômico*

4.1. *Razão de existência*

A punição de crimes econômicos, isto é, crimes contra a ordem econômica, não é situação recente, decorrente da evolução dos negócios. KLAUS TIEDEMANN dá notícia de que já no Direito Romano se reprimiam práticas contra o abastecimento do mercado, *verbis*:

“A tale proposito il diritto romano conobbe il reato dell'incetta e della speculazione allo scopo di assicurare la distribuzione dei cerea-

li, e Diocleziano introduzesse la legge sul calmere per fissari limiti massimi delle merci e dei salari, sotto minaccia di pena di morte". (Riv. Trim. Diritto Penale dell'Economia, 1988, XVIII, p. 2.)

Mas a existência de um Direito Penal Especial, dentro do estudo do Direito Econômico decorre do fato de que este não dispõe de mecanismos e sanções aptos a inibir ou a reprimir lesões mais graves à ordem econômica, instrumento de desenvolvimento do Estado e do Bem-Estar Geral. Através da criminalização de certas condutas, tidas como graves por afetarem a bens e direitos relevantes, considera-se que não estão em jogo apenas os interesses das empresas que atuam no mercado, mas sim um número indeterminado de pessoas que são destinatárias da atividade econômica e, por isso, devem ser protegidas contra atividades fraudulentas e especulativas.

O Direito Penal Comum, por sua vez, considera-se em crise, por não mais ser um instrumento eficaz para o controle da ordem; o seu principal mecanismo, a pena restritiva de liberdade, jamais funcionou como fator de ressocialização do preso; limitou-se a cumprir uma função de retirada do criminoso da vida em sociedade, o que, em virtude da convivência entre delinquentes, aumentou o número de reincidências (estudos realizados na Alemanha demonstraram que quanto maior a pena maior o índice de reincidências).

Houve tendências mais radicais, procurando abolir o Direito Penal, utilizando-se sanções administrativas e civis, suprimindo-se, até mesmo, a palavra crime, que seria substituída por "ato indesejável" ou "comportamento inaceitável".

No Brasil, contudo, ainda não há uma sociedade desenvolvida a esse ponto, eis que o índice de criminalidade *violenta* é por demais elevado.

Para atender tais casos, surgiu a postura da "intervenção mínima", reservando o Direito Penal a situações *extremas*, despenalizando-se pequenos crimes, ou, ao menos, substituindo-se a pena privativa de liberdade por multas, penas restritivas de direito e, quando muito, adotando-se a suspensão condicional da pena. Esta deveria ser a tendência natural do Direito Penal para tornar-se efetivo.

O recente episódio da Casa de Detenção de Carandiru, em São Paulo, que resultou na demissão do Secretário de Estado de Segurança e do afastamento de vários policiais envolvidos no massacre de presos amotinados, demonstra que o Estado, quando consegue cumprir os inúmeros mandados de prisão que são expedidos (portanto, de raros casos em que o réu não logrou absolvição ou escapou graças à prescrição), não consegue dar cabo de adequar a pena de restrição da liberdade aos seus fins, de punir o criminoso retirando-lhe o bem mais precioso, afastar o mal do convívio social e reeducar o preso. O escândalo da FEBEM/SP, envolvendo menores infratores que fugiram após incendiar o prédio e destruir bens, e a denúncia da administração

do Presídio da Ilha Grande-RJ já ter sido atribuída ao Comando Vermelho só reforçam o argumento.

É nesse cenário que surge o Direito Penal Econômico, que, em movimento inverso ao da despenalização, busca a criminalização para uma punição especial de lesões a direitos supra-individuais e interesses coletivos e difusos. Em relação à pena de prisão, a utilização de penas curtas (outrora tidas como ineficientes, pois o preso sofria dos malefícios do sistema sem dispor do tempo para a reeducação), sem o direito a *sursis*, revelou-se extremamente eficaz nos Estados Unidos da América, onde a filosofia adotada é do *short, sharp, shock*.

Mister se faz trazer à baila o exemplo do caso colombiano, onde a simples prisão do mafioso Pablo Escobar não inibiu qualquer de suas práticas delituosas, culminando com sua fuga.

Daí a *pena* do crime econômico ter que ser *adaptada* ao tipo de criminoso e ao proveito por ele auferido, atingindo-se, via de consequência, o seu patrimônio.

O crime do colarinho branco (*white collar crime*) é capaz de produzir tão elevados lucros econômicos que a simples prisão não é suficiente para inibir a sua realização, já que, cumprida a pena, o criminoso poderá usufruir de todas as vantagens da prática delituosa. Não é demais lembrar que a *coerção* é um dos *elementos* da norma jurídica (NORBERTO BOBBIO prefere o uso do termo *sanção*).

Não há como deixar de se reconhecer o acerto do entendimento de que a adequada realização da política econômica do Estado resulta em proveito de todos, sendo um dos seus fins; daí a repressão de condutas que impeçam a realização de tais finalidades.

Entretanto, a banalização do Direito Penal (criminalizar tudo) e a sua crise (impossibilidade do Estado de fazer cumprir as penas adequadamente) são fatores que deveriam forçar alternativas mais sérias à efetiva repressão de condutas contrárias ao normal funcionamento do mercado e da economia. Até porque, para o criminoso do colarinho branco, em especial, a inteligência é a maior arma, não conseguindo as leis acompanhar a velocidade dos fatos.

4.2. *Autonomia*

MANOEL PEDRO PIMENTEL, em seu conhecido estudo denominado *Direito Penal Econômico* (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, pág. 15), após elencar posicionamentos de diversos juristas, conclui que o Direito Penal Econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, *não é autônomo* — “Trata-se, simplesmente, de um ramo do Direito Penal Comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas,

inegável é, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se colocam em volta de todos os preceitos penais. Não se trata, portanto, de um Direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do Direito Penal Comum, que toma emprestada apenas a sanção mais severa, que é a pena. Não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do Código Penal, em leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do Direito Penal Econômico”.

4.3. Utilização da Teoria Geral do Direito Penal

A consequência disso começa pela caracterização do crime, que deve obedecer a Teoria Geral do Direito Penal, segundo a qual crime é um fato típico e antijurídico, estando nesse fato típico (definido na lei penal como infração) uma conduta humana consciente e dirigida a uma finalidade. É a Teoria Finalista da Ação, adotada pela nova Parte Geral do Código Penal — Lei nº 7.209, de 11-7-84 — em oposição à Teoria Naturalista ou Causal da Ação.

Enquanto na Teoria Naturalista, a conduta (um dos elementos do fato típico) é enfocada apenas como um comportamento corporal, natural, físico, na Teoria Finalista é analisado, também, o juízo de valor que acompanha a ação. É a vontade dirigida a um fim que caracteriza a conduta criminosa, examinando-se aí o *dolo* ou a *culpa* como elementos do tipo penal.

Na antijuridicidade, enfoca-se a contrariedade de uma conduta diante do ordenamento. A princípio, todos os fatos típicos são também antijurídicos, salvo se ocorrerem hipóteses excludentes dessa antijuridicidade, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito. Nos crimes em que somente a vítima pode intentar a ação penal, o consentimento desta, antes ou durante a prática do fato, também exclui a antijuridicidade.

Assim, ocorrido o fato típico e antijurídico, está caracterizado que houve crime. A culpabilidade é pressuposto de imposição de pena. Destarte, pode haver crime sem punição se houver causas de exclusão da culpabilidade. Caracteriza-se a culpabilidade pela imputabilidade (excluída, por exemplo, em casos de doenças mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, embriaguez completa), potencial consciência da injuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa. A menoridade, a embriaguez, a doença mental, a coação, o erro de proibição são fatores que excluem a culpabilidade e, via de consequência, a imposição da pena.

Havendo crime e imponível a pena, mais uma vez recorre-se ao Código Penal para a punição do crime econômico, ainda que tipificado em lei especial. É uma decorrência do artigo 12 do Código Penal.

São três os tipos de pena:

- Privativas de Liberdade
- Restritivas de Direitos
- Multa

As penas privativas de liberdade são a reclusão e a detenção e diferem quanto ao regime de cumprimento (vide artigo 33 do Código Penal) e quanto ao processo (fiança e prisão provisória). Na prática, porém, já não há grandes diferenças já que os estabelecimentos penais, superlotados, não têm dispensado a devida distinção de tratamento.

No caso do crime econômico, a inaplicabilidade da pena privativa de liberdade à pessoa jurídica tem levado à opção pela multa.

As penas restritivas de direito constituem novidade introduzida com a reforma da parte geral do Código Penal (artigo 43), e são a prestação de serviços à comunidade, a restrição de direitos e a limitação de final de semana. Nos crimes dolosos só é cabível a sua utilização se a pena for inferior a um ano.

A multa, prevista nos artigos 49 a 52 do Código Penal, pode ser aplicada cumulativa ou alternativamente em relação à pena privativa de liberdade.

A multa (após a reforma do Código Penal) não mais é fixada em moeda corrente, mas através do sistema do dia-multa (artigo 49), num mínimo de 10 (dez) e máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O roteiro para a aplicação é o mesmo para a fixação da pena privativa da liberdade. O valor do dia-multa é de 1/30 (um trinta avos) a 5 (cinco) vezes o salário mínimo. Há decisões do Eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica ao Direito Penal o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, pois não está em jogo "correção monetária", ou "política econômica"; na doutrina, apenas MIRABETTE comenta o tema no sentido da conclusão do Eg. STF, enfocando a Lei nº 6.205, que já vedava essa vinculação ao salário mínimo. Também o Professor MIGUEL REALE JÚNIOR — in FIESP *Anais do Conjur*, vol. XXVII, Reunião de 22-10-91 — provocado pelo ilustre professor advogado na área trabalhista OCTÁVIO BUENO MAGANO, sustenta que o que o constituinte quis evitar foi a *repercussão econômica da vinculação*.

O parágrafo 1º do artigo 60 autoriza o julgador a ampliar até o triplo a pena máxima em razão da pessoa (situação econômica) do réu.

A Lei nº 8.137/90, em seu artigo 10, entretanto, prevalece em relação ao artigo 60, § 1º, do CP — elevação ao décuplo (a "Lei do Colarinho Branco", já a previa); se o réu é solvente e frustrar a execução, o Juiz pode converter a pena de multa em pena de detenção, convertendo o número (e não o valor) de dias-multa em detenção, não podendo ser superior a um ano.

HELENO FRAGOSO e DAMASIO DE JESUS entendem que deve haver, primeiro, a execução, e só se esta for frustrada é que cabe a conversão; MIRABETTE entende que basta o não-pagamento para haver a conversão.

O artigo 59 do CP, trata de Circunstâncias Judiciais — comportamento da vítima. A tarefa do julgador é escolher a pena (a Lei nº 8.137/90 não fixa qualquer diretriz para opção entre multa ou privação de liberdade, na Lei de Sonegação Fiscal há um comando que fixa a multa para o réu primário). O Juiz deve fundamentar a decisão (a individualização da pena é uma garantia do condenado).

A Lei nº 8.137/90 fixa multa em BTN. O Prof. EVARISTO DE MORAIS — palestra no Curso de Direito Antitruste da Faculdade Cândido Mendes, Ipanema — entende que o valor é fixado na forma do artigo 12. A multa em BTN só se aplicaria aos artigos 1º a 3º da Lei nº 8.137/90 (pena cumulativa com a restrição). Em relação aos artigos 4º e 5º, se houver opção do Juiz pela pena de multa, utilizará a parte geral do CP, salvo na hipótese de aumento especial já mencionado. Frustrado o pagamento, cabe a conversão.

A segunda alternativa do Juiz é aplicar a pena privativa de liberdade —, no caso de pena mínima, cabe *sursis*, nos termos do artigo 77 (pena não superior a 2 anos), por um período de 2 a 4 anos (período de prova, durante o qual são estabelecidas condições: no primeiro ano, o condenado beneficiado terá que cumprir pena restritiva de direitos — serviço à comunidade ou limitação de fim de semana — excepcionalmente pode haver dispensa — artigo 78, CP).

A terceira alternativa é condenar à pena privativa e não conceder o *sursis* (o Juiz não é obrigado a tanto). A Lei de Execução Penal obriga o Juiz a *examinar* a possibilidade de concedê-lo (obriga a fundamentar a concessão ou denegação do *sursis*), nos casos de réu primário com pena até 2 anos.

A última alternativa (novidade da Lei — artigo 9º), conversão da pena privativa de liberdade em multa (o CP também a admite) — artigos 4º, 5º e 6º.

A questão do fim do BTN (Lei nº 8.177/91):

— crimes anteriores à extinção — valor congelado

— crimes posteriores à extinção — exige lei

Não cabe interpretação extensiva, analogia — pode o Juiz usar índice extinto? (obs.: nenhum processo foi instaurado). O Prof. EVARISTO DE MORAIS entende que o artigo 9º ficou sem eficácia. Mesmo se fosse admitida a utilização do índice que não existe, em caso de não-pagamento, como seria a conversão em pena privativa de liberdade (não é o sistema do dia-multa porque não há esse dispositivo)? Neste caso, poderia se pensar em restabelecer a pena original.

Os crimes econômicos estão previstos no Anteprojeto de parte especial do Código Penal. O Ministério da Justiça pensa em definir um novo sistema jurídico penal para o Brasil (CP, CPP e LEP), onde seriam consolidadas todas as leis especiais.

4.4. Características da especialização

A Constituição Federal, em que o artigo 173, § 5º, preconiza responsabilidade (penal) da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade do sócio — na revisão do texto constitucional anterior à promulgação se retirou a palavra “penal”. Ainda cabe regulamentação. O artigo 11 da Lei

nº 8.137/90 refere-se à pessoa física (a desconsideração da personalidade é a regra). Há projetos nesse sentido (visando, especialmente, à interdição e supervisão de atividades).

Colocada a dificuldade do Direito Penal ser aplicado à pessoa jurídica, PAULO SALVADOR FRONTINI, em tese apresentada ao I Congresso Estadual do Ministério Público, denominada "Crime Econômico por meio da Empresa. Relevância da Omissão Causal" (*Revista de Direito Mercantil* nº 5, p. 42), formula a seguinte questão:

"Como apurar-lhes a responsabilidade individual, se todas as ordens emanam de um órgão colegiado, como a diretoria ou o conselho de administração?"

Trata-se de uma característica do delito econômico, executado, em regra, por meio de organização empresarial, dificultando a apuração da responsabilidade individual dos sócios e dirigentes nos casos supra.

Dá ter se discutido no Colóquio Internacional "Sistema Penal para o Terceiro Milênio" (RT-663, pp. 390/392) que o "Direito Penal do Terceiro Milênio será um Direito Penal Empresarial".

Ante a inadequação dos princípios clássicos da responsabilidade penal aos preceitos típicos de Direito Penal e a impropriedade das sanções penais, sugere PAULO SALVADOR FRONTINI (ob. cit., pp. 44/47) que, como as sanções penais devem ter caráter pessoal e físico (o que é inatingível na pessoa jurídica) o argumento é responsabilizar os indivíduos que omitiram-se na exação do dever de cuidado ou vigilância. Com tal omissão a que estava adstrito por lei, assumiu o diretor ou gerente o risco de produzir o resultado. Na modalidade culposa, o mesmo ocorre se o agente deixa de aplicar as cautelas necessárias a que está obrigado em face das circunstâncias.

4.5. *Crimes econômicos*

Colocados genericamente os principais aspectos do Direito Penal Econômico, resta mencionar os tipos de crimes econômicos previstos na legislação especial, a saber:

- Crimes contra a Economia Popular — Lei nº 1.521/51
- Crimes Falimentares — Dec.-Lei nº 7.661, de 21-6-45, artigos 186 a 199
- Crimes contra o Mercado de Capitais — Lei nº 4.595, de 31-12-64, artigo 44
- Crimes Cambiários — Lei nº 4.131, de 3-9-62
- Crimes nas Incorporações Imobiliárias — Lei nº 459/64, artigos 65 e 66
- Crimes na Fundação e Administração de Sociedades por Ações — Lei nº 4.728/65, artigos 73 e 74

- Crimes contra o Consumidor — Lei nº 8.078/90, artigos 61 a 80 e Lei nº 8.137/90, artigo 7º
- Crimes contra o Sistema Financeiro da Habitação — Lei nº 5.741, de 1º-12-71
- Crimes contra a Propriedade Industrial — DL nº 7.903/45, artigos 169 a 189
- Crimes contra a Ordem Tributária — Lei nº 8.137/90, artigo 3º
- Crimes de Abuso de Poder Econômico — Lei nº 8.137/90, artigos 4º e 6º.

O 6º Congresso Internacional de Direito de Informática promovido pela ABDI — Associação Brasileira de Direito de Informática, realizado em 29 e 30 de outubro de 1992, em São Paulo — SP, trouxe à baila mais um tipo de crime que escapa às possibilidades do criminoso comum. Trata-se do “Crime por Computador”, que exige a criatividade, o ardil e a técnica do agente para violar direitos alheios em seu proveito.

Nesse passo, DAVID L. TEICHMANN esclareceu que os *computer crimes* podem ser de duas ordens: tipos já previstos na lei penal atingidos através do uso de computadores (ex.: fraudes, furtos etc.), e tipos novos, específicos, como a violação de banco de dados, segredos comerciais e industriais.

A matéria já encontra-se em discussão no Congresso Nacional, onde tais situações, de violação do sigilo de dados e a introdução de vírus em programas, são punidas com pena de detenção.

5. Crimes de abuso de poder econômico

5.1. Visão geral

A repressão ao abuso do poder econômico tem sede constitucional dispondo o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal 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”.

Diante disso foi editada a Lei nº 4.137, de 10-7-62, que define os tipos de abuso de poder econômico, prevendo sanções administrativas, a cargo do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Posteriormente, a Lei nº 8.158/62, decorrente da aprovação da Medida Provisória nº 204/90 (e suas várias reedições) introduziu a figura da Secretaria Nacional de Direito Econômico, com vistas a auxiliar na apuração dessas infrações.

Antes disso, porém, o Poder Executivo, primeiro através de Medida Provisória (retirada) e depois através de Projeto de Lei, obteve a aprovação da Lei nº 8.137, de 27-12-90, que nos artigos 4º a 7º define “crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo”. Tratou-se, praticamente, de criminalizar as condutas da Lei nº 4.137/62.

O mesmo diploma legal trata, ainda, de definir os crimes contra a ordem tributária.

5.2. Tipos penais da Lei nº 8.137/90

Os crimes de abuso do poder econômico são definidos nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/90.

O art. 4º estabelece como crime de abuso de poder econômico a dominação do mercado ou a eliminação total ou parcial da concorrência, estabelecendo, em seis alíneas, a forma de manifestação da *conduta*.

Antes de adentrar em cada uma delas, cumpre destacar que, embora não tenha deixado expresso, o próprio dispositivo constitucional menciona a necessidade do *elemento volitivo* para caracterizar o crime (“... que vise à ...”), o que não destoa da citada *Teoria Finalista da Ação*, norteadora da aplicação do Direito Penal.

A análise do Direito da Concorrência envolve, basicamente, três elementos: os *atores*, a *atividade*, o *mercado*.

Os *atores* são as *empresas*, independentemente da forma ou da personalidade jurídica, e o *Estado*, o qual, além da atividade legislativa e fiscalizadora, também pode exercer a atividade empresarial. As primeiras são o sujeito ativo do crime econômico, cabendo ao Estado (em regra) a punição.

A *atividade* é o desempenho de natureza *econômica* da empresa (comprar, vender, distribuir, produzir, etc.), não se incluindo, aí, as atividades políticas, e de *lobby* (dos sindicatos e grupos de pressão); não é necessário o *intuito lucrativo*, bastando que a atividade seja praticada contra *remuneração*. É nessa atividade que vai se analisar a repercussão criminosa do ato.

O *mercado* é o cenário onde os *atores* exercem a *atividade*; é o espaço *econômico* (e não físico) onde não vão ser sentidos os efeitos da restrição à concorrência e da posição dominante.

Na definição do Mercado são analisados aspectos *geográficos*, tais como o volume da produção e do consumo, os hábitos e as possibilidades econômicas de produtores e consumidores, e aspectos ligados ao *produto* e seus similares, já que a possibilidade de sua substituição amplia o cenário.

A *concorrência* é um comportamento regulado pelo mercado, estimulando a eficiência, o aumento da oferta em quantidade e qualidade, beneficiando, em última análise, o consumidor. Esta é a finalidade em protegê-la; no Estado Liberal, ela seria *pura*, i.é, sem intervenção, com ampla liberdade; no Estado Bem-Estar, porém, ela é do tipo *eficaz*, pois preocupa-se com a *permanência* das empresas no mercado, o que gera a possibilidade de realização de *escolhas*, motivando, assim, a constante competição e busca do aperfeiçoamento.

Destarte, na concorrência eficaz, onde há a presença do Estado, as empresas não destroem umas às outras, garantindo-se o livre acesso aos mercados — o que implica em negação das reservas e a possibilidade de se instalar no mercado quando quiser — e a liberdade de escolha dos consumidores.

Engloba-se, aí, a concorrência atual e a concorrência potencial, que é a possibilidade de novas empresas entrarem no mercado.

Vistos esses conceitos, a restrição à concorrência é aquela que repercute no mercado. Assim, há que se analisar a *sensibilidade* da restrição à luz do *contexto* em que se encontra, não se importando o Direito da Concorrência com toda e qualquer restrição, mas só com aquela que traz uma repercussão sobre a liberdade de ação dos consumidores e fornecedores.

A jurisprudência norte-americana, à luz de tal noção de *sensibilidade* do mercado, firmou uma noção da *razoabilidade* da restrição; em outras palavras, só é considerado antijurídico o comportamento se o domínio do mercado ou a restrição da concorrência não são razoáveis, independentemente da existência de danos individuais.

Vale deixar claro que o crime do art. 4º, I, é material, isto é, exige o resultado — “abusar do poder econômico *dominando* o mercado ou *eliminando*, total ou parcialmente, a concorrência...”. Portanto, para que haja o crime é preciso que ocorra a *dominação* do mercado ou a *eliminação* da concorrência. Em ambos os casos, além do resultado, exige-se o dolo específico na prática da ação, não apenas por ser a *vontade* integrante da *conduta*, conforme a Teoria *Finalista* da ação, como também o próprio texto constitucional exige.

É com esta visão que devem ser enfocados os *meios* de dominação do mercado e de eliminação da concorrência previstos nas alíneas *a* a *f* do inciso I, do artigo 4º.

É claro que não vai ser toda transformação social, como a fusão, cisão, incorporação, coligação, aquisição de empresas ou ações que vai ser sancionada como crime. São institutos típicos do Direito Comercial definidos nos arts. 223 e seguintes da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15-12-76). O mesmo se diga quanto à cessação de atividades, que, assim como o seu início, decorre do princípio constitucional da livre iniciativa (CF, art. 170), o que também ocorre nos ajustes ou acordos de empresas, de que são exemplos típicos a formação de consórcios, joint ventures, parcerias.

É mister que fique claro que quando se pensa em economia de escala e planejamento global da atividade econômica são necessários grandes investimentos e essas aglomerações de capitais e tecnologias (especialmente) só são possíveis através da reunião de empresas ou só se tornam eficientes pela via de terciarização.

Há que se apurar o intuito *doloso* de se dominar o mercado ou restringir a concorrência. Para isso há que se ficar corretamente definida essa noção de *mercado* (englobando território, perfil do consumidor e do produto) e sua sensibilidade as situações decorrentes da livre concorrência.

Já no inciso II, a grande diferença está em que se tipifica um crime formal, ou seja, a lei prevê o resultado mas não exige que ele ocorra para a consumação do fato típico.

Assim, “*formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes*” é o núcleo do tipo, com a finalidade (expressamente exigida) de:

- a) fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas;
- b) controle regionalizado do mercado;
- c) controle de rede de distribuição.

Tratam-se de atitudes que afetam o normal funcionamento do mercado e, via de consequência, da economia, através do ataque à *lei da oferta e da procura*.

A regra é que os preços sejam o resultado da combinação entre a demanda dos consumidores e a quantidade de bens oferecidos. Os preços sobem quando aumenta a demanda e abaixam quando sobe a produção (oferta). Fugir disso através de uma combinação entre os concorrentes é violar a lei máxima da economia; daí a preocupação do legislador.

Não é exigida formalização do ajuste, tal como forma escrita, contratual. Basta a ação concertada.

Já no controle regionalizado de mercado elimina-se a concorrência — onde se obtém qualidade ao menor custo — através da divisão de áreas de atuação. É a repartição do mercado, de modo que a atuação dos “concorrentes” não afete a dos demais. Para tanto, é fundamental provar essa *divisão*, o que exige a caracterização da participação dos beneficiários.

O controle da rede de distribuição já visa a atingir a concorrência, atacando-se o abastecimento na rede de distribuição, o que ocorre restringindo-se os destinatários dessa rede.

O inciso III do art. 4º pune a discriminação de bens ou prestação de serviços. Cabe transcrever a lição de ANTÔNIO C. DE AZEVEDO SODRÉ FILHO e LIONEL ZACLIS, em *Comentários à Legislação Antitruste*, p. 58 — São Paulo, Ed. Atlas S.A., 1992 — *verbis*:

“Defrontamo-nos, mais uma vez, com normas de difícil aplicação, considerando-se o fato de que a ordem econômica estabelecida em nossa Constituição prescreve a livre iniciativa e o livre mercado. Qual a exata finalidade da lei, ao empregar o verbo “discriminar”? Este apresenta o sentido de diferenciar, distinguir. Essa distinção ou diferenciação de preços deve ter o fim de estabelecer monopólio.

(...)

(...) A distinção, separação ou diferenciação integra a rotina operacional das empresas.

Os preços são discriminados por motivos de embalagens, quantidade, tipos de produtos, por razões específicas de cada empresa, ou ainda por questões ligadas à rede de distribuição, que impõem suas normas visando uma padronização que permita ao consumidor uma identificação mais fácil.

(...)”

A excessiva criminalização de condutas acaba por acarretar a banalização do Direito Penal, quer pela dificuldade de seu conhecimento e assimilação quer pela exata compreensão daquilo que é reprimido, levando à aplicação do entendimento mais benéfico ao réu.

O inciso IV pune a prática de conduta desleal na redução da oferta, prevendo-se as seguintes condutas: "açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens da produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou eliminar total ou parcialmente a concorrência". Aqui cuida-se de atingir diretamente as empresas concorrentes, destruindo-as ou aos seus meios de produção. Não há, pois, mero crime de *dano*, como previsto no Direito Penal Comum.

Os incisos V e VII tipificam como condutas delituosas a fixação artificial de preços, seja provocando a sua oscilação, em detrimento das concorrentes, seja elevando-os *sem justa causa*, nesta última hipótese, a idéia do legislador, em consonância com o preceito constitucional, é punir o aumento arbitrário de lucros; no caso do monopólio natural ou de fato, onde não há concorrente, os aumentos de preço devem ser mais monitorados. A majoração de preços sem justa causa, especialmente se constituem matéria-prima ou produtos intermediários, afeta toda a economia e não apenas o adquirente dos bens.

A venda de mercadorias abaixo do preço de custo também é punida, desde que caracterizada a intenção de impedir a concorrência. A prática, definida como "dumping", é freqüente para angariar clientela, inviabilizando a atuação dos concorrentes (que exige um mínimo de margem de lucro). O fator *intencional* aqui merece maior atenção, eis que não podem ser criminalizadas condutas absolutamente normais na prática comercial como são as *ofertas*. Muitas vezes o produto já saiu de linha, ou trata-se de inauguração de loja, ou lançamento de marca, ou ponta de estoque, ou salvado de incêndio ou inundação, etc.

Os arts. 5º e 6º cuidam de condutas equiparadas aos crimes de abuso de poder econômico, crimes de mera conduta.

O art. 5º, I, prevê como crime a exigência de exclusividade de propaganda. Renova-se o argumento sobre a preponderância do aspecto volitivo já que a exclusividade de propaganda é, também, praxe no meio publicitário, decorrente, exatamente da competição entre os meios de comunicação. São freqüentes as expressões "transmissão exclusiva" e "patrimônio exclusivo", que, não necessariamente, tendem a abolir a concorrência, mas, ao contrário, dela resultam, com prevalência da melhor oferta.

Os incisos II e III reprimem as operações casadas, onde se dá o condicionamento da venda de um bem ou prestação de serviço à utilização compulsória de outro bem ou serviço. Algumas situações, contudo, são aceitáveis, como no caso do transporte especial de certos bens como, gases, alimentos resfriados, cimento, produtos químicos, petroquímicos, e demais inflamáveis, por exem-

plo. Nessas hipóteses, a própria responsabilidade do produtor quanto à segurança do produto e do consumidor exige o emprego de meios especiais de transporte, incluído no preço.

Encerrando o art. 5º, o inciso IV fala na omissão injustificada de informações sobre o custo de produção ou preço de venda; é com base nesses dados que é feito o monitoramento de preços, possibilitando à Administração verificar se há ou não abuso. Na realidade, a hipótese é de crime contra a *Administração Pública* e não contra a ordem econômica; o bem jurídico aqui tutelado é a função administrativa decorrente de seu poder de polícia. O Código Penal já estabelece o crime de desobediência para o descumprimento de ordem legal de funcionário público.

O art. 6º, em seus três incisos, cuida da preservação de métodos de controle genérico de preços, tais como congelamentos, tabelamentos, reajustes contratuais, cuja inobservância é definida como crime.

Em que pese ser mecanismo comumente utilizado pelos últimos governos, entendo inconstitucionais os congelamentos e tabelamentos de preços, bem como a vedação ou imposição de índices de reajustes, por violadores dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, além do princípio da isonomia.

O congelamento de preços paralisa situações que, a princípio, são idênticas, colocando-as, forçosamente, numa desigualdade legal. Ora, se um mesmo bem, por força de um congelamento instituído por lei, *deve* assumir diferentes preços conforme a situação em que se encontrava o vendedor, está óbvio o tratamento desigual àqueles que se encontram em idêntica posição. Violado resta, portanto, o princípio da isonomia contido no art. 5º, I, Constituição Federal.

No tabelamento, a situação não chega a ser diferente. Se o regime é de livre concorrência, qualquer empresário pode fixar o preço que bem entender para os seus produtos e serviços. O lucro *justo* não é vedado pela Constituição, sendo, aliás, da essência da atividade econômica; o que se reprime é o lucro *arbitrário*, repressão essa que só pode ser imposta após o devido processo legal, o que quer dizer, análise *casuística*. Destarte, ao fixar *previamente* um "preço justo", não só *igual* todos os competidores, violando o princípio constitucional da livre concorrência (CF, artigo 170, IV), como se substitui ao empresário na fixação daquilo que deve ser o resultado da sua atividade econômica e, o que é pior, considera *arbitrários*, sem o devido processo legal, todos os demais preços que dessa fixação diferirem.

Igualmente não existe razão para a intervenção na autonomia da vontade estabelecendo índice contratual, que reflete diretamente no preço, contrariando, pois, os argumentos *supra*.

É assim, ao nosso ver, inaplicável, por inconstitucional, o artigo 6º da Lei nº 8.137/90.

6. *Crimes contra a ordem tributária, contra as relações de consumo e de concorrência desleal*

Ainda na Lei nº 8.137/90 são definidos crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, que, apesar de serem estudados dentro do Direito Penal Econômico, constituem outros ramos especializados.

Nos crimes contra a ordem tributária, a tipificação foi baseada nas Leis nº 4.729, de 14-7-65, 4.357, de 16-7-64 e 4.502, de 30-11-64, instituindo crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita. É fundamental a caracterização do dolo. Vale esclarecer, porém, que o Código Penal, através dos crimes de estelionato, falsificação de documento e de apropriação indébita, já propiciava, s.m.j., tipos que levariam ao mesmo objetivo.

Quanto aos crimes contra o consumidor, a discussão existente é sobre a legislação prevalente: se a Lei nº 8.137/90 ou a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); o Código de Defesa do Consumidor foi publicado em setembro de 1990 para vigorar em março de 1991, portanto, após a edição da Lei nº 8.137, em dezembro de 1990, sustentando alguns que esta última estaria revogada

Pessoalmente acho que, no máximo, ocorreu o contrário. O processo legislativo do Código de Defesa do Consumidor foi concluído em setembro de 1990, data a partir da qual, com a publicação, adquiriu vigência, ainda que a eficácia (produção de efeitos) tenha sido postergada. A vigência de lei posterior regulando o mesmo tema — *crimes contra o consumidor* — revogou a lei anterior; prevalece, pois, a Lei nº 8.137/90, naquilo que dispôs de forma diversa do Código de Defesa do Consumidor, mantidos neste as demais figuras penais não previstas na Lei nº 8.137/90. O Código de Defesa do Consumidor, na parte final do artigo 61, ressalvou os tipos previstos em outras leis especiais.

Sobre concorrência, uma última notícia deve ser dada acerca da "concorrência desleal" definida também como *crime contra a propriedade industrial*. A matéria foi regulada no art. 128 do Código de Propriedade Industrial — Lei nº 5.722, de 21-12-71, que expressamente manteve os arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, até que entrasse em vigor o "novo" Código Penal (DL nº 1.004, de 21-10-69), o que acabou não ocorrendo. A concorrência desleal veio definida como crime no art. 178 do DL nº 7.903/45, que prevê tipos ligados ao desvio de clientela com meios fraudulentos como a falsa afirmação contra concorrente, falsa indicação de procedência do bem, utilização de métodos de apresentação do bem semelhante ao do concorrente, induzindo o consumidor a erro, substituição do nome do fabricante pelo seu próprio nome, violação do segredo de indústria, aliciamento de empregados dos concorrentes para obtenção de informações.

7. *Conclusão*

A necessidade de manter em funcionamento o livre mercado e a livre concorrência motivaram o Estado a não ficar alheio à atividade econômica.

O chamado *welfare state* intervém na economia, através de normas jurídicas que constituem o objeto do estudo do Direito Econômico. Este novo ramo do direito não se afastou do processo de criminalização de condutas, daí surgindo um Direito Penal Econômico.

A razão da especialização do Direito Penal Econômico deveu-se à necessidade de adaptação dos institutos do Direito Penal Comum ao autor do crime econômico, geralmente intentado por pessoas jurídicas, às quais é inaplicável a pena privativa de liberdade.

Todavia, o tema é por demais técnico e deveria ter ficado a cargo de um órgão técnico de administração, no caso, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado pela Lei nº 4.137 de 1962, que, ao lado da SNDE — Secretaria Nacional de Direito Econômico, criada pela Lei nº 8.158/90, dispõe do pessoal e estrutura adequados para a análise e julgamento desses delitos. O Poder Judiciário ainda não está aparelhado adequadamente para tal apuração, o que levará à morosidade e conseqüente impunidade dos infratores.

Alguns conceitos do Direito Antitruste, como o da razoabilidade, não se aplicam ao Direito Penal; contudo, este se utiliza da idéia contida no conceito a fim de se reprimir a conduta contrária à ordem jurídica. Ora, sempre haverá um risco, decorrente da própria atividade econômica, de que a aglomeração de empresas ou capitais cause abusos de poder econômico. A repressão, porém, só ocorrerá se houver intenção de dominar o mercado.

Nesse caso, há que se aplicar uma pena compatível com o crime e com o criminoso econômico; daí a especialização do Direito Penal, que não tem o caráter de reeducação e ressocialização do criminoso, como o tem o Direito Penal Comum. O conceito biológico/psicológico de imputabilidade também não se adapta à pessoa jurídica, segundo uma nova noção de responsabilidade, dela decorrendo penas como o confisco dos frutos do crime, proibição de certas atividades econômicas, proibição de emissão de cheques, enfim, sanções que atinjam a fortuna e a atividade do criminoso. São fatores que explicam a opção pela especialização ante a opção pela criminalização do Direito Antitruste.

Vale, ainda, ressaltar que, em que pese o nosso posicionamento contra os congelamentos e tabelamentos de preços, foi ele julgado constitucional pelo Eg. Supremo Tribunal Federal nas decisões decorrentes do Plano Cruzado.

Enfim, é preciso vontade política de fazer cumprir as leis e a moralização da ordem econômica e não novas leis. A banalização do direito leva à dificuldade na sua assimilação e cumprimento, acarretando o descrédito nas instituições e, conseqüentemente, o caos!

Os hermeneutas da intransigência desacumuladora

CORSINDIO MONTEIRO DA SILVA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros
e do Instituto dos Advogados do Distrito Federal

O eminente jurista brasileiro OROZIMBO NONATO que, em sua vida laboriosa de profissional do Direito, alçou-se ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, aduziu, certa feita, por ocasião de um julgamento de que era relator, ser levado a concluir, pela constância dos juízes dos ilustres patronos das partes interessadas, que havia dois tipos de sentença ou decisão: uma, jurídica, brilhante, douta, sábia, inatacável; outra, *data venia*. Embora fossem ambas respeitáveis, por sem dúvida.

A locução latina só por si bastava para demonstrar o inconformismo ou qualquer restrição a um entendimento que não parecesse o melhor, o mais justo, o mais adequado. Era, assim, um entendimento *data venia*...

Não foi outra a reação de muitos profissionais do Direito (nem tanto, por vezes, mas simples pessoas sensatas) ao saberem que candidatos aprovados no concurso público para Juiz Federal Substituto, que estivessem aposentados por tempo de serviço, fossem obrigados a fazer *opção* pelos proventos da aposentadoria ou pela remuneração do cargo. A respeitável decisão administrativa foi no sentido de que os candidatos aprovados deveriam, ao tomarem posse no cargo, *renunciar* aos proventos da aposentadoria que tivessem.

De logo nos surgiu a questão: que inconveniente existirá para a Justiça que candidatos aposentados, devidamente aprovados em concurso público, ingressem na magistratura? Se lograram democraticamente passar no concurso é porque são os melhores, quando não faltou oportunidade para quantos mais interessados serem aprovados; por isso mesmo não houve preterição de ninguém.

Sabe-se que são antigos servidores do mais alto gabarito intelectual, recentemente aposentados, com largo trato nos misteres da Justiça. Não é bom que a administração aproveite essas competências? Estará certo que se proíba alguém de trabalhar após aposentar-se por tempo de serviço, quando ele

se apresenta em perfeita forma física, intelectual, mental para continuar a produzir, ao invés de retornar às praias para queimar a sua ociosidade ao sol dos trópicos?

E como fica o postulado constitucional que diz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"? E que lei é essa que obriga o servidor legalmente aposentado a renunciar a sua aposentadoria, conquistada após tanto tempo de efetivo serviço, para poder continuar trabalhando honestamente?

Não é "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", de acordo com o que preceitua a nossa Constituição? E a renúncia forçada não viciará a opção feita pelo servidor, com possíveis conseqüências jurídicas futuras?

Não poderá ocorrer que, havendo uma renúncia espontânea, o candidato empossado requeira sua aposentadoria logo a seguir no cargo em que se empossou, contando o tempo que lhe ensejou a aposentadoria que renunciara? Isso interessaria à administração? E já não existem antecedentes nesse sentido a onerarem os cofres públicos?

O eminente Juiz Hermenito Dourado, muito digno e honrado Presidente do egrégio Tribunal Regional Federal, quando ainda advogava, patrocinou com invulgar proficiência e brilho uma causa em que defendeu, perante o Supremo Tribunal Federal, a tese que girava exatamente em torno de um aposentado pelo Instituto do Açúcar e do Alcool. Aduziu, então, Sua Excelência que a veneranda decisão recorrida, da colenda Terceira Turma do antigo Tribunal Federal de Recursos (que proibiu o Recorrente, aposentado, exercer cargos públicos legalmente acumuláveis), *data venia* (dizia Sua Excelência) contrariou o artigo 153, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". E o ilustre advogado acrescentou: "Não há lei que proíba a coexistência de proventos pagos pelo INPS com a remuneração pelo exercício de cargo público, como no caso do Recorrente; logo, proibir-lhe essa coexistência significa negar-lhe a citada garantia constitucional".

Argumentou, ainda: "Posta assim a questão nos seus devidos termos, facilmente se conclui que a veneranda decisão recorrida, *data venia*, assentou-se em premissa equivocada quando compeliu o recorrente a desacumular os proventos de sua aposentadoria previdenciária da remuneração dos dois cargos que exerce".

Mutatis mutandis...

O Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Sousa, muito digno Subprocurador-Geral da República, em parecer dado a 15 de julho de 1993 no Recurso Extraordinário nº 163.204-6/210, São Paulo, concluiu que "no inciso XVI do art. 37 da Constituição, que estabelece o princípio da inacumulabilidade de cargos públicos, está compreendida a vedação de acumulação de aposentadoria em cargo público com a exceção de outro cargo público, vedação que se aplica a todas as espécies de acumulação, submetida a uma única

exceção: quando se tratar de acumulação que seria lícita também na atividade (letras a, b e c do inciso XVI do art. 37, CF/88)''.

Ora, esse mesmo ilustre Subprocurador-Geral da República ainda há pouco pensava diferentemente, ao emitir parecer no Mandado de Segurança nº 16/89-DF, de que foi relator o eminente Ministro Américo Luz. Nessa oportunidade, aduziu Sua Excelência o seguinte:

''A nova Constituição, ao mesmo tempo que tornou ilícita a acumulação de cargo público com emprego em fundação, criou o direito à aposentadoria, aos trinta anos de serviço, se homem, com proventos proporcionais a esse tempo. O impetrante foi alcançado, ao mesmo tempo, pelas duas regras. A incidência, concomitante, das duas formas constitucionais está a sugerir uma interpretação que dê eficácia às suas disposições. Portanto, a acumulação do cargo público com emprego na fundação tornou-se ilícita com a vigência da atual Constituição, mas ao impetrante, desde que preencha os demais requisitos legais, deve ser reconhecido o direito de obter aposentadoria por tempo de serviço, proporcional, do cargo público.''

E acrescentou:

''Por outro lado, *diante da nova Constituição, não há mais a proibição de acumular proventos com vencimentos de cargo, emprego ou função.* Comentando o capítulo pertinente da Constituição atual, José Afonso da Silva concluiu: 'Iguamente, não é mais proibido acumular proventos com vencimentos de cargo, emprego ou função. Significa que o servidor aposentado ou mesmo em disponibilidade poderá exercer qualquer cargo, emprego ou função pública sem restrição alguma, recebendo cumulativamente seus proventos da inatividade com os vencimentos da atividade assumida.''' (In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1989, 5ª ed. revista e ampliada, de acordo com a nova Constituição, p. 577.)

Para deste modo concluir:

''A portaria questionada, ao estabelecer que a opção por um cargo ou emprego importa necessariamente em pedido de exoneração, demissão ou dispensa de outro cargo ou emprego, sem ressaltar a hipótese em que o servidor poderá extinguir a acumulação por outro modo (a aposentadoria, por exemplo), ofende, *data venia*, direito líquido e certo do impetrante.''

Pois bem, o colendo Superior Tribunal de Justiça acatou *in totum* o bem argumentado Parecer nº 98/89 do Subprocurador-Geral da República (o mesmíssimo Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Sousa) e concedeu, por unanimidade, a segurança, em 31 de outubro de 1989. Decisão justa, muito justa, justíssima!

Aliás, matéria idêntica já foi decidida até mesmo pelo colendo Tribunal de Contas da União, que examina, como se sabe, a legalidade das aposentadorias. A propósito da consulta feita pelo Exm^o Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 19^a Região, a respeito de matéria semelhante (TC-3.363/89-9, grupo II, classe I), sendo relator o Exm^o Sr. Ministro Bento José Bugarrn, decidiu aquela egrégia Corte de Contas, em sessão plenária de 20 de novembro de 1991: “*Ante todas as ponderações formuladas e sob qualquer prisma por que se considere a questão, entendemos que a Constituição Federal de 1988 não proíbe a acumulação de proventos com os vencimentos da atividade assumida.*”

No Mandado de Segurança nº 3.307/93, impetrado por Iram de Lima e José Guilherme de Sousa contra ato do Exm^o Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sob a alegação de se sentir ameaçado de ter impedida sua posse no cargo de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal, depois de prévia habilitação em concurso público de provas e títulos e de haver sido assinada e publicada a portaria de nomeação, sendo relator o Exm^o Sr. Desembargador Campos Amaral, foi concedida a segurança, dentro da mesma linha do parecer da douda Procuradoria-Geral da Justiça, assim ementado:

“Mandado de segurança. Cumulação de proventos com vencimentos. Inexistência de vedação legal ou constitucional. Segurança deferida.

I — Não existe norma legal ou constitucional vedando a acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos decorrentes de nova investidura em cargo público.

II — É, portanto, ilegal a disposição editalícia que exige, do candidato aprovado no concurso público para provimento de cargo de Juiz de Direito Substituto, declaração de não acumulação de proventos, como condição para a posse no cargo.”

Assim é que, com o advento da Constituição de 1988, a matéria tornou-se mais clara, mais convincente, conforme tivemos oportunidade de registrar em trabalho publicado em 1989 por esta *Revista de Informação Legislativa*:

“Quando da redação da atual Constituição (Comissão de Sistematização), houve uma pretensão isolada, que não prosperou, de se editar a palavra “proventos” ao que ora se consubstancia no inciso XVI do art. 37 — “É vedada a acumulação remunerada de cargos, funções públicas, empregos e *proventos*, na administração direta e indireta” etc. Prevaleceu o bom senso pela palavra respeitável do eminente Senador Nelson Carneiro, que, na mesma Comissão de Sistematização, apresentou a Emenda nº 19.194, supressiva, para que fosse eliminada do dispositivo a palavra *proventos*, havendo o parecer do relator sido concebido nos seguintes termos: “Con-

cluímos pela aprovação da emenda por considerarmos, como o autor, medida do mais elevado espírito de justiça." E, se prosperasse, muitos Deputados ou Senadores já não poderiam exercer suas altas funções uma vez aposentados, e a administração pública se converteria em verdadeiro caos, com a impossibilidade de recrutar, para seu serviço, aposentados experientes que, de há muito, lhe vêm dando efetiva colaboração."

Observa, agora, a obsessão desacomuladora que esse argumento não vale para a exegese jurídica, visto que o que verdadeiramente importa é o que está expresso no texto do preceito legal ou constitucional. Com efeito, mas estamos com Carlos Maximiliano quando diz que "a interpretação é uma só, não se fraciona, executa-se por vários processos": "Não é de rigor que se empreguem todos os processos simultaneamente; pode um dar mais resultado do que outro em determinado caso; o que se condena é a supremacia absoluta de algum, bem como a exclusão sistemática de outro. Cada qual tem o defeito das suas qualidades; é em tirar de cada processo o maior proveito possível, conforme as circunstâncias do caso em apreço, que se revela a habilidade e a clarividência do intérprete." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 12ª ed., p. 127.) E o grande mestre Carlos Maximiliano não desdenha esses *materiais legislativos* como elemento de hermenêutica, "sobretudo a respeito de leis recentes" (Id., p. 141).

Nesse sentido, é oportuno lembrar o julgamento do Mandado de Segurança nº 20.069-DF, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Exmº Sr. Ministro Cunha Peixoto, do qual participaram, ainda, os eminentes julgadores Ministros Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Thompson Flores, Antônio Neder, Rodrigues Aickmin, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves, em que prevaleceu o voto deste que discutiui, brilhantemente, entre outros pontos suscitados, a questão do aproveitamento, em termos de hermenêutica, de material legislativo para a fidedigna interpretação do texto legal.

Asseverou, então, o eminente Ministro Moreira Alves que "esses trabalhos têm inegável valor para a interpretação do texto legal, pois sua utilização observa, rigorosamente, os princípios mais rígidos extraídos por Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3ª ed., nº 150, pp. 177-178) de diferentes autores, e que devem servir de guia ao intérprete para o legítimo uso desse material histórico".

E cita, entre outros, estes princípios que devem ser observados necessariamente: 1) "Admita o sentido decorrente dos Trabalhos Preparatórios quando plenamente provado, evidente, acima de qualquer dúvida razoável. 2) Se um preceito figurava no projeto primitivo e foi eliminado, não pode ser deduzido, nem sequer por analogia, de outras disposições que prevaleceram, salvo quando a supressão se haja verificado apenas por considerarem-no desnecessário ou incluído implicitamente no texto final".

Ora, se a expressão *proventos* foi expressa e decididamente excluída do texto constitucional, isso significou alguma coisa por certo: o que restou

é que deve ser considerado e interpretado. E o que restou foi que "é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos", sem incluir nessa vedação os proventos por meio de suposições ditadas por pruridos de moralidade pública. Se os proventos não se incluem no regime de acumulação de cargos públicos por força de um dispositivo constitucional é porque os proventos, constituindo patrimônio do aposentado, não são de ser considerados em nenhuma hipótese.

Ademais, se antes se argumentava com a Lei nº 1.711, de 1952, o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos, hoje, a nova Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sequer faz referência à "proibição de acumular proventos". E, se o fizesse, seria inconstitucional.

Invocando o testemunho de outro baiano não menos ilustre, o Conselheiro Ruy Barbosa, que, dissertando a propósito da pretensão de se buscar ampliar a vedação de acumular as pensões e os proventos resultantes da reforma ou aposentadoria, logo após o advento da Constituição de 1891 (como podemos verificar, a obsessão discriminatória contra os aposentados é secular), dizia que o seu senso jurídico e "essa espécie de sexto sentido, a que se chama senso comum", não o deixavam iludir com o "pretensso constitucionalismo dessa novidade e os resultados moralizadores, com que a preconizam".

E assim argumentou o velho Mestre:

"O cidadão, que a lei aposentou, jubilou ou reformou, assim como o a que ela conferiu uma pensão, não recebe esse benefício, a paga de serviços que esteja prestando, mas a retribuição de serviços que já prestou, e cujas contas se liquidaram e encerraram com um saldo a seu favor, saldo reconhecido pelo estado com a estipulação legal de lhe amortizar mediante uma renda vitalícia, na pensão, na reforma, na jubilação, ou na aposentadoria.

O aposentado, o jubilado, o reformado, o pensionista do Tesouro são credores da Nação, por títulos definitivos, perenes e irretiráveis.

Sob um regime que afiança os direitos adquiridos, santifica os contratos, submete ao cânon da sua inviolabilidade o Poder Público e, em garantia deles, adstringe as leis à norma tutelar da irretroatividade, não há consideração de natureza alguma, juridicamente aceitável, moralmente honesta, socialmente digna, logicamente sensata, pela qual se possa autorizar o estado a não honrar a dívida, que com esses credores contraiu, obrigações que para com eles firmou."

Advertia ainda o grande Mestre baiano:

"A aposentadoria, a jubilação, a reforma são bens patrimoniais, que entraram no ativo dos beneficiados como renda constituída e indestrutível para toda a sua vida, numa situação jurídica semelhante à de outros elementos da propriedade individual, adquiridos, à manei-

ra de usufruto, com a limitação de pessoas, perpétuas e intransferíveis.

Na espécie das reformas, jubilações ou aposentadorias, a renda assume a modalidade especial de um crédito contra a Fazenda; e, por isto mesmo, a esta não seria dado jamais exonerar-se desse compromisso essencialmente contratual, mediante um ato unilateral da sua autoridade."

Entendia Ruy que, incluindo proventos na proibição de acumular, forçando o poder público a que o aposentado renunciasse aos proventos, "seria cometer pelas mãos desse Poder uma extorsão tão desonrosa como o dos tratantes graduados, que, fiados no seu poderio e grandeza, não saldaram o que devem, por contarem com a irresponsabilidade para calotear livremente". E acrescentava: "Quando o poder público outorga uma pensão, é por entender que *a deve*. Aos funcionários galardoa o Estado, com a jubilação, a aposentadoria, ou a reforma, longas séries de anos de serviço ordinário. Aos funcionários ou não-funcionários gratifica certos serviços de ordem e valor especial com as pensões. Estes, nos governos absolutos, são mercê do arbítrio soberano. Mas, nos governos de legalidade, representam a gratidão pública ao merecimento de cidadãos notáveis, aos benefícios deles recebidos pela comunidade."

Democraticamente, houve um concurso público de provas e títulos, com franca repercussão em todo o território nacional, para quem quisesse se habilitar. Alguns lograram êxito, outros não. Entre os que passaram, uns poucos eram recentemente aposentados em cargos públicos, incorporados já os seus proventos ao patrimônio de cada qual. A exigência se postou à porta: "Aqui não entra quem for aposentado!" Exigência de juizes para futuros juizes! Estariam os concursados aprovados tirando a oportunidade de outros que não lograram passar no mesmo concurso?

E aqui nos ocorre de novo as palavras imortais de Ruy:

"O grande mal não está em que as incapacidades acumulem os cargos públicos, mas em que os cargos públicos se confiem às incapacidades. Desacumulando, o que unicamente se obtém será multiplicar o número dos incapazes beneficiados, abrindo ao Poder novas ocasiões de exercer entre os seus favorecidos, engrossando-lhes a quantidade, o arbitrio de que dispõe."

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Praça dos Três Poderes, Anexo 1, 22º andar, CEP 70165-900 Brasília, DF. Telefones: (061) 311-3576, 311-3577 e 311-3578. Fax: (061) 311-4258. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

Central de venda direta ao usuário: Via N-2, Unidade de Apoio 1 (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita). Telefones: (061) 311-3578, 3579 e 3589.

Atendimento aos Senadores: ramais 3579, 3589 e 3578.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Nº 1, 10, 12, 13, 14, 17 a 24, 28, 29, 41, 46, 47, 54, 62, 65, 71, 79 a 118

— Publicação trimestral de trabalhos e pesquisa jurídica, com circulação ininterrupta desde 1964.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO

— Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série com 6 volumes; edição de 1987

— Volume 2: Costa Rica; Nicarágua.

— Volume 3: Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.

- Volume 4: Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- Volume 5: Áustria; Iugoslávia.
- Volume 6: Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS — 1989. 5 volumes

- Textos das Constituições estaduais promulgadas em 1989; índice comparativo.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986

- Edição anterior à Constituição Federal de 1988.

REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUENTES DO BRASIL. Edição de 1986

ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL — QUADRO COMPARATIVO. Edição de 1986

- Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos (1986)

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 11, DE 1984 — QUADRO COMPARATIVO

ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967. 9 volumes

LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO. Nº 59/88 a 70/91

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Comentários por João Barbalho U. C.

- Edição fac-similar dos comentários à Constituição Federal de 1891.

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. Suplemento à 7ª edição, 1990

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. 6ª edição, 1988

SISTEMAS ELEITORAIS DO BRASIL — 1821/1988

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989

- 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 comparativo (volumes 1 a 5).

LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Edição de 1979
SEGURANÇA NACIONAL

- Lei nº 7.170/83.

DECRETOS-LEIS. Série: volumes 12 a 15

- Volumes 12 (1971), 13 (1972), 14 (1972) e 15 (1973).

REGIMENTO INTERNO — SENADO FEDERAL

- Resolução nº 93, de 1970. Texto consolidado, com as alterações adotadas pelas Resoluções nºs 51, 58 e 63, de 1989, e 1, 9, 17 e 52, de 1990.

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2ª edição, 1987

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados: índice comparativo. Edição anterior à Constituição Federal de 1988.

ANAIS DO SEMINÁRIO SOBRE MODERNIZAÇÃO LEGISLATIVA E DESENVOLVIMENTO POLÍTICO. Edição de 1976

J.K. — O ESTADISTA DO DESENVOLVIMENTO. Edição de 1991

VULTOS DA REPÚBLICA. Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco

- Ciclo de estudos comemorativo do Centenário da República, organizado pelo Instituto de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas.

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO. 1826 a 1993

Distribuição gratuita

OS INCONFIDENTES JOSÉ DE RESENDE COSTA (PAI E FILHO) E O ARRAIAL DA LAJE. De Rosalvo Gonçalves Pinto

- Homenagem ao sesquicentenário da morte de José de Resende Costa, Filho (17/6/1841—17/6/1991), e ao bicentenário da morte de Tiradentes e da condenação de José de Resende Costa, Pai, e José de Resende Costa, Filho.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

- 1º Volume: Defesa da Concorrência no Mercosul. Professor Werter Faria.
- 2º Volume: A Defesa Contra as Práticas Desleais na Europa — um Exemplo a Seguir?. Professor Werter Faria.
- 3º Volume: O Regime Comum de Origem no Mercosul.
- 4º Volume: ZPEs Brasileiras — A Necessidade de Mudanças no Contexto do Mercosul.
- 5º Volume: Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul.

MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE TEXTOS DO CEGRAF. 2ª edição

- Normas básicas de editoração para a elaboração de originais, composição e revisão.

OBRAS NO PRELO

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Nº 1 a 110

Distribuição aos assinantes da Revista.

- Conteúdo: Índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores e colaboradores; sumários.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Edição de bolso

- Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 4/93.

FONTES DE INFORMAÇÕES SOBRE A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. 10ª edição

LEI DE EXECUÇÃO PENAL E LEGISLAÇÃO CORRELATA.

- Lei nº 7.210, de 1984

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL Volume 2, Tomo 2, e Volume 3

ELABORANDO A CONSTITUIÇÃO NACIONAL

- Edição fac-similar da obra *Elaborando a Constituição Nacional*, de José Affonso Mendonça de Azevedo: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional de 1932/1933.

LEGISLAÇÃO INDIGENISTA