

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO / SETEMBRO 1994 • BRASÍLIA • ANO 31 • Nº 123

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 123

julho/setembro — 1994

Editor:
João Batista Soares de Sousa



REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal — 1961-1967

Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência — 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel
Diretora — 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III

Praça dos Três Poderes

70.165-900 – Brasília, DF

EDITOR

Diretor: João Batista Soares de Sousa

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Angelina Almeida Silva e Mário Simões

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA

Paulo Cervinho e Cicero Bezerra

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA ano 1- nº 1- mar. 1964-. Brasília, Senado Federal.
v. trimestral.

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

1. Direito — Periódicas. I. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. II. Sousa, João Batista Soares de, dir.

CDD 340.05

CDU 34(05)

REVISTA
DE
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília · ano 31 · nº 123 · julho/setembro — 1994

Josaphat Marinho
Antônio de Souza Prudente
Manoel Lauro Wolkmer de
Castilho

José Augusto Delgado

Walter Nunes da Silva Júnior

Lourival de Jesus Serejo Sousa

Carlos Alberto da Costa Dias
Ivan Lira de Carvalho

Arnoldo Wald
Antônio de Pádua Ribeiro

Ronaldo Poletti
Álvaro Melo Filho

Juarez de Souza, José Luiz
Lobo Paiva e Mauro
Márcio Oliveira

Raul Machado Horta

Claude Desliat e Christian
Mare

Teori Albino Zavascki
Leon Frejda Szklarowsky
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

A função de julgar e a Constituição 5
Custas processuais 13

A propósito da "eficácia social da prestação jurisdic-
cional" 29

A supremacia dos princípios nas garantias processua-
is do cidadão 35

Correção monetária de benefício previdenciário em
juízo 47

A turbação e o esbulho possessório à luz do artigo
502 do Código Civil 51

Liminares: poder discricionário ou vinculado 59

O mandado de segurança coletivo e os partidos poli-
ticos 67

A recente evolução da ação civil pública 85

Honorários advocatícios em mandado de segurança
99

A questão da autonomia do direito aeronáutico 103

O princípio da isonomia e os privilégios processuais
da Fazenda Pública 113

O papel do Senado Federal no controle do endivida-
mento público no Brasil 129

Poder Legislativo e monopólio da lei no mundo con-
temporâneo 149

Política e dinheiro: as legislações da França e outros
países 159

Direitos políticos 177

O Real e o Plano de Estabilização Econômica 185

Duração dos contratos administrativos, segundo a Lei
n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 201

Ruy Carlos de Barros Monteiro	Notas à margem das decisões do Tribunal de Contas da União sobre o alcance da incompatibilidade do art. 54, II, "a", da Constituição da República 207
Manoel Gonçalves Ferreira Filho	Constituição e governabilidade 219
Hugo de Brito Machado	Impetração de mandado de segurança pelo Estado 229
Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza	O controle de constitucionalidade das leis 237
Fábio Maria De-Mattia	Contrato de edição 249
Bernardo Leôncio Moura Coelho	O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança 259

A função de julgar e a Constituição

JOSAPHAT MARINHO

SUMÁRIO

1. Iniciativa oportuna. 2. Aperfeiçoamento cultural. 3. Amplitude da prestação jurisdicional. 4. Princípios genéricos e fundamentais. 5. Complexidade da função judicante. 6. Traços da jurisprudência brasileira. 7. O juiz, o legislador e o Estado de direito. 8. Interseção de riscos.

1. Iniciativa oportuna

Para os menos atentos às atribuições do Poder Judiciário, ou mais preocupados com a celeridade incondicional dos processos, pode parecer estranhável a realização, por um órgão da Justiça, de uma "Semana de Altos Estudos". A idéia dominadora de presteza ou eficiência leva-os, de boa-fé, a considerar o tempo como fator absolutamente preponderante na emissão das sentenças. Subestimam a *ratio decidendi*. Se, porém, é condenável a decisão tardia, sem justa causa, de pouco valerá a apresada, quase sempre destituída de fundamento suficiente, e por isso sujeita a reforma previsível, determinante de alongamento da controvérsia. Mais aconselhável é a prestação jurisdicional em prazo razoável e devidamente motivada.

Condição da conquista de sentença fundada é o aperfeiçoamento constante do juiz, inclusive em Escolas da Magistratura e em permuta de conhecimentos, como neste encontro de inteligências diferentemente formadas e de experiências dessemelhantes. Se o convívio se reveste de cordialidade, o espírito é de afirmação de individualidades, portadoras de caracteres singulares. Nem há estudos, e sobretudo "altos estudos", sem expressão de divergências, como forma da autonomia de pensar. Colóquios dessa natureza são oportunidade, exata-

Josaphat Marinho é Senador pela Bahia.

Exposição feita na 3ª Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador, Bahia, em 1º de novembro de 1993.

mente, para conferir tendências, que apenas podem encontrar o leito da confluência pela livre expansão das opiniões. Juizes que asseguraram a liberdade a todos, somente no contraste de idéias hão de descobrir caminhos comuns. As súmulas de jurisprudência dos Tribunais são exemplo significativo desse processo eficiente de conquistar unidade ao longo de decisões diferenciadas. O preparo intelectual, porém, é a base dessa operação de busca da uniformidade na diversidade de entendimento.

Nesta reunião, a que comparecem e em que debaterão Juizes de categorias e graus diferentes, entre magistrados federais e estaduais, as teses programadas serão, decerto, reveladoras de cultura sedimentada, com ânimo de renovação.

2. *Aperfeiçoamento cultural*

Em toda atividade profissional, a aptidão assenta em revisão freqüente do saber técnico e especializado. Não há competência consumada de um jacto, e as diferenças de capacidade são corrigidas pelo polimento contínuo. É a lição edificante de Rui: "se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança"¹. Vale dizer, todas as deficiências que a inteligência sã pode superar, são vencíveis, ou redutíveis, pelo esforço ordenado de cada dia.

Pressupondo a importância do papel do julgador, a Constituição de 1988 requer cultura ampla e atualizada dos magistrados, pelas exigências a que condiciona o exercício de suas tarefas. No art. 93, inciso IV, estipula que lei complementar, reguladora do Estatuto da Magistratura, deve conter "previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, como requisitos para ingresso e promoção na carreira". Desdobrando a imposição, determina, no inciso IX do mesmo artigo, que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". A faculdade, permitida à lei, de "limitar a presença", excepcionalmente, "às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes", reduz, não elimina a vigilância, e a assegura aos mais interessados na apuração da competência e da correção dos juizes. E a publicidade e a funda-

mentação dos julgamentos supõem, obviamente, segurança no opinar e no decidir, o que, por sua vez, reclama demonstração de subsídios científicos e de senso de objetividade, bastantes para gerar confiança no ânimo dos litigantes e da opinião em geral.

As provisões constitucionais, que autorizam esses comentários, não visam constranger o juiz, antes *acentuam o relevo de suas funções*, em face do Estado, da sociedade e dos indivíduos. Quem julga, em nome da lei, os seus semelhantes e as instituições públicas e privadas, ocupa espaço social e cultural que precisa preservar firmemente, e com serenidade. Não é o erro – inerente a qualquer tipo de atividade – que deve atemorizar, mas a dificuldade de revê-lo, diante de reclamação procedente. Quem decide com tranquilidade, mantém ou reforma o *juizado*, sem *constrangimento*. No apelo adequado à modificação de um despacho ou de uma decisão reside, não raro, a ocasião de sanar-se um equívoco.

Severamente técnico, segundo pondera Charlier, o ato jurisdicional tem duplo alcance: apura, "o mais corretamente possível", a verdade, "com força de verdade legal", e decreta "as medidas próprias a restabelecer ou proteger a ordem jurídica perturbada ou ameaçada". Assim, o ato jurisdicional deve consubstanciar uma "solução" que traduza e assegure "o máximo de garantia"². Dentro dessa configuração, é natural que projeto sobre quem o pratica grave tensão, de regra por parte de interessados diretos, e em casos de maior efeito por extensas camadas da sociedade. De qualquer modo, trata-se de ato do Estado cuja finalidade última é restaurar o equilíbrio abalado, envolvendo, pois, enorme responsabilidade de quem o emite e dele exigindo discernimento e sólida formação intelectual. Daí as cautelas do legislador constituinte, que, parecendo exageradas, valorizam o perfil do magistrado.

Para melhor resguardá-lo, a Constituição revestiu de caracteres especiais a independência do Poder Judiciário, que precisa ser mantida. Será temerária toda modificação no texto ofensiva da liberdade de julgar, até para que não incida em declaração de inconstitucionalidade. Sobre os mecanismos de controle externo e interno e seu aperfeiçoamento, tivemos oportunidade de dissertar perante o IV Con-

¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, dedicada à turma de 1920, da Fac. de Dir. de São Paulo – Fund. Casa de Rui Barbosa, Rio, 1985, p. 21.

² CHARLIER, R.E. *Le Juge et le Service*, in *Mélanges offerts a Marcel Waline*, T. II, 1974, pp. 326-327.

gresso Nacional da Magistratura Trabalhista, realizado este ano, em Belo Horizonte. Mas o fortalecimento do controle não deve atingir o princípio de independência, dada a extensão, como a responsabilidade, do poder jurisdicional.

3. Amplitude da prestação jurisdicional

A agravar os encargos do juiz, acresce, como assinalou Castro Nunes já em 1943, que "o Estado cada vez mais se define pela *jurisdicionalização*, em que se traduz a sujeição dos seus atos à observância da norma geral, lei ou regulamento". Nem os regimes autoritários fogem a essa tendência. No quadro de 1964, os atos institucionais excluíram de apreciação judicial certas medidas, ou a limitaram "ao exame de formalidades extrínsecas". Mesmo a Carta de 1967, entretanto, conservou o princípio de que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 150, § 4.º), mantido até pela esdrúxula Emenda n.º 1, de 1969 (art. 153, § 4.º).

A certeza da legitimidade desse princípio restabeleceu-se, fortalecida, com o Estado de direito, a que a Constituição de 1988 acrescentou o qualificativo "democrático" (art. 1.º). Traçando o Estado de direito, necessariamente, raias ao exercício de poderes e regalias, e sendo comum a exorbitância originária de autoridade e indivíduos, há sempre ensejo de múltiplos apelos a Juizes e Tribunais, em áreas diversas e sobre questões variadas.

Ademais, a Constituição atual não se restringiu a restabelecer, em sua plenitude, o princípio segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.º, inc. XXXV). Criou o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data* (art. 5.º, incisos LXX, LXXI e LXXII). No âmbito privativo do Supremo Tribunal Federal ampliou os titulares da ação de inconstitucionalidade (art. 103), abrangida por omissão (§ 2.º), e a Emenda n.º 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, por acréscimo do § 4.º ao art. 103 da Constituição. Em sentido genérico, foi atribuída ao Ministério Público a função de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III). Ao Superior Tribunal de Justiça, a par de competência sobre vá-

rias matérias, foi reservada a de julgamento do recurso especial, fundado em questão de legalidade ou de divergência jurisprudencial (art. 105 e inciso III).

Avultam, em consequência dessas normas, o número e a índole dos dissídios. Universalizada a proteção da ordem jurídica e inovados os mecanismos de defesa dos direitos, o magistrado há de enfrentar complexas situações jurídicas e de fato, cuja solução adequada requer conhecimento científico e agudeza. No torvelinho de regras positivas, materiais e formais, de períodos diversos e não raro contraditórias, como na esfera das leis civis e das tributárias, demandam esforço singular a descoberta e o reconhecimento do preceito seguramente aplicável. Se Varas, Juntas de Conciliação e Julgamento, Turmas ou Seções especializadas limitam o campo de atuação, exigem também mais profunda percepção de domínios distintos do direito, que se vão alargando, inclusive pela renovação das relações criadas, a que não falta o impulso da tecnologia.

4. Princípios genéricos e fundamentais

Maior é a dificuldade porque, além dos mandamentos diretamente vinculados ao poder jurisdicional, há princípios genéricos na Constituição, que não devem ser desprezados pelo juiz. O § 2.º do art. 5.º admite o reconhecimento de direitos e garantias implícitos, desde que "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". A norma é tradicional e sábia, vem da Constituição de 1891 (art. 78), haurida na fonte americana de 1787 (art. IX). Permite enriquecer o sistema constitucional de acordo com sua essência ou seu espírito, sem necessidade de modificação formal. Mas extrair de "direitos e garantias expressos" ou de instrumentos internacionais, por interpretação construtiva ou criadora, novas âncoras jurídicas, compatíveis com o sistema analisado, é operação mental de nível extraordinário. Pressupõe noção exata de complexo mecanismo político e jurídico estabelecido e atilada percepção de compromissos, nem sempre claros, de instrumentos da política externa.

Assinalável, ainda, é que a Constituição de 1988 encerra, no seu pórtico, e pela primeira vez entre nós, "princípios fundamentais", assim declarados. A enumeração de que a "República Federativa do Brasil" é "Estado democrático de direito", e a menção a "soberania",

³ NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1943, p. 3.

"cidadania", "dignidade da pessoa humana", "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" e "pluralismo político", bem como a acentuação do poder do povo, exercido "diretamente" ou "por meio de representantes eleitos", conforme expresso no art. 1.º, o relevo dado, no art. 2.º, aos três Poderes "independentes e harmônicos", a especificação dos "objetivos" de "construir 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", consoante dito no art. 3.º, e as diretrizes traçadas para as "relações internacionais", inclusive a "prevalência dos direitos humanos", na forma do art. 4.º – tudo sob o título "princípios fundamentais" –, essas prescrições contêm pressupostos de interpretação de todo o texto. Mesmo admitido que o estilo adotado não é o mais técnico ou próprio, cabe ao exegeta considerar a finalidade superior de que se revestem tais cláusulas primeiras, vendo-as como norte ou guia de entendimento integrado do texto constitucional.

Se não se presume a existência de disposições inúteis no corpo das leis e das constituições, e se, hoje, as normas programáticas são geralmente consideradas portadoras de eficácia, é inegável que provisões inscritas como "princípios fundamentais" hão de impor-se ao juiz do intérprete. É o que obriga o relevo necessário, conforme o caso discutido, de noções como justiça social, bem comum, ou interesse público, que são valores insitos aos princípios fundamentais e ao tecido geral da Constituição. A esses cânones pode dar-se dimensão variável, no confronto com os fatos, pois não devem ser vistos abstratamente, como conceitos absolutos. Não é lógico nem jurídico, porém, ignorá-los, sem desprezo condenável ao conjunto e ao espírito da Constituição, assim como à realidade dos conflitos sociais e econômicos, que pela lei devem ser contidos ou atenuados.

5. Complexidade da função judicante

É claro que a atenção a esses "princípios fundamentais" torna mais complexa a tarefa do juiz, visto que o conduz a comparar e conciliar ou distinguir múltiplas normas, gerais e específicas, para dizer o direito aplicável. A obrigação ampliada inquieta mas dignifica, como um consecratário de sua condição de jurista e de órgão oficial investido do dever da pres-

tação jurisdicional. Por isso, Gérard Duprat sublinha que "a Justiça é para a instituição social o que a verdade para o sistema do pensamento: "o valor regulador", "um valor por natureza político", sendo a autoridade judiciária "peça, mais ou menos importante segundo o caso e o momento, numa estratégia de relação de forças concernente à partilha do poder na comunidade social"⁴. A neutralidade do magistrado não o impede dessa missão, porquanto é imparcial no exame dos fatos, porém os valoriza, na indagação da verdade, e deve solidariedade à lei, na sua letra, no seu espírito, ou na força transformadora que ela encerra e dela possa ser desenvolvida, como o demonstra, lucidamente, José Eduardo Faria, divisando "os juizes em face dos novos movimentos sociais"⁵.

Nessa operação, que envolve conhecimento, experiência e intuição, o juiz por vezes extrai da lei, por imperiosa consideração de fatores a ela supervenientes, o que no texto está apenas envolto. É a tarefa criadora, que completa a lei ou lhe dá nova dimensão, para mantê-la contemporânea da realidade sobrevida. À luz da conveniência social de evitar que a vida em mutação constante esgote o conteúdo da norma, o juiz a estende, mediante interpretação construtiva, a situações antes imprevisíveis, mas que se enquadram no cerne da matéria originariamente regulada. Sem negar-lhe a substância ou o espírito, o juiz insufla vitalidade à norma, para conservá-la portadora de eficácia real, até que o legislador emita outro instrumento disciplinante adequado, ou inovador. Foi o que ocorreu com a correção monetária nas desapropriações.

Também influem no poder criador do juiz, conforme acentua Belaid, os princípios gerais de direito e "noções fundamentais" como "ordem pública", "boa-fé" e "abuso de direito", que não são conceitos "formuláveis a priori", mas de delineamento apurável no curso do esforço de ajustar à lei às transformações da vida social⁶. E é, efetivamente, o que indicam os

⁴ DUPRAT, Gérard. "Justice et participation", in *L'État de Droit – Travaux de la mission sur la modernisation de l'État publiés sous la direction de Dominique Colas*, PUF, Paris, 1987, pp. 113-132, cits. pp. 115-116 e 123.

⁵ FARIA, José Eduardo, *Justiça e Conflito*, Ed. RT, 1991.

⁶ BELAID, S. *Essai sur le Pouvoir Créateur et Normatif du Juge*, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 341-343.

arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, sobretudo quando se referem, o primeiro, “aos princípios gerais de direito”, e o outro, “aos fins sociais da lei” e “às exigências do bem comum”.

6. Traços da jurisprudência brasileira

A tradição da jurisprudência brasileira, se não é de audácia, revela penetração bastante para situar as normas em presença da realidade e delas colher efeitos conciliáveis com o tempo de sua aplicação.

Por seu relevo histórico e político, recorde-se, com primazia, a “teoria brasileira do *habeas corpus*”, com que o Supremo Tribunal Federal, no início da República e da vigência da Carta de 1891, sob provocação de Rui Barbosa, diante de crescentes atos de arbítrio e da falta de remédios específicos estendeu a garantia constitucional a outros direitos, que não o de locomoção, embora baseado nele. E a extensão pretoriana prevaleceu até a reforma constitucional de 1926, que restringiu, formalmente, a garantia ao direito de ir e vir (§ 22 do art. 72).

Em estudo sobre “perspectivas do controle de constitucionalidade”, fixamos exemplos marcantes da função criadora da jurisprudência nos regimes de 1934, 1946 e 1967. Em todos se observa que a Corte Suprema não admitiu a anulação de sua competência corretiva de abusos, em submissão à letra de regras circunstanciais. Comprobatória dessa atitude é a orientação que firmou em face do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, que considerou “aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo governo e dos seus efeitos”. Como salientamos no trabalho referido, era uma regra discricionária no fecho da Constituição. A Corte Suprema oscilou no entendimento da cláusula. Se declarou que encerrava verdadeiro “bill de indenidade”, não cumprindo ao judiciário “abrir distinção entre atos legais e ilegais”, também firmou que aprovados foram “somente os atos que se continuam nas faculdades outorgadas a essas autoridades”. Acórdão lavrado pelo Ministro Costa Manso, distinguindo sabiamente onde o legislador generalizou, concluiu: “tratando-se de ato comum da administração, sem caráter político ou discricionário, está sujeito à apreciação dos Tribunais Judiciários”. Desse modo, a Corte excepcionou dentro do que o constituinte pretendia enfeixar num molho insepará-

vel e indistinguível. Diretriz equivalente a essa adotou o Tribunal ao declarar a inconstitucionalidade parcial do Decreto n.º 322, de 1967, editado com base no art. 58, I, da Carta autortária também de 1967, e concernente à segurança nacional. Além de assentar que o “conceito de segurança nacional” não era “indefinido nem vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente da República ou do Congresso”, a decisão elucidou que nele não cabia “assunto miúdo de Direito Privado ... como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários”⁷.

Na vigência da Constituição de 1988, diversa não é a direção da jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal já tornou explícito – cremos que pela primeira vez, entre nós – o poder de declarar inconstitucional norma decorrente de emenda à Constituição, ao suspender a cobrança do Imposto sobre Movimentação Financeira – IPMF, por violação ao princípio da anualidade (CF, art. 150, III, *b*) e ao da imunidade recíproca entre as entidades da Federação (art. 150, VI, *a*)⁸.

Outras decisões vão rasgando novos horizontes. A Constituição estabelece, no parágrafo único do art. 62, que “as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação”. Esclarecendo ou completando o texto, o Supremo Tribunal decidiu que “a perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de trinta (30) dias”⁹. Interpretando o alcance do art. 93, inciso II, alíneas *a* e *b*, da Carta federal, a alta Corte fixou que “não pode o ato normativo primário ou secundário privilegiar a antiguidade, na promoção por merecimento do magistrado, mais do que faz a Constituição”¹⁰. Acentuando que “não há direito adquirido contra a Constituição” e conferindo

⁷ MARINHO, Josaphat. “Perspectivas do Controle de Constitucionalidade”, in *Notícia do Direito Brasileiro*, publicação anual do corpo docente do Departamento de Direito da Univ. de Brasília, 1977, pp. 31-51, cits. pp. 42 e 45.

⁸ Acórdão.

⁹ Acórdão na ADIn n.º 293-93 – Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁰ Acórdão na ADIn n.º – Rel. Min. Carlos Velloso.

dimensão compatível com o sentido ético e político do art. 37, inciso I, além de fazer remissão ao precedente da ação direta de inconstitucionalidade n.º 245, o Supremo Tribunal considerou firmado “o entendimento de que, em face da atual Constituição, não mais se admitem, dada a necessidade de concurso público para as diferentes formas de provimento derivado de cargo que não decorrente de concurso, institutos como, entre outros, o da ascensão funcional e o da transformação de cargos”¹¹. Com a mesma acuidade, decidiu, em processo de Mato Grosso, que “padecem dos vícios de forma e de fundo normas da Constituição do Estado que revelem a criação de cargos de Conselheiro-Substituto a serem preenchidos sem concurso público, atribuindo-se aos ocupantes atividade própria dos auditores”¹². *Eis alguns exemplos em que a Suprema Corte valorizou, mais do que a letra ou os limites formais, o sentido político ou educativo da norma, dando-lhe compreensão impositiva da prevalência de artifícios, ou de aspectos secundários.*

O Superior Tribunal de Justiça, contemporâneo da Carta de 1988, já vem adotando, também, interpretação condizente com a realidade cultural. Deu compreensão ampla ao art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, apesar das condicionantes nele estabelecidas, e assegurou “ao militar anistiado as promoções a que teria direito se permanesse na ativa”. E o fez admitindo que o militar “lograria êxito” na carreira, “se não fossem suprimidas idênticas oportunidades, por ato de exceção”¹³. Com agudeza reconheceu que o mandado de segurança contra decisão judicial “substancialmente, configura medida cautelar”¹⁴. Em sucessivos julgamentos, em recurso especial, tem admitido, clarivamente, o pré-questionamento “implícito”, proporcionando o exame da causa¹⁵. Ainda em

recurso especial, já decidiu que, “em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado”. E acentuou: “Em se tratando de direitos fundamentais de proteção à família e à filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudia discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica”¹⁶.

De esperar é que toda essa orientação se consolide e se amplie, para que os textos normativos encontrem sempre, nas Cortes e na opinião dos juizes, o suporte necessário a sua justiça e a seu alcance social. Com igual espírito, há de aguardar-se o instante em que o conhecimento de matéria constitucional, sobretudo no Supremo Tribunal e à vista do art. 102, não dependa de pré-questionamento. O que é pressuposto da função de julgar, máxime na ordem constitucional, prescinde de iniciativa das partes.

7. O juiz, o legislador e o Estado de direito

Esse papel construtivo ou criador do juiz não invade a competência legislativa, se é inspirado na norma escrita e com o objetivo de mantê-la eficaz e atual, diante dos fatos. Assim exercitado, integra ou compõe o trabalho do legislador, concorrendo para que o direito positivo não seja imobilizado nos seus contornos formais, enquanto a vida muda e gera novas relações. Como as leis não se alteram paralelamente às transformações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, o poder renovador do juiz amortece o atraso delas em confronto com a realidade, reduzindo aquela revolta dos fatos contra os códigos, da penetrante observação de Gaston Morin.

Conjugando prudência e energia intelectual, o magistrado ou Tribunal, sem desconhecer a lei escrita nem a doutrina, e não se escravizando a nenhuma delas, deve realizar, a serviço da sociedade, objetiva política jurídica. Se o positivismo jurídico argüi que somente a norma é dado concreto apreciável, a realidade responde-lhe que o direito, por sua índole social, se cria como instrumento para a vida sempre em mudança: dela se constitui força disciplinadora, não de enclausuramento.

Na interseção de um para outro século e na infância de uma Constituição nascida há cinco anos com a marca do Estado democrático

¹¹ Acórdão no RE n.º 157.538-93 – Rel. Min. Moreira Alves.

¹² Acórdão na ADIn n.º 184-93 – Rel. Min. Marco Aurélio.

¹³ Ac. 1.ª seção no MS n.º 1.327-0, Rel. Min. Peçanha Martins.

¹⁴ Ac. 6.ª T. no RMS n.º 2.043, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro.

¹⁵ Acs.: RESP n.º 9.088, Rel. Min. Milton Ferreira; RESP n.º 27.939, Rel. Min. Pádua Ribeiro; RESP n.º 12.015, Rel. Min. Gomes de Barros.

¹⁶ Acórdão 4.ª T. no RESP n.º 7.631, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

de direito, o magistrado não pode escusar-se a essa tarefa grave, mas engrandecedora da função de julgar. O Estado de direito expressamente consagrado, apesar de ser um conceito polêmico, contém valores permanentes, que se encerram na noção de poderes e direitos limitados, para que prospere o bem comum.

Em recentes trabalhos elaborados sobre a modernização do Estado francês, Michel Mialle examinou, precisamente, *Le retour de l'État de Droit*. Com singular perspicácia, salienta que "refletir sobre o Estado de direito, hoje, é considerar não só a importância da questão, mas, sobretudo, que ela interroga nossa sociedade e nosso futuro, a partir do que parece fundamental". Situa valores fundamentais ou "evidentes", como a proteção pelo direito, o respeito ao indivíduo, o caráter necessariamente limitado do poder público. Realça que, "na expressão Estado de direito, a palavra *direito* é mais importante que a palavra *Estado*: isto significa que uma hierarquia impõe o direito ao Estado, submetendo os governantes a normas que organizam suas próprias sanções". E raciocina, com visão sociológica, que "não se pode mais pensar a crise atual como uma disfunção provisória ou como o acesso a um novo mundo reunificado, mas, ao contrário, como um novo modo de existência social: em realidade, com a mudança social, transformou-se a representação dessa mudança"¹⁷.

8. Interseção de riscos

Nesse "novo modo de existência social", o homem integrado em instituições profissionais, políticas e culturais, ou estranho a elas mas constantemente informado pelos meios de comunicação, quer ver no direito, inteligentemente interpretado, e nos seus agentes, um obstáculo à expansão da injustiça na comunidade. Assim há de ver, ou a idéia de ordem, considerada obsoleta ou inútil, não será impedimento à maré montante da rebeldia de multidões. Ou os Poderes se congregam na diligência pela contenção das ondas que se avolumam, ou o sofrimento desespera das formas legais inadequadas, ou impropriamente interpretadas e aplicadas.

Cumpra aos órgãos do Estado ter presente, nessa travessia de perigos, a advertência de Georges Burdeau: "o Poder é um fato que não se sustenta senão por crenças"¹⁸. É exato: se as crenças amorteçam, sobrevem a desilusão, geradora de resistência à ordem constituída. A prudência aconselha a políticos e juizes, e a quem mais detenha uma parcela de Poder, que se esforcem por evitar o desengano coletivo. As crenças podem confrontar-se, na busca de preponderância, sobretudo nas fases de crise. É próprio do sistema democrático. Mantê-las vivas, porém, dentro do processo de mudança, é essencial ao regime de liberdades e ao desenvolvimento nacional pacífico. Distante das forças em conflito, o Poder Judiciário deve exercer, na contenção dos riscos, assinalável papel de equilíbrio.

¹⁷ MIALLE, Michel. "Le retour de l'État de Droit", in *L'État de Droit*, obra coletiva cit., pp. 217, 226, 242, 250.

¹⁸ BURDEAU, Georges. *L'État*, Editions Seuil, Paris, 1970, p. 77.

Custas processuais

ANTÔNIO DE SOUZA PRUDENTE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Custas, no processo histórico. 3. Custas processuais - conceito amplo. 4. Custas processuais, na sistemática do nosso Código de Processo Civil. 5. Custas processuais, na Lei de Execução Fiscal - Orientação Jurisprudencial. 6. Taxa Judiciária - espécie do gênero custas. 7. Atividade jurisdicional do Estado e direito constitucional à jurisdição. 8. Da Imunidade Tributária, em matéria específica de Taxa Judiciária. 9. Da Responsabilidade pelo pagamento das custas processuais. 10. Conclusão.

1. Introdução

Neste momento histórico-nacional, em que se busca, com evidente atraso, a revisão e o aprimoramento da legislação ordinária, no propósito de afiná-la à sistemática constitucional vigente e, de forma emergencial, às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição Federal, impõem-se algumas considerações sobre o conceito de *custas processuais* e suas interferências em nosso ordenamento jurídico, a fim de se evitar o equívoco dominador dessa figura, que tanto gravita no exercício do direito de ação e na linha de desenvolvimento do livre acesso à Justiça pelo devido processo legal, com vistas a garantir a plena cidadania.

2. Custas, no processo histórico

Observa o processualista José de Moura Rocha, lembrando lições de Júlio Carril, que pela primeira vez a condenação em custas contra o demandado temerário, vencido em juízo, apareceu na *Lex I do Cod. Th. de fructibus et litis expensis* de Valenciano e Valéncio. Esta orientação foi mantida na lei do Imperador Leão, quando se admitia, em favor dos clérigos, a supressão da *Temeritas*, como requisito para a conde-

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal - Diretor do Foro e Presidente do Centro de Estudos e Treinamento da Seção Judiciária do Distrito Federal.

nação em custas. Mas, na hipótese, exigia-se a *petitio non justa et legitima*, o que significou uma avançada e importante reforma na sistemática greco-germânica.

A Constituição de Zenão inovou na matéria ao estabelecer que "o juiz deve condenar nas custas o vencido". No direito justinianeu fixou-se a noção objetiva da imposição das custas ao vencido, pela simples razão de sê-lo (vencido).

Na Idade Média, o direito germânico trouxe, em seu processo, algumas referências aos gastos judiciais, como a retribuição dos representantes em juízo, a remuneração às testemunhas, os direitos aos notários e aos chanceleres, além de gastos com traslados, dentre outros motivos.

A partir do século XI, os glosadores começaram a construir teorias sobre *custas*, partindo de interpretação dos textos romanos. Criou-se a teoria dominante do *vicius victori*, "pois o objeto da condenação nas custas não é o de castigar a derrota como tal, mas o dolo do litigante e com ele o litigante de boa-fé ficava isento do pagamento das custas. Como consequência disto e da análise do direito justinianeu, formularam-se as seguintes máximas: a) só está obrigado ao pagamento das custas quem litiga por calúnia ou temeridade, quer dizer, sem justa causa; b) fica isento de custas quem tem a seu favor *justa causa litiganti*; c) a justa ignorância é justa causa e absolve do pagamento das custas" (Júlio Carril).

Ao longo dos séculos XII, XIII e XIV, os leigos e canonistas construíram doutrina processual sobre custas, que teve predominância até o século XIX. A condenação em custas ao vencido era a regra, mas com grande quantidade de exceções. Ela era aplicada ao litigante que não tinha razão. Como castigo era aplicada ao litigante temerário, ao revel. Mas, havendo por parte do vencido, boa intenção ou motivo justificado para pleitear, ficava o vencido eximido da imposição de custas, ou seja, de sua condenação em custas¹.

Nos tempos atuais, de acordo com a doutrina alemã, as custas processuais são de duas espécies: *custas judiciais* e *extrajudiciais*. As *custas judiciais* (Kösten, Gerichtskosten) subdividem-se em dois grupos: I) as *taxas judiciais*, percebidas pelo Estado, e II) os *desembolsos* que o mesmo Estado realiza, para o cumprimento de diligências, pagamento de viagens a

funcionários judiciais, despesas com peritos e testemunhas, etc. As custas extrajudiciais são os honorários de advogado, de procuradores e despesas feitas pelo litigante, para a defesa de seus direitos. "Estas criam uma relação de direito privado", conforme destacam Rosenberg e Goldschmidt.

Na França, constituem-se *custas* os gastos efetuados pelo advogado, no seu mister (selos, notários, etc.), tais como os direitos de registro de atos, os honorários dos oficiais judiciários, os gastos de viagens com o advogado, correspondências, consultas a algum jurista, sob a forma de parecer e mesmo fora da atuação propriamente judiciária.

No direito espanhol, são custas todos os gastos ocasionados na sustentação do pleito ou de qualquer assunto judicial, ou seja, os honorários, selos e despesas com auxiliares da justiça, nas atuações judiciais.

No processo mexicano, afirma Palhares que "por custas entendem-se os gastos que são necessários para fazer iniciar, tramitar e concluir um juízo. Hão de ter uma relação direta com o processo, de tal maneira que, sem elas, não possa este concluir-se legalmente".

No Uruguai, ensina Eduardo J. Couture, que as *custas* ou *custos* constituem a indenização do vencido ao vencedor, quando o Juiz, por força da lei ou por apreciação da conduta daquele (o vencido), condena-o no ressarcimento dessa parte dos gastos causídicos².

Vê-se, pois, ao longo da história, a larga abrangência do conceito de custas, que não se compadece das restrições equivocadas, nos dias de hoje, tanto na doutrina quanto na seara da jurisprudência.

3. Custas processuais – conceito amplo

A palavra *custas* deriva do verbo latino *constāre* (constō, ās, āre), no sentido de ter o preço ou o valor, designando a *soma de despesas* ou o *dispêndio* que se tem no andamento de um processo.

São os custos do litígio, as despesas que necessariamente devem fazer os sujeitos da lide, para obter a atuação da lei, mediante a resolução judicial, que pretendem (Podétti, apud Júlio Carril).

Na lição de Giuseppe Chiovenda, compreendem-se no conceito de *custas*, além das taxas de selo e registro, relativas aos atos processu-

¹ ROCHA, José de Moura. *Custas Judiciais* – Enciclopédia Saraiva do Direito – v. 22 – pp. 158/162 – Editora Saraiva – 1979

² COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário Jurídico* – Ediciones Depalma – Buenos Aires – 1988 – p. 187.

ais, também os *emolumentos* de cartório e dos oficiais de justiça, os honorários dos advogados, de procuradores, as despesas com testemunhas, peritos, diligências, a determinar conforme os casos, ou conforme as taxas legais referentes aos atos de que se trate, ou conforme a quantia efetiva da despesa considerada, ou conforme a avaliação do juiz.

Observa, ainda, o renomado processualista que “a taxação não compreende as despesas dos atos *reconhecidos supérfluos*”, sendo que a própria lei considera como supérflua a intervenção de mais de um procurador para representar várias pessoas que tenham interesse, por uma ação ou obrigação individual; assim como a assistência dos procuradores aos interrogatórios e a um juramento não realizados em audiência; bem assim, a viagem dos procuradores na causa, para assistirem atos realizados na jurisdição de um tribunal, que não aquele perante o qual corre o processo e junto ao qual desempenham o mandato³.

Não devem, ainda, ser considerados como custas os gastos desnecessários à tramitação processual, tais como os gastos proibidos pela lei e pela ética. Assim, as gorjetas e propinas, no intuito de alcançar favores de algum funcionário, obviamente, não se consideram custas, porque resultam de atividade criminosa (Código Penal, arts. 317 e 333).

Custas processuais são as despesas ou gastos necessários a se iniciar, desenvolver e terminar um processo, nos termos legais.

4. Custas processuais, na sistemática do nosso Código de Processo Civil

A nossa legislação processual civil, em matéria de custas, inspira-se na doutrina alemã e na italiana, com fulcro na responsabilidade objetiva do vencido.

Apregoa Chiovenda o princípio geral de que “a parte vencida é condenada ao pagamento das custas do processo” (art. 370). Se várias forem as partes condenadas, repartem-se proporcionalmente as custas, ou na medida de seu interesse na contenda. Se as partes forem condenadas por obrigação solidária, poderão as custas ser atribuídas a cada qual, solidariamente. Caso a sentença não dispuser sobre a reparação, far-se-á proporcionalmente (art. 371).

O fundamento dessa condenação é o fato

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* – v. III – Ed. Saraiva pp. 207/211.

objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante⁴.

O nosso Código de Processo Civil identifica o conceito de custas com o de despesas processuais, na dicção de que “as despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico” (CPC, art. 20, parágrafo 2.º). O *etc.* está implícito, evidentemente, na extensão processual dessas despesas.

De lege ferenda, melhor seria a redação seguinte: “As custas abrangem não só as despesas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico, dentre outras necessárias e que tenham relação direta com o processo”.

Adotando, ainda, o conceito histórico e amplo de custas, o CPC estabelece que “as sanções impostas às partes, em consequência de má-fé, serão contadas como custas e revertirão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventários pertencerão ao Estado” (art. 33).

De ver-se logo que tais custas não têm natureza tributária, pois, *de lege lata*, tributo é prestação pecuniária, que não constitua sanção de ato ilícito (CTN, art. 3.º). As custas impostas a serventários, com caráter punitivo e destinadas aos cofres do Estado, são meros *ingressos* a compor a receita pública, sem conotação tributária.

As custas processuais, na sistemática vigente, regem-se pelos princípios da *antecipação* ou do *adiantamento das despesas* e da *responsabilidade objetiva do vencido*, que deve arcar com todos os ônus da sucumbência.

Neste sentido, o CPC determina que “salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela senten-

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 212.

ça" (art. 19, *caput*). "O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual" (art. 19, parágrafo 1.º). "Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público" (art. 19, parágrafo 2.º). "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria" (art. 20, *caput*). E, ainda, "o juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido" (art. 20, parágrafo 1.º).

A Lei n.º 4.215, de 27.4.63 (EOAB), que é contemporânea e da mesma hierarquia da Lei n.º 5.869, de 11.1.73, que instituiu o CPC vigente, ao cuidar dos honorários profissionais (Capítulo VI), determina que "a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na Ordem o direito aos honorários contratados ou, na falta de contrato, aos que forem fixados na forma desta lei" (art. 96, *caput*), reconhecendo, assim, a validade jurídica dos honorários advocatícios contratados, *extra-autos*, além daqueles judicialmente fixados, na sentença, *intra-autos*, em benefício ressarcitório da parte vencedora, pois, diz, expressamente, que "na falta de estipulação ou de acordo, os honorários serão fixados por arbitramento judicial" (art. 97, *caput*), admitindo, inclusive, que "se o advogado ou o provisionado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandado de levantamento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou" (art. 99, *caput*) e "tratando-se de honorários fixados na condenação, tem o advogado ou provisionado direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja expedido em seu favor" (art. 99, § 1.º).

Nesse contexto, orienta a jurisprudência, com acerto, que "mandando o art. 20 pagar honorários "ao vencedor" e não ao advogado do vencedor", segue-se que, "salvo previsão expressa do contrato, o advogado tem direito à verba honorária neste ajustada, não à do objeto da condenação, que pertence à parte vencedora" (TFR - 6.ª Turma - AC 78.387 - SP. Rel. Min. Torreão Braz. Julg. em 17.11.82. V. Unânime - DJU de 9.12.82, p. 12.731).

Fixando-se no princípio chiovendiano de que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte vencedora, a cujo favor se efetiva, destaca-se a seguinte orientação pretoriana: "Tendo o advogado recebido, a título de honorários, parcela do valor judicialmente obtido, não lhe é lícito receber também a verba honorária resultante da sucumbência, salvo se houver pacto, nesse sentido, celebrado entre ele e seus constituintes. Os honorários e as despesas resultantes da sucumbência são, em princípio, destinados à parte, para compensar o vencedor do que despendeu com a contratação do seu advogado e com os gastos da causa" (STJ - 4.ª Turma. REsp. 15.338 - 0 - RJ - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. V. Unânime - DJU de 8.6.92, p. 8.621). "Na ausência de convenção em contrário, os honorários da sucumbência constituem direito da parte e se destinam a reparar ou minimizar seus prejuízos, em função da causa ajuizada. Inexistindo avença, condiciona-se o direito autônomo do advogado, para postular, executivamente, em seu próprio nome, os honorários da sucumbência, ao não recebimento de remuneração do seu constituinte" (STJ - 4.ª Turma. REsp 16.489 - 0 - PR. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Julg. em 12.5.92. V. Unânime - DJU de 8.6.92, p. 8.622).

Com essa inteligência, vem decidindo, acertadamente, o colendo STJ, *in verbis*: "Honorários de advogado - Condenação - Direito autônomo à execução. Código de Processo Civil, art. 20 - Lei n.º 6.215/63, art. 99, § 1.º. O advogado tem direito autônomo a executar a sentença, na parte em que impuser condenação em honorários, se já não os tiver recebido de seu constituinte. Ser-lhe-á lícito, ainda, proceder à execução, na medida em que a condenação exceder o que percebeu, posto que não se destina a verba a enriquecer a parte, fazendo com que do processo resulte-lhe proveito maior que o reconhecimento integral de seu direito. Hipótese em que o advogado percebia pagamento mensal, fazendo jus, ainda, a percentual sobre o efetivamente recebido. Impossibilidade de execução autônoma dos honorários, sem antes proceder aos necessários ajustes, para que se saiba a quanto poderia ainda ter direito." (REsp. 1.973 - SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJU de 28.5.90.)

De concluir-se, pois, que o advogado não tem direito a haver, além dos honorários ajustados, também a verba fixada na sentença, se não houver previsão expressa no contrato de honorários, *extra-autos*.

A todo modo, a norma do art. 20, *caput*, do CPC, consagrando o princípio da responsabilidade objetiva do vencido pelas custas do processo (*custas judiciais e extrajudiciais*), a não se permitir que a parte vencedora sofra qualquer prejuízo patrimonial, quando não fora atingida pelos efeitos processuais da sucumbência, autoriza as partes, ainda, na fase de instrução do processo de conhecimento, a carreamento aos autos seus contratos de honorários, para serem acertados, na linha do amplo contraditório constitucional (CF, art. 5.º, incisos LIV e LV), com vistas na composição do título judicial-executivo (sentença/acórdão), que imporá ao vencido os ônus totais da sucumbência, com o peso, inclusive, da verba honorária previamente contratada. Somente, assim, o vencedor fará jus ao nome, porque sairá indene da batalha judicial. Do contrário, e como tem sido, a parte vencedora nunca deixa de sofrer as seqüelas financeiras do processo, como se, de alguma forma, fosse vencida.

Os honorários advocatícios, contratados com a parte para a realização do processo ou judicialmente fixados nos autos do processo, integram, sem dúvida, o universo das custas processuais, em sentido amplo, e devem ser pagos pelo vencido.

Observe-se, com Celso Agrícola Barbi, que tais princípios se aplicam não só ao processo de conhecimento e ao de execução, segundo a lei, mas, igualmente, têm aplicação no processo cautelar e nos procedimentos especiais, que não se excluem dessa disciplina legal, porque *ubi eadem ratio, ibi eadem jus dispositio*. Submetem-se a esse disciplinamento, no que couber, os procedimentos de jurisdição voluntária (CPC, art. 34)⁵.

De *lege lata*, tem-se, assim, a presença norteadora do princípio do *adiantamento das despesas* ou *custas processuais*, com ressarcimento imediato, que há de reger todas as causas judiciais, abrangendo o *processo de conhecimento* e o de *execução*, bem ainda o *cautelar* e o *especial*, até *plena satisfação do direito declarado pela sentença*.

A exceção legal ao princípio citado ampara, tão-somente, os *beneficiários da justiça gratuita*.

Ninguém ousaria afirmar, decerto, que a

⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil* - v. I - t. I - p. 184 - Ed. Forense - 1.ª ed. - 1975.

União Federal, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, ou o Ministério Público, são beneficiários da gratuidade de Justiça, posto que esse privilégio necessário é privativo das *pessoas pobres*, na forma da lei (CF, art. 5.º, inciso LXXIV), do *autor popular*, salvo comprovada má-fé (CF, art. 5.º, inciso LXXIII) e dos autores das ações constitucionais de *habeas corpus*, de *habeas data* e dos *atos necessários ao exercício da cidadania* (CF, art. 5.º, inciso LXXVII).

De ver-se, também, que a verba honorária, contratada pela parte, ou fixada pelo juiz, na sentença, ainda que não se submeta ao princípio da antecipação das despesas, se encarta, topograficamente, *de lege lata*, na Seção das despesas processuais, integrando o conceito amplo de custas.

O Código não adota como regra geral a responsabilidade solidária dos vencidos pelo pagamento das custas processuais, pois determina que "concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção" (CPC, art. 23). Confirmam-se, nesta linha de determinação, o disposto nos arts. 21, 24, 25, 26, parágrafo 2.º, e 32 do CPC.

Apresentam-se como exceção ao princípio da responsabilidade objetiva da parte vencida, pelo pagamento das custas processuais, as normas dos arts. 22, 29, 31 e 35 do CPC, que afirmam a responsabilidade pessoal por culpa ou má-fé comprovada, nos autos. Por último, convém esclarecer que se as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido (CPC, art. 27), não se afasta, aqui, a aplicação do princípio da antecipação dessas despesas, por aqueles antes privilegiados, quando se apresentem indispensáveis ao desenvolvimento válido e regular do processo (*v.g.* despesas com perícias, diligências dos oficiais de Justiça, publicações de editais, etc.), posto não serem beneficiários da justiça gratuita (única exceção prevista no artigo 19, *caput*, do CPC), e, para tanto, devem incluir, em seus orçamentos verba própria para esses gastos processuais.

Nesse sentido, observa Theotônio Negrão que "dos arts. 27 e 19, § 2.º, combinados, resulta: - que o autor (mesmo que seja a Fazenda Pública: RJTESP 110/307) é obrigada a adiantar as despesas de atos determinados de ofício pelo juiz ou a requerimento do MP; - que a Fazenda

Pública, sendo autora, é obrigada a adiantar as despesas judiciais dos atos que requerer (contra: RT 632/105, maioria); sendo ré, o autor terá de adiantar as despesas dos atos por ela requeridos⁶.

Em reconhecendo que "a questão não é pacífica", anota, ainda, o citado autor que "se a autarquia requer perícia e o perito oficial pleiteia adiantamento para despesas necessárias, deve a requerente prover tais despesas" (TFR - 2.ª Turma - Ag. n.º 50.754/PR. Rel. Min. José Cândido - Julg. em 2.12.87 - Unânime - DJU de 26.2.87, p. 2.803). "As despesas de condução do perito devem ser adiantadas pelo expropriante, pois é inadmissível que tais gastos, pela sua amplitude, corram por conta de pessoas que apenas colaboram para atingir-se o objetivo da ação, sem exercerem cargo público, como é o caso do avaliador" (RTFR 102/25).

A colenda 4.ª Turma do egrégio TRF/1.ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 93.01.06124-4/DF, de que foi Relatora a eminente Juíza Eliana Calmon, confirmou, por unanimidade, decisão do Juízo Federal da Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, no entendimento de que "a Fazenda Pública em juízo deve responder antecipadamente pelas despesas da prova pericial, sendo inconcebível que o perito do Juízo seja pago após o término do processo e por precatório - art. 19, § 2.º, do CPC". Em sua lúcida votação, observou a ilustre Relatora que "a questão, polêmica sob o aspecto doutrinário e jurisprudencial, não resiste a um posicionamento firme, se visto sob o aspecto prático. E isto porque é impensável que possa o julgador valer-se de um bom profissional da sua confiança, o qual precisa, muitas vezes, efetuar despesas para desenvolver o *munus*, e deixar que a sua remuneração seja feita a final e por precatório. O privilégio que se queira outorgar à Fazenda, normalmente, como na hipótese dos autos, em que visa à obtenção de vantagem econômica, esbarra na impossibilidade de materialização do preceito".

Entendo, pois, à luz dos precedentes jurisprudenciais, em referência, que a interpretação literal e isolada da norma do art. 27 do CPC há de ser evitada por Juízes e Tribunais, a fim de que suas decisões não tenham efeitos paralisantes da dinâmica processual e da rápida distribuição da Justiça, posto que, no "Estado de-

mocrático de direito", ninguém *será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (CF, art. 5.º, inciso II).

O Estado-Juiz não deve, sem amparo na sistemática legal, obrigar o perito, que se dispôs a auxiliá-lo, no deslinde da causa, a retirar de seus vencimentos ou salários, necessários à sua subsistência, as despesas que haverá de ter, na realização da perícia, para ser ressarcido, ao final, pela Fazenda Pública (federal, estadual ou municipal e suas respectivas autarquias), através do instrumento injusto do precatório, com dilatado tempo, em parcelas.

5. Custas processuais na Lei de Execução Fiscal - Orientação Jurisprudencial

A Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, determina que a "Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independará de preparo ou de prévio depósito (art. 39, *caput*). Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária" (art. 39, parágrafo único).

O extinto e sempre egrégio Tribunal Federal de Recursos, interpretando literalmente os dispositivos legais em tela, sumulou a matéria, nestas letras: "A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear despesas do avaliador" (*Súmula n.º 99*) - Referências: Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º Ag. 42.260 - SP - Segunda Seção, em 10.11.81 - DJU de 5.2.82. CPC, art. 27. Lei n.º 6.830, de 22.9.80, art. 39 - Segunda Seção, em 17.11.81 - DJU de 24.11.81, p. 11.855.2 - "A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear despesas do oficial de justiça" (*Súmula n.º 154*) - Referências: Ag. 44.759-SP. Segunda Seção, em 22.5.80. CPC, art. 27. Lei n.º 6.830, de 22.9.80, art. 39. Segunda Seção, em 22.5.84, DJU de 30.5.84, p. 8.512.

Nessa linha de convicção, o colendo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, sumulou, também, sua jurisprudência nesta matéria, *in verbis*: "A Fazenda Pública - nesta expressão incluídas as autarquias - nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça" (*Súmula n.º 04*). Referências: Incidente de Uniformização de Jurisprudência no AI n.º 3150/90 - SP (90.03.20242-7). Tribunal Pleno, em 8.8.91 - DJU de 26.8.91. Lei n.º 6.830, de 20.9.80, art.

⁶ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor* - 24.ª ed. - 1993 - p. 90.

39, CPC, art. 27.

Não prevalecem, contudo, o entendimento das súmulas supracitadas, em face do sensível e acertado julgado do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

“DESPESAS PROCESSUAIS. PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA. TRANSPORTE DO OFICIAL DE JUSTIÇA PARA REALIZAÇÃO DE PENHORA. – No caso, o que pretende a Fazenda Estadual, com base nos arts. 27 do CPC e 39 da Lei n.º 6.830/80, é que o oficial de justiça financie as atividades, em última análise, de seu patrão. – Nenhum desses dispositivos determina que o serventuário da justiça retire de sua remuneração – que é paga pelo próprio Estado – as quantias necessárias ao pagamento das despesas com condução para o exercício de suas funções, e depois, ou as receba ao final do vencido, se a Fazenda for vencedora ou não as receba ao final de ninguém, se a Fazenda for vencida, certo como é que, neste último caso, em face dos termos do parágrafo único do art. 39, “se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária”, o que evidentemente não abarca as despesas feitas pelo oficial de justiça em diligência do interesse da Fazenda. – A questão não é, portanto, sequer de injustiça – que seria clamorosa –, mas de ausência de obrigação legal, a caracterizar a hipótese típica do princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 153, parágrafo 2.º, da Carta Magna). – Se o privilégio da Fazenda for entendido na extensão por ela pretendida, deve o Estado consignar, no orçamento, verba própria para essas despesas, no que diz respeito aos cartórios oficializados, uma vez que, quanto aos não-oficializados, essas despesas sairão dos emolumentos a estes devidos, e que são receita pública, como fixado pela jurisprudência desta Corte. Recurso Extraordinário não conhecido” (Recurso Extraordinário n.º 108.845 – 1 – SP. Rel. Min. Moreira Alves – 1.ª Turma/STF – Unânime – DJU de 25.11.88, p. 31.067).

De ver-se, pois, na inteligência jurisprudencial do Alto Pretório, que a Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias) não deve usar de

seus privilégios para dificultar ainda mais a situação aflitiva dos servidores públicos, de quem se não pode exigir o sacrifício extremo de empregar seus minguados vencimentos no cumprimento de diligências no interesse único do crário público, sem retorno.

Tais despesas não têm caráter tributário, mas sim indenizatório, e por isso se submetem ao princípio da antecipação e do ressarcimento imediato pela parte a quem aproveite a diligência requerida ou oficiada.

6. Taxa Judiciária – espécie do gênero *custas*

A natureza tributária da taxa judiciária já fora reconhecida e proclamada, por mais de uma vez, pelo Alto Pretório, na fala de que “as custas, conceituadas como espécie de taxa, ou com outra qualificação na órbita jurídica, constituem, sempre, não há negar, especial retribuição devida ao Estado, em razão de prestação de serviço público. Desde que não se qualificam como renda privada, infrutífera é a arguição de afronta às regras inscritas nos arts. 21, inciso IV, 18, § 2.º, e 21, § 2.º, inciso I, da Lei Magna” (Representação n.º 895 – GB. Rel. Min. Djaci Falcão – RTJ 67/327). No mesmo sentido, *inter plures*, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação n.º 1.074 – 1 – MT, de que, também, foi Relator o eminente Ministro Djaci Falcão (DJU de 7.12.84, p. 20.987) e no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 116.208–2–MG, de que fora Relator o douto Ministro Moreira Alves, nestas letras:

“Custas e emolumentos. Natureza Jurídica. Necessidade de lei para sua instituição ou aumento. – Esta Corte já firmou o entendimento, sob a vigência da Emenda Constitucional n.º 1/69, de que as custas e os emolumentos têm a natureza de taxas, razão por que só podem ser fixados em lei, dado o princípio constitucional da reserva legal, para a instituição ou aumento de tributo. – Portanto, as normas dos arts. 702, I, g, e 789, parágrafo 2.º, da Consolidação das Leis do Trabalho não foram recebidas pela Emenda Constitucional n.º 1/69, o que implica dizer que estão elas revogadas. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (DJU de 8.6.90).

Convém reparar-se, aqui, no entanto, o equívoco conceitual de *custas*, em que labora a Suprema Corte, tomando a espécie (taxa judiciária) como gênero, na convicção afirmada de que *custas* são espécie de *taxa judiciária*, quando,

em verdade, o fenômeno é inverso: *taxa judiciária é que se caracteriza e se apresenta, juridicamente, como espécie do gênero custas.*

Nessa inteligência, tenho visualizado a distinção entre *custas de natureza tributária (taxas judiciárias – espécie do gênero tributo) e custas não tributárias (despesas indenizatórias, contraprestacionais, multas processuais, etc).*

Observo, ainda, com honrosa vênua, que o Supremo Tribunal Federal não foi feliz ao considerar, indistintamente, todas as despesas do processo como taxas judiciárias, situando-as como contraprestação de serviço público específico e divisível, custeado pelo Estado.

De ver-se, assim, que aquela excelsa Corte já decidiu, noutra oportunidade, em sessão plenária, que

“em face das restrições constitucionais a que se sujeita a instituição de taxa, não pode o poder público estabelecer, a seu arbítrio, que, à prestação de serviço público específico e divisível, corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público” (RE n.º 89.876 – RJ. Rel. Min. Moreira Alves – RTJ 98/230).

Há de se distinguir, como conseqüência, na composição de *preparo* dos feitos iniciais (CPC, art. 257) e dos recursos, que dele dependam (CPC, arts. 519, *caput*, 527 e respectivo parágrafo 1.º e 533, *caput*), as *custas tributárias* (taxas judiciárias) daquelas *não tributárias* (contraprestacionais, ressarcitórias e punitivas), tais como as decorrentes de diligências dos Srs. Oficiais de Justiça, de realização de perícias, de fotocópias para traslados e outras dessa natureza, bem ainda, as resultantes de penalidades processuais (CPC, arts. 488, inciso II, 529 e 538, parágrafo único).

Conforme De Plácido e Silva, nesta razão, praticamente, o *preparo* se revela em todas as diligências para a feitura ou facção da conta das despesas do processo, de um período a outro, ou de *partes dele*, e no *respectivo pagamento*, que se efetiva pela entrega da soma apurada pelo *contador do juízo* ou *escrivão do feito*, para que este, por sua vez, a distribua a quem de direito. O *preparo* pode ocorrer em várias contingências. Há, assim, o *preparo da ação*, o *preparo da apelação*, o *preparo do agravo*, etc. Cada um deles mostra a conta das custas relativas à parte do processo, a que corresponde, e o respectivo pagamento efetivado por uma das partes litigantes. E, em qualquer circunstância, o *preparo* é operação ou medida, a que se deve atender, para que o processo, salvo

exceções legais, prossiga em seu andamento, seja em primeira ou em segunda instância⁷.

7. *Atividade jurisdicional do Estado e direito constitucional à jurisdição*

No campo das atribuições essenciais do Estado de direito, a atividade jurisdicional assume proeminência, configurando-se, para os cidadãos, a *garantia-matriz* de todas as demais, conforme nos ensina José Afonso da Silva, nestas letras:

“A máxima garantia dos direitos humanos, no Estado democrático – aquela que pode ser chamada *garantia-matriz*, porque, sem ela, as outras nada significam – está na existência de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade, de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais, e, especialmente, os que se manifestem entre a pessoa e o Estado”⁸.

A nossa Constituição Federal, em vigor, “assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *a*), apregoando, definitivamente, o princípio maior da segurança jurídica, na fala determinante de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, inciso XXXV).

A Carta Magna nos garante, assim, em termos amplos, o direito público-subjetivo, coletivo e difuso de ação, como manifestação efetiva do direito de petição aos poderes públicos, dentre os quais se destaca o Poder Judiciário.

Com o banimento da justiça privada e a assunção do monopólio do exercício da força pelo Estado, a decisão quanto aos conflitos de interesse, entre os indivíduos e entre estes e o poder público, passou a ser condição essencial da própria concepção do Estado de direito.

No pensar de Couture, se o exercício da força não está originariamente (salvo casos excepcionais, como, por exemplo, o desforço possessório, a legítima defesa, o estado de necessidade e a violência praticada no estrito cumprimento do dever legal), em mãos dos particulares, para a solução dos conflitos de interesses, eles são

⁷ E. SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico* – Ed. Forense – vv. III/IV – RJ/1982 – 7.ª ed. – p. 429.

⁸ DA SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional* – Ed. Revista dos Tribunais, p. 84.

obrigados a recorrer ao Judiciário, para verem satisfeitos seus direitos. O recurso ao Judiciário, portanto, se apresenta como algo inarredável, a ser atendido, obrigatoriamente, se alguém pretende fazer valer, no plano fático, os direitos de que é titular.

Para o reconhecimento e a defesa dos direitos e interesses privados, coletivos e difusos, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, quando contestados ou violados, só existe um caminho, que é o do exercício do direito de petição ao Poder Judiciário, o qual se manifesta, efetivamente, através da instrumentalidade do devido processo legal, em que se materializa o direito público-subjetivo de ação, de que nos fala Enrico Túlio Liebman.

Se o governado optar por outro caminho-exercício arbitrário das próprias razões – incorre em crime contra a Administração da Justiça (Código Penal, art. 345).

Como bem observa José Afonso da Silva, considerando que está vedada a Justiça privada, no Estado moderno, e um órgão do Poder Público se instituiu para substituí-la, não se pode negar a ninguém o direito subjetivo de deduzir, em Juízo, sua pretensão, contra aquele que a ela opõe resistência.

Adotamos, aqui, a tese de Juan Couture, na fala de que o Poder Judiciário não tem por que ser excluído dos órgãos e autoridades, ante os quais os particulares podem exercer o direito de petição. Este direito começou a perder sua identidade, e alterou suas formas originárias, quando o governo representativo começou a subministrar novos instrumentos de petição indireta, mediante deputados e senadores. De outro lado, porém, foi fortalecendo-se, paulatinamente, perante o Judiciário, em razão da existência de leis processuais, cada vez mais aperfeiçoadas, que regulam seu exercício e asseguram sua eficácia.

Tanto que esse direito, exercido ante o Poder Legislativo, tem perdido boa parte de sua eficácia por força do sistema parlamentar-representativo, e tenha debilitada sua importância, perante o Executivo, em razão de não existir uma lei regulamentadora do mesmo que criasse um dever correlativo de apreciação por parte do poder administrador-executivo, que sua significação, perante o Judiciário, tem crescido consideravelmente.

Com isto, o direito de petição assume uma característica particular. Enquanto, perante os

outros poderes, configura somente uma relação entre o particular e a autoridade, ante o Poder Judiciário, envolve um terceiro, que se vê, assim, ainda, que contra sua vontade, vinculado à petição.

Esta circunstância explica que, tradicionalmente, ainda muitíssimo antes que o direito de acesso ao Tribunal fosse elencado entre os direitos de petição, o debate forense tenha sido regulamentado através da lei processual e tenha criado de parte do poder público um dever jurídico de pronunciar-se a respeito da pretensão.

A existência de uma lei regulamentadora, como é a lei processual, de caráter instrumental, e o dever jurídico de decidir a controvérsia, que foi sempre o correlativo de parte do poder público, foram sempre as notas dominantes do ato jurisdicional. A existência dessa mesma lei regulamentadora e da sentença, como ato de pronunciamento do poder público foram, provavelmente, as razões decisivas, para que a ação civil tivesse, historicamente, uma força muito maior que a petição, perante o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A tese que sustentamos, aqui, consiste em que a lei processual constitui a norma regulamentadora do direito de petição. Pretendemos afirmar, assim, porque nos parece óbvio, que o direito de ação constitui uma forma típica do direito constitucional de petição. Este é o gênero, de que a ação é espécie.

O direito de petição foi, em sua formulação originária, um direito privado (*private bill*). Logo adquiriu, em notórios textos de direito constitucional, um caráter de garantia (*right of petition*).

Quando o direito de petição apareceu formulado, como um direito individual, no *Bill of Rights* de 1689, a estrutura dos poderes não havia chegado ainda à conformação que a aguardava, posteriormente, em especial, a partir do século XVIII, sobre a base de uma nítida distinção entre Legislativo, Executivo e Judiciário. O Rei era, simultaneamente, legislador, governante e juiz. Toda outra forma de autoridade emanava dele, por delegação. Os exemplos de autoridade popular foram, ao largo da história, verdadeiros momentos de exceção até o século XVIII.

O direito de petição se exerceu, pois, originariamente, perante quem reuniria em si todas as faculdades da autoridade.

Quando o princípio da divisão de poderes, arquitetado por Montesquieu e preconizado por

Aristóteles, na Grécia, começou a desenvolver-se, o direito de petição se desdobra e assume caracteres específicos, perante cada um desses poderes. As velhas formas processuais se mantêm, porém troca-se a condição dos juizes a quem elas se dirigem.

O dever de pronunciamento, por parte do Juiz, é de tal modo rigoroso, ante o exercício do direito de ação, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial⁹.

Em nosso ordenamento jurídico-processual, "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". (CPC, art. 126).

8. Da imunidade tributária, em matéria específica de Taxa Judiciária

Leciona Hugo de Brito Machado que imunidade é obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina, como hipótese de incidência tributária, aquilo que é imune¹⁰.

Ives Gandra Martins mostra quatro formas desonerativas da tributação, a saber: imunidade, isenção, não-incidência e alíquota zero. Na imunidade não nascem, nem obrigação, nem crédito tributário, por absoluta vedação constitucional; na não-incidência não nascem ambos, por omissão legislativa ordinária; na isenção nasce a obrigação, mas não nasce o crédito, por vedação imposta pela lei complementar e veiculada por lei ordinária; e na alíquota zero nascem ambos, reduzidos à expressão nenhuma¹¹.

Diz, ainda, o ilustre Professor que a imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde à vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impos-

sível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais, sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos, ampla. Na imunidade, não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem do conseqüente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independe, portanto, das vontades legislativas das competências outorgadas pela Lei Maior.

No julgamento do RE 101.441 - RS, o Supremo Tribunal Federal consagrou a interpretação extensiva para a imunidade, mantendo restritiva, nos termos do art. 111 do CTN, para as demais formas desonerativas.

A nossa Constituição Federal, em vigor, trata da imunidade tributária, em matéria de impostos, na Seção específica "Das limitações do Poder de Tributar" (art. 150, inciso VI, alíneas a, b, c e d e respectivos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º).

Se a Carta Magna de 1967, com a Emenda 1/69, cuidava de imunidades tributárias, tão-somente, no que tange a impostos, já a nova Lei Maior, de 1988, cria, também, imunidade tributária, em matéria de taxas, inclusive judiciárias, com estas letras:

"Art. 5.º, inciso XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"

Trata-se, aqui, sem dúvida, de imunidade tributária, com relação às taxas judiciárias, que são espécies de custas processuais.

A norma do art. 5.º, inciso XXXIV, alínea a, de nossa Constituição Federal é auto-aplicável, como o são todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, nela inseridas (CF, art. 5.º, inciso LXXVII, parágrafo 1.º).

No Fórum de debates, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do egrégio Conselho da Justiça Federal, nos dias 4 e 5 de março do ano corrente (1994), sobre o tema "A Justiça Federal e sua Importância Política", foi acolhida proposição de nossa autoria, no subitem "A Questão do Acesso à Justiça", com esta redação:

"Ressaltar aos órgãos judiciários superiores a necessidade e urgência de um reestudo das regras de custas, a fim de que possam os Juizes dar plena eficácia ao disposto no art. 5.º, XXXIV, a, da Constituição Federal".

⁹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil* - 3.ª ed. (póstuma) - Depalma - 1988 - pp. 74/79.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário* - Forense - 1992 - p. 151.

¹¹ MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988* - Ed. Saraiva - 1989 - p. 149.

O direito público-subjetivo de ação, que identificaram os estudos de Enrico Túlio Liebman, e que se exercita, na lição magnífica de Eduardo J. Couture, como a espécie mais expressiva do amplo direito de petição aos poderes públicos, apresenta-se, historicamente, desde a Carta Magna da Grã-Bretanha de 1215, como exercício de liberdade dos homens livres.

Observa Couture que “a Suprema Corte dos Estados Unidos tem dito que a idéia de governo republicano implica a possibilidade de que os cidadãos possam reunir-se, pacificamente, para pedir ao poder público a reparação dos agravos. Porém, na realidade, o direito dos cidadãos é mais amplo. Não se trata somente de tutela efetiva, diante do agravo recebido, senão do direito de expor qualquer petição”¹².

Quando o direito de petição se exerce perante o Poder Judiciário, sob a forma de ação civil, este poder jurídico não só resulta virtualmente coativo, para o demandado, que tem de comparecer e defender-se, se não deseja sofrer as consequências prejudiciais da *ficta confessio*, senão que também resulta coativo para o magistrado, que deve pronunciar-se, de uma ou de outra forma, sobre o requerimento que lhe é dirigido.

O direito de ação tem sede no dispositivo constitucional que assegura a todos o direito de petição aos poderes públicos (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *a*), como garantia do direito fundamental à liberdade (art. 5.º, *caput*), pelo livre acesso à Justiça, que se oferece, no devido processo legal.

A nossa Constituição Federal garante o *direito à jurisdição*, na voz de que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, inciso XXXV).

Em sendo assim, o conceito de jurisdição, como poder, é insuficiente, porque a jurisdição é poder-dever. Com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever de fazê-lo (CPC, art. 126).

O direito de petição, quando se instrumentaliza perante o Poder Judiciário sob a forma de ação, adquire maiores garantias a seu titular ou titulares, face ao instituto da *coisa julgada*, que, em sua configuração material, nosso Código de Processo Civil define como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário, especial ou extraordinário (art. 467).

Entre a autoridade da coisa julgada e a efetiva vigência do direito há uma relação de meio

e fim. A coisa julgada se concebe como meio de desfazer a incerteza do direito e como forma de fazê-lo coativo, nos casos de resistência ou omissão de seu cumprimento.

A coisa julgada e sua eventual coercibilidade são inerentes à jurisdição. O caráter de invisibilidade que dá às decisões judiciais a autoridade da coisa julgada não aparece em nenhum dos outros modos de atuação do poder público.

A função jurisdicional, pois, não tem preço. A jurisdição, conforme já visto, é direito de todos e dever do Estado.

Já vai longe o tempo em que o rei vendia jurisdição, como denuncia André Maurois¹³.

Neste passo, vale a observação de Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco, na voz de que

“para superar essa concepção de que as partes “pagavam” a Justiça, ou desembolsavam um “preço” para obter a manifestação real, é que se busca, *através da Magna Carta, a verdadeira institucionalização da função jurisdicional*. Esta é a razão pela qual figura de maneira enfática a seguinte disposição da Carta Magna da Grã-Bretanha de 1215: *To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice*”.

Notem-se os termos usados: “a ninguém venderemos (*Will we sell*) direito ou justiça”¹⁴.

O Estado não deve vender o exercício da função jurisdicional, nem tributar, mediante taxas, essa função pública que lhe é inerente, como dever constitucional.

Ninguém pagará tributo (taxa) para ter acesso pleno à Justiça.

Esta conclusão não afasta, contudo, a responsabilidade processual das partes pelas custas ou gastos gerados no interesse direto ou indireto do processo, de acordo com a regulamentação legal, sem caráter tributário.

A Constituição Federal de 5.10.88, já não repete a norma contida no art. 8.º, inciso XVII, alínea *e*, da Carta Magna de 1967, com a redação equivocada da Emenda Constitucional n.º 7, de 1977, na dicção de que competia, exclusivamente, à União legislar sobre “*taxa judiciária*, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais”

¹³ MAUROIS, André. *História da Inglaterra* – p. 79 – Ed. Irmãos Pongetti – RJ.

¹⁴ DIAS DE SOUZA, Hamilton e GRECO, Marco Aurélio. *A Natureza Jurídica das Custas Judiciais* – Ed. Resenha Tributária – 1982 – p. 72.

¹² COUTURE, Eduardo Juan. Op. cit., p. 77.

(sic), mas, agora, sem o equívoco conceitual cometido, anteriormente, diz que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre "custas dos serviços forenses" (art. 24, inciso IV).

O conceito constitucional de *custas*, agora, é bem mais amplo, como historicamente o fora, sem abranger, evidentemente, a "taxa judiciária", cuja cobrança, a *imunidade* declarada na alínea *a* do inciso XXXIV do art. 5.º de nossa Lei Fundamental, afastou, definitivamente, para garantir mais ainda o efetivo *acesso à Justiça*, de que nos falam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, perplexos com os dados colhidos nos Relatórios Alemão e Norte-Americano para o Projeto de Florença, onde se noticia que uma causa de valor correspondente a oito meses de salário na Alemanha, envolvendo duas instâncias, terá um custo de aproximadamente metade do montante da controvérsia¹⁵.

O conceito constitucional de *custas* afina-se, agora, com o de despesas dos atos que as partes realizam ou requerem, no processo, desde o início até sentença final e, bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença (CPC, art. 19, *caput*), abrangendo não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunhas, remuneração de assistente técnico (CPC, art. 20, § 2.º), além de outros gastos necessários ao processo, sem incluir, contudo, as taxas judiciárias, por força da imunidade tributária, constitucionalmente declarada, na espécie.

9. Da Responsabilidade pelo pagamento das custas processuais

A resolução formal dos litígios pelo Poder Judiciário, mesmo sem a taxa judiciária (espécie do gênero custas), continua muito dispendiosa no Brasil e na maior parte das sociedades modernas.

Como observa Mauro Cappelletti, se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide. O alto custo para as partes é particularmente óbvio, sob o "Sistema Americano", que não obriga o vencido a reembolsar ao ven-

cedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa, sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência, tais como ocorre na Austrália, na Austria, na Bélgica, no Canadá, na Inglaterra, na França, na Alemanha, na Holanda, na Suécia e Brasil, dentre outros. Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo –, ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes¹⁶.

Pondera, de outro lado, Eduardo Couture, no sentido de que o direito de petição (ação) não pergunta, antecipadamente, ao autor se tem razão ou não para movimentar a jurisdição. O autor tem um direito, que ninguém pode discutir, que é o de dirigir-se à autoridade; esta, que não pode, por força do ordenamento vigente, recusar a demanda aparentemente infundada, *in limine litis*, não tem mais que prolongar o estado de incerteza conatural ao litígio, durante o tempo necessário para chegar até a coisa julgada. Porém, quem suportará as conseqüências desse estado de incerteza? Quem fará frente aos gastos que o litígio envolve e aos danos e prejuízos que são sua conseqüência?

Para que a ação possa funcionar na ampla medida de liberdade que lhe assegura a Constituição, é preciso que a lei estabeleça, com certa severidade, a carga do autor carente de razão, as conseqüências patrimoniais de sua liberdade. É preciso repetir, uma vez mais, que liberdade sem responsabilidade é anarquia e responsabilidade sem liberdade é opressão.

Também, no processo, se faz necessária a liberdade. Se o direito tivesse encontrado uma forma que permitisse rechazar a demanda infundada, desde o dia de sua propositura, a responsabilidade de acionar seria mínima. Porém, essa fórmula não foi ainda encontrada. Faz-se mister, em conseqüência, que a responsabilidade seja tão efetiva, que ninguém tenha a tentação de pôr em jogo, maliciosamente, este precioso instrumento de liberdade civil. A Constituição o dá em salvaguarda do próprio direito e não em prejuízo do direito do próximo. Tudo

¹⁵ CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* - Tradução de Ellen Gracie Northfleet - Ed. Sérgio Antônio Fabris - 1988 - pp. 15/16.

¹⁶ CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. *Aut. cit. op. cit.*, pp. 16/17.

quanto se faça para usá-lo em defesa de um direito efetivo, será mover-se dentro das suposições naturais da ordem constitucional: tudo quanto se faça para exercê-lo em prejuízo alheio, será, também, usá-lo contra as suposições naturais da ordem constitucional.

Visto deste ângulo, todo o tema da responsabilidade processual adquire um novo sentido. Não somente o tema de condenação em custas se apresenta como um fenômeno de responsabilidade de direito político, senão, também, que as teorias da responsabilidade objetiva e da responsabilidade por culpa assumem uma especial coloração institucional. A fórmula de que "aquele que perde, paga" não seria senão a paráfrase de sentido político-processual do princípio geral da responsabilidade que põe a cargo de cada um as conseqüências de sua própria conduta. Aquele que tem assegurada sua liberdade de requerer a proteção da autoridade assume naturalmente os riscos que esse fato comporta. A liberdade que supõe poder conduzir a demanda infundada até o fim do debate, paga-la-á o que goza dessa liberdade. Quando se põe em jogo essa máquina tão delicada que é a justiça civil, enfrenta-se o risco de que os resultados sejam contrários ao interesse daquele que a move¹⁷.

Não se deve olvidar, aqui, portanto, dos deveres das partes e de seus procuradores, na realização do processo judicial, sendo obrigados, por lei, a expor os fatos em juízo conforme a verdade; a proceder com lealdade e boa-fé; a não formular pretensões, nem alegar defesa, ciútes de que são destituídas de fundamento; e a não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (CPC, art. 14, incisos I a IV), pois responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente, deduzindo pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterando a verdade dos fatos; usando do processo para conseguir objetivo ilegal; opondo resistência injustificada ao andamento do processo; procedendo de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo e provocando incidentes manifestamente infundados (CPC, arts. 16 e 17, incisos I a VI).

A responsabilidade pelo pagamento das custas decorrentes de sanções impostas a quem

age de má-fé, na condução do processo, há de ser pessoal, pois é princípio e garantia fundamental que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" (CF, art. 5.º, inciso XLV).

Nesse sentido, dispõe corretamente a nossa lei processual civil, ao determinar que "as despesas dos atos que forem adiados ou tiverem de repetir-se ficarão a cargo da parte, do serventário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição" (CPC, art. 29) e que "as sanções impostas às partes em conseqüência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventários pertencerão ao Estado" (CPC, art. 35).

O nosso Código de Processo Civil, contudo, nega vigência ao princípio constitucional da responsabilidade pessoal do infrator (CF de 1967 c/c a Emenda 1/69, art. 153, § 13, e CF de 1988, art. 5.º, inciso XLV), quando determina que

"o réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios" (CPC, art. 22); que "as despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnados pela outra" (CPC, art. 31); que o autor da ação rescisória depositará a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente" (CPC, art. 488, II); que "se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao agravante a condenação, em benefício do agravado, no pagamento do décuplo do valor das custas respectivas" (CPC, art. 529) e, ainda, "quando forem manifestamente protelatórios, o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 1% (um por cento)

¹⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil* - T. III - Ediciones Depalma - Buenos Aires - Tercera Edición - 1989 - pp. 338/339.

sobre o valor da causa" (CPC, art. 538, parágrafo único).

Ora, em todos esses casos como em outros similares, a litigância de má-fé é obra exclusiva do advogado e não da parte material ou processual, que será representada em juízo por advogado legalmente habilitado (CPC, art. 36), sendo certo que a procuração geral para o foro, conferida por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo e não a abusar do processo, pois o seu Código de Ética Profissional lhe impõe, como dever fundamental, "além da defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados, o zelo do prestígio da sua classe, da dignidade da magistratura, do aperfeiçoamento das instituições de Direito e, em geral, do que interessa à ordem jurídica" (CEP, Seção I, item I), devendo o advogado informar o cliente dos riscos, incertezas e demais circunstâncias que possam comprometer o êxito da causa, evitando tudo o que possa induzir o cliente a demandar, ressalvado o esclarecimento de seus direitos e recusando o patrocínio da causa que considere ilegal, injusta ou imoral, cumprindo-lhe, salvo impedimento relevante, motivar a recusa, quando o cliente o solicite (CEP, Seção II, item I, alíneas d, e e g), sob pena, inclusive, de responsabilidade disciplinar (Lei n.º 4.215/63, art. 103, incisos I, VII, XV e XVI).

Nesse contexto, sem dúvida, "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (CF, art. 133).

Destacam-se, no ponto, da obra clássica do renomado Eduardo Couture, os termos do 4.º mandamento do Advogado, *in verbis*: "Teu dever é lutar pelo direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça".

Em comentários explicitantes do referido mandamento, observa o eminente processualista que o direito não é um fim, mas um meio. Na escala dos valores, não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça, que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la. A luta deve ser, pois, a luta pela justiça.

As questões não se dividem em pequenas ou grandes, mas em justas ou injustas. Nenhum advogado é demasiadamente rico para recusar causas justas porque sejam pequenas, nem tão pobre para aceitá-las, quando injustas, por se-

rem grandes.

Muitos advogados por confundirem os meios com o fim, mesmo de boa-fé, crêem aplicável ao litígio fadado ao insucesso a máxima médica que aconselha prolongar a todo o custo a vida do enfermo, à espera de que se produza um milagre.

Os incidentes protelatórios, assim como os recursos infundados, constituem uma subversão de valores. Poderão todos esses ardis forenses ser eficazes em alguma oportunidade; entretanto, muito raramente serão justos. Em algum caso, poderão significar uma vitória ocasional; mas na luta o que importa é ganhar a guerra e não simples batalhas. E se, em determinado caso, algum advogado haja vencido a guerra mediante ardid, que não esqueça que, na vida de um advogado, a guerra é sua própria vida, e não efêmeras batalhas.

A confusão dos fins e dos meios poderá passar inadvertida em algum caso profissional. Porém, ao longo de toda a vida de um advogado não pode passar despercebida.

A verdadeira prova para o advogado surge quando lhe é proposto um caso injusto, economicamente vantajoso, e que, além disso, sua simples propositura alarmaria de tal modo o demandado que lhe proporcionaria uma imediata e lucrativa transação. Nenhum advogado será plenamente tal, senão quando saiba recusar este caso, sem encenação e sem alarde. Mais grave ainda é a situação em que nos coloca nosso melhor cliente, aquele rico e ambicioso, cuja amizade é para nós fonte segura de proveitos, quando nos propõe uma causa sem fundamento. O advogado necessita, ante essa situação, de absoluta independência moral. Só então poderá constatar que seu verdadeiro valor como advogado não foi adquirido na Faculdade ou no dia do juramento profissional: sua autenticidade como advogado revela-se no dia em que pode dizer a esse cliente, com a dignidade de sua profissão e com a simplicidade afetuosa de sua amizade, que a causa é indefensável.

Até esse dia, ele terá sido apenas um aprendiz e, se esse dia não chegar, terá sido como o aprendiz da balada imortal, que sabia provocar tempestades, porém não sabia como contê-las¹⁸.

10. Conclusão

Com estas considerações, pedimos vênias às

¹⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Os Mandamentos do Advogado* - Tradução de Ovidio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde - Sérgio Antônio Fabris Ed. - Porto Alegre - 1979 - pp. 40/42.

opiniões contrárias, para concluir, nestas letras:

I – A compreensão exata do conceito amplo de custas, na sistemática de nosso ordenamento jurídico, é de fundamental importância para o exercício pleno do direito de ação, na linha de desenvolvimento do livre acesso à Justiça, mediante a garantia do devido processo legal, para a plenitude da cidadania.

II – Historicamente, a larga abrangência do conceito de custas não se compadece das restrições conceituais, em manifesto equívoco, nos dias de hoje, tanto nas cogitações da doutrina quanto na seara da jurisprudência, por força mesmo dos equívocos e contradições legislativas.

III – *Custas processuais* são as despesas ou gastos necessários a se iniciar, desenvolver e terminar um processo, nos termos legais, até a resolução definitiva da causa.

IV – As custas processuais, na sistemática processual vigente, regem-se pelos princípios da *antecipação ou do adiantamento das despesas e da responsabilidade objetiva do vencido*, que deve arcar com todos os ônus da sucumbência.

V – Os honorários advocatícios, contratados com as partes, para a realização do processo, ou judicialmente fixados, nos autos do processo, e, em qualquer caso, com eles relacionados, integram o universo das custas processuais, em sentido amplo, e devem ser pagos pelo vencido.

VI – A exceção legal ao princípio do adiantamento das custas processuais favorece, tão-somente, os beneficiários da justiça gratuita, em cujo rol não se incluem as entidades integrantes do conceito de Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivas Autarquias) nem o Ministério Público.

VII – Até a vigência da Constituição Federal vigente, as custas processuais, na disciplina de nossa legislação processual civil, classificavam-se em *custas tributárias* (taxas judiciais, como espécie do gênero tributo) e *custas não tributárias* (despesas indenizatórias, contraprestacionais e decorrentes de multas processuais).

VIII – A nossa Constituição Federal, em vigor, “assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *a*), apregoando o princípio maior da segurança jurídica, na fala determinante

de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, inciso XXXV).

Tais *normas-princípios* são *auto-aplicáveis*, como o são todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais inseridas na Lei Fundamental.

IX – A função jurisdicional não tem preço. Após a Carta Magna da Grã-Bretanha de 1215, vigora o princípio de que “a ninguém vendemos direito ou Justiça”. O Estado não deve tributar, mediante taxas, o serviço público decorrente do exercício da função jurisdicional, que lhe é inerente, como dever constitucional e direito de todos.

X – O conceito amplo de *custas processuais* já não admite a incidência de *taxas judiciais*, em face da imunidade tributária, na espécie, que resulta da norma auto-aplicável do inciso XXXIV, alínea *a*, do art. 5.º de nossa Carta Magna. Falecem, assim, sem eficácia os dispositivos da legislação ordinária, enunciativos de isenções legais, em matéria de custas (evidentemente tributárias). Por força dessa imunidade direcionada às taxas judiciais, já não há espaço no conceito de custas para essas taxas, cuja existência a Lei Maior proíbe ao legislador comum.

XI – O exercício do direito de ação, como espécie do direito constitucional de petição, perante o Judiciário, se apresenta como um fenômeno de responsabilidade de direito político, que põe a cargo de cada um as consequências de sua própria conduta.

XII – A responsabilidade pelo pagamento das custas processuais, decorrentes de sanções impostas a quem age de má-fé, na realização do processo, com atos atentatórios à dignidade da Justiça, há de ser *peçoal* (CF, art. 5.º, inciso XLV), a não se permitir que a parte material ou processual sofra as consequências patrimoniais das ações antiéticas de seu advogado e bastante procurador, cuja atividade legal é indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133). ”

A propósito da “eficácia social da prestação jurisdicional”

MANOEL LAURO VOLKMER DE CASTILHO

SUMÁRIO

Condições pessoais do juiz. Comprometimento da formação da magistratura com a eficácia social da jurisdição. Institucionalização da participação popular na prestação jurisdicional. Controle do Judiciário como poder. Conclusões.

A eficácia social do trabalho judiciário na sua repercussão maior, que é a prestação da jurisdição como padrão de justiça, foi objeto de reflexões de Calamandrei (*Estudios sobre el Proceso Civil*, Ed. J. Europa-América, BSAS 1986, v. III, p. 235) enfatizando que um dos componentes mais importantes da atividade jurisdicional acaba sendo o das condições pessoais do juiz, pois “a força deste componente na direção de sentenças socialmente eficazes é atividade que dependerá, única e exclusivamente, dos padrões de compromisso pessoal do juiz para com o direito e a sociedade”.

A partir dessa ponderação, muito apropriadamente iluminada pelo mestre italiano, penso possível sistematizar algumas considerações que, inobstante na mesma linha da postulação indicada, sugerem propostas que podem dispensar o pressuposto subjetivo do magistrado como condição única para o resultado almejado.

Com efeito, sem a preocupação de dissecar a citação referida com discussão dos seus exatos limites – o que parece de todo modo irrelevante –, a afirmação isolada de que o padrão de comportamento dos juizes é elemento capital na designação da “eficácia social” de suas decisões soa de maneira voluntarista ou individualista, se não “fatalista”, pela dificuldade adrede reconhecida de controlar-se a intimidade da magistratura que não precisa, hoje, no país, dar contas de suas opiniões ou idéias,

Manoel Lauro Volkmer de Castilho é Juiz do TRF/4.^a Região.

mesmo que delas resulte a "verdade" revelada assim por métodos de interpretação fortemente subjetivados.

2. O que parece interessante aduzir em considerações acerca da idéia de Calamandrei é que esse importante componente da atividade jurisdicional pode – e deve – ser objeto de estudo objetivo, baseado em colocações reais, históricas e sociológicas capazes de explicar claramente porque a alma do juiz é importante e de que modo deve a sociedade e a própria magistratura abordá-la.

3. São vários os tópicos que mereceriam a atenção do estudioso desse formidável campo de investigação, praticamente inexplorado. Três deles, porém, podem ajudar numa primeira tentativa.

O comprometimento da formação da magistratura com a eficácia social da jurisdição; a institucionalização da participação popular na prestação jurisdicional e o controle do Judiciário como poder; e, por fim, o uso alternativo do direito são, segundo penso, maneiras distintas, mas virtualmente interligados pelo caráter democrático que a Constituição impõe ao exercício de qualquer poder (art. 1.º, parágrafo único), de tornar possível ao cidadão, ao intérprete e ao estudioso a tarefa de trabalhar e compreender a "eficácia social da prestação jurisdicional" sem os subjetivismos ou desvios ideológicos próprios desse tipo de argumentação.

Aliás, a primeira evidência é de que todo o trabalho judicial é ideológico, o que, ao invés de propiciar discussões emocionais, deve enfatizar o pressuposto básico de que na atividade judiciária diária os operadores do direito usam sempre um leque de explicações da realidade, previamente construído para sustentar suas categorias de raciocínio, e as utilizam conscientemente ou implicitamente na leitura ou na dissertação de suas conclusões jurídicas. Essas categorias, porém, nunca são suscetíveis de discussão no processo judicial ou não são efetivamente discutidas, então, com virtual prejuízo do princípio do devido processo legal, cujos dogmas principais, como os princípios do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, nessa perspectiva revelam mais seu caráter retórico do que de garantia efetiva se se tem de reconhecer que as condições pessoais do juiz escapam do dito controle (*Caráter retórico do princípio da igualdade*, Warat, L. A. e Cunha, Rosa Maria Cardoso da, Univ. St. Cruz Sul/RS).

É possível ter como razoavelmente certo que essas condições pessoais do juiz são, assim, sempre vertentes de sua ideologia, entendido essa como conjunto de suas convicções na interpretação e avaliação da realidade em que vive e trabalha. Esse ambiente ideológico, pois, é condicionante essencial do seu trabalho jurisdicional, e, conquanto muito conhecido, sequer é objeto de exame e controle pelas partes. Parece oportuno, portanto, à luz disso, estudar aqueles três pontos, em busca de uma jurisdição mais aproximada da realidade.

4. A educação e formação da magistratura é tema de atualidade e relevo, exatamente porque é cada vez mais dos esclarecimentos da ciência, da conscientização da própria realidade e da meditação de suas conclusões e apurações que o juiz se insere adequadamente no universo em que vai atuar. Um mundo pobre, devastado, pleno de desigualdades econômicas e sociais, doente e desesperançado, em particular nos trópicos e no hemisfério sul, precisa ser a própria razão da jurisdição. Tal deve constituir a maioria das preocupações do julgador latino-americano, mais do que com as teorias ou doutrinas européias, civilistas ainda napoleônicas, já reconhecidamente desligadas da sociedade local por condicionamentos distintos daqueles que ambientaram o direito continental.

Para assinalar a importância desse tema de exuberantes potencialidades, basta referir da obra *La formación del jurista, Capitalismo monopolístico y cultura jurídica* (Barcelona, Hart, Mückenberger, Cuadernos Civitas, Madrid, 2.ª ed. 1983, p. 56) o trecho (de Pietro Barcellona) recomendando,

"Es necesario, ante todo, esforzarse en recuperar el carácter histórico y objetivamente determinado de las abstracciones jurídicas, es decir, la específica relación social de la qual brote una determinada elaboración conceptual. No se trata de proponer nuevas definiciones de propiedad o del contrato, sino de reconducir las categorías conceptuales que encontramos expuestas en los manuales y en las elaboraciones monográficas a las específicas relaciones sociales de nuestros días, a fin de constatar en aquellas su carácter condicionado, sus conexiones con las estructuras económicas y, por consiguiente, su parcialidad".

A abordagem "problematizante" desses

problemas concretos da justiça substantiva pode recolocar o conhecimento do direito no conjunto das práticas sociais para novas articulações entre as técnicas jurídicas e as práticas políticas a elas correspondentes (*Justiça e Conflito*, Faria, José Eduardo, RT, 1991, p. 59. id. p. 60). Como subsistema do sistema político, o Judiciário é dependente do sistema político, e isto permite que os problemas decisórios sejam taticamente politizados ou despolitizados segundo as necessidades do Sistema (*Direito e Justiça. A função social da Magistratura*, Org. J. E. Faria, Ed. Ática, 1989, p. 115), em verdadeiro uso político do direito, que d'ora em diante cumpre conhecer.

Só essas poucas observações já dão idéia da amplitude do ponto, levando Plauto Faraco de Azevedo (*Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*, Fabris, 1983, p. 128) a enfatizar:

“... a velha idéia de que as soluções jurídicas em geral e as decisões judiciais em particular apenas se justificam na medida em que respondem aos reclamos da vida humana, em certo contexto cultural, em dado momento histórico...”

dando margem a que se afaste a lei injusta, não porque é contrária aos critérios subjetivos do justo que o juiz adota, mas porque podem contrariar concepções sociais dominantes apreensíveis por ele que deve fazer prevalecer o justo social (id. p. 125). Cabe ao juiz discernir e arrear dentre os comandos legais aqueles que, embora formalmente adequados, atentam contra a substância constitucional por serem politicamente injustos (Juaréz Freitas, *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*, Vozes, 1989, p. 87).

De outro lado, o estudo das origens dos juizes ajuda tanto a compreender-lhes as reações como a eles próprios compreenderem-se quais representantes de uma classe, que normalmente desconhece as condições de vida dos estratos sociais inferiores. Esse distanciamento, aliás, não é apenas informativo, posto que é geralmente valorativo, já que os juizes ignoram também quais são os critérios pelos quais os integrantes desses estratos inferiores medem a bondade das coisas e das ações (Bergalli, Roberto, “Jueces e intereses sociales en Argentina”, in *Critica a la Criminologia*, Temis, Bogotá, 1982, p. 260).

Dai a necessidade urgente de proporcionar não só aos juizes, e especialmente aos candidatos à magistratura, oportunidade de se ques-

tionarem abertamente sobre essas situações, facilitando a aproximação da função jurisdicional com a realidade da vida, no exterior de seus muros e a bem da eficácia social de sua prestação.

5. O segundo ponto importante aborda a abertura das instituições judiciais à participação popular como modo de se alcançar metodologicamente condições de eficácia social.

A primeira vista pode parecer proposição radical e intolerável. Mas não é. Os juizes, de um modo geral, são oriundos da classe média/classe média-alta, um estrato social de pouca estatura que naturalmente busca ascensão social identificando-se com as elites econômico-financeiras, quando não a elas se ligando numa aliança ideológico-burocrática muito comum. Não há, entre nós, estudo específico, mas pesquisa na Alemanha (começo dos anos 70), citada por Bergalli (id. ibid., p. 257), mostrou que 90% dos juizes da então República Federal procediam das classes média/superior; outra, realizada na Itália entre 1870-1922, revelou pelo exame das decisões dos juizes que “a posição da magistratura italiana frente aos conflitos de trabalho e greves foi na maior parte dos casos – salvo raras exceções – de caráter conservador e autoritário, de apoio aos patrões e de hostilidade à classe obreira” (id. ibid., p. 257).

Mesmo evitando generalizações que a variedade das condições geográfico-sócio-culturais não autoriza, é fato certo que os integrantes do Poder Judiciário estão sobremaneira vinculados às idéias desses segmentos sociais, e seu comportamento como agentes da jurisdição sofre evidente influência desse condicionamento. Sabe-se, também, que isso é normal e previsível, inclusive para os juizes, nada havendo aí de extraordinário, porque as pessoas vivem e pensam em uma dada realidade e a ela se referem quotidianamente.

Ora, a prestação jurisdicional não pode, entretanto, ficar subordinada aos padrões produzidos apenas por um estrato social, como se fossem seus integrantes os únicos iluminados capazes de a entenderem na dimensão, extensão, conteúdo e intensidade corretas. É inevitável, a partir dessa conclusão, admitir que o poder jurisdicional numa sociedade democrática não pode ficar limitado só aos segmentos mais aquinhoados da sociedade; também as camadas populares merecem exercê-lo, já que elas podem (ou deveriam poder) determinar o conteúdo dessa prestação porque são as que em

geral suportam os seus resultados mais rigorosos. Para a eficácia social da prestação jurisdicional, nessa perspectiva, é essencial a participação popular.

Não obstante a existência dos vogais nas Juntas de Conciliação e Julgamento, ou dos juízos classistas junto aos TRT/TST na jurisdição trabalhista, ou dos jurados no Tribunal do Júri Popular e os tribunais militares específicos ou de pequenas causas, a atuação do leigo nos nossos órgãos de justiça é limitadíssima, a revelar que para a ideologia, sistema vigente não é tão importante valorizar a vontade ou as necessidades reais da população quanto o é conformar as decisões com padrões dogmáticos e formais dos códigos através de atividade puramente técnica, onde o "puro" e o "técnico" têm supremacia mas não impedem que a prestação jurisdicional se acomode em favor dos mais ricos ou nela traduza os seus (deles) valores mais típicos.

A propósito do tema, Boaventura de Souza Santos (*a participação popular na administração da justiça*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Livros Horizonte, Lisboa, 1982) noticia que, em Portugal, quando da redemocratização, esse fenómeno veio à tona pela convicção, por todas as correntes ideológicas (p. 89), de que havia que buscar alternativas para a ineficiência, burocracia, morosidade, e alto custo da atividade judicial. A participação popular, anotou-se, se impunha como "um exercício de cidadania e, enquanto tal, sujeita à lógica do exercício dos direitos civis e políticos da democracia política do Estado capitalista" (p. 84).

Essa constatação, que também é nossa, encontre outra a que se deve dar atenção, sobretudo depois da Constituição de 1988, cujo art. 1.º, parágrafo único, dispôs que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Mesmo que não se advogue subitamente a eleição dos juizes, embora isso não esteja fora de cogitação pela regra citada, é certo que o Judiciário exerce poder popular e, então, é verdadeiro que esse poder, ainda quando exercido sem eleição, fica submetido aos demais preceitos do regime democrático caracterizado pela oportunidade de participação popular, seja no desempenho direto de seus encargos, seja no controle da atividade/poder, que em seu nome é exercido. Resulta daí evidente a necessidade de mecanismos de

controle da jurisdição enquanto atividade política (no bom e adequado sentido), pois, à medida que os órgãos do Judiciário interferem na Administração e no Legislativo, ditam condutas, assentam orientações, definem conceitos, e no desempenho desse poder atribuem a tais resultados certo sentido político, e devem por isso "responder" direta ou indiretamente, como percebeu Cappelletti, Mauro (*Juizes Irresponsáveis?*), SAFE, P. Alegre, 1989, pp. 37/43).

Devem os juizes, a partir disso, sujeitar-se também à crítica da opinião pública, da imprensa, do Parlamento sem que isso importe em diminuição de sua independência ou limitação de sua convicção (v. Distinção entre "Controle Social do Poder" e "Participação Popular", Carlos Ayres Britto, *RTJE* 103/37/38). Essa decorrência é mais que lógica, dado que a jurisdição vem se exercitando crescentemente em causas coletivas e ações de massa (v. Denti, Vittorio. *Giustizia e partecipazione dei nuovi diritto*, Participação e Processo. RT, 1988, p. 23), veiculando pretensões de grande potencial político e repercussão social. É natural que essas decisões submetam-se, mesmo informalmente, ao controle político próprio dessa luta de interesses, porque o julgador moderno não é mais o juiz neutro, distante e desinteressado da situação das partes privadas, mas um agente do poder cada vez mais solicitado pelos pobres, fracos, perseguidos e injustiçados e terão que absorver criticamente as preocupações desses segmentos, incorporando-as aos corolários de julgamento para não correrem o risco de, deixando de considerá-los, verem triunfar os "tribunais populares", que a história já mostrou não serem raros (Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 85) nem indulgentes (Foucault, Michel. *Microfísica do Poder*, Graal, p. 46), ou a "privatização" da Justiça (Faria, J. Eduardo, *A Revisão Constitucional e a Justiça*, FSP, 13-6-93).

6. Finalmente, o terceiro instrumento a constituir importante adjutório na tarefa de consumir a "eficácia social" da prestação jurisdicional é um desdobramento do que se acabou de mencionar. Trata-se do uso alternativo do direito.

Popularmente conhecido como "direito alternativo", tal modalidade de concepção do exercício da jurisdição pode conferir ao julgador virtudes mais democráticas, alcançando-se, com isso, resultados socialmente melhores.

Essa abordagem, como é óbvio, supõe a

tomada de consciência da *função política do direito*, pois, escreveu Bergalli, Roberto (*Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, 1984, p. 93), “é ... necessário projetar e realizar uma cultura e uma prática jurídicas “alternativas” à cultura e à prática dominantes, a fim de, sem romper a legalidade estabelecida, privilegiar, no plano jurídico – e especialmente no judicial –, determinados interesses ou determinada prática social: os interesses e a prática daqueles “sujeitos jurídicos” que estão submetidos por relações sociais de dominação” (tradução livre).

Não são poucos os pontos em que essa cultura e prática jurídica alternativas se mostram mais adequadas ou obrigatórias para a exata função da jurisdição. O conceito de propriedade, por exemplo, mesmo conservando os traços clássicos do direito privado, não pode mais ser visto como o dogma absoluto intangível e oponível *erga omnes* – o que já se tem aceito sem maiores controvérsias –, mas não só, pois realidades como favelas ou invasões deixam de se conformar às categorias clássicas irrompendo no mundo jurídico com extraordinária novidade reclamando jurisdição. O “direito de Pasárgada” – favela do Jacarezinho, no Rio, que Boaventura de Souza Santos analisou (*Direito e Justiça, A Função Social do Judiciário*, pp. 200/201; v. também: *Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro*, pp. 37/99), é um conjunto de estruturas normativas e retóricas dessa legalidade comunitária que gira sobre valores diferentes do *direito do asfalto*, pois há uma inversão na regra elementar, já que ali tudo é “ilegal”. “Embora precário, o direito de Pasárgada representa uma legalidade alternativa à legalidade estatal burguesa e, neste sentido, também representa o exercício, embora fraco, de uma forma alternativa de poder”, completa o autor (id. *ibid.*, p. 201).

Essas considerações levam inevitavelmente à evidência de que não só existem sistemas jurídicos (quicá até legais) diversos, mas, so-

bretudo, que essa pluralidade deriva da existência de classes diferentes, não só desiguais mas antagônicas, e que lutam entre si, produzindo as divergências ideológicas que desaguam no direito e, em especial, na sua aplicação pela função jurisdicional. Nesse sentido, o “uso alternativo do direito” não busca fazer a revolução com o direito, senão negar a falsa apoliticidade do juiz num contexto eivado de contradições inerentes ao sistema, nem advogar a livre interpretação ou apelar para a consciência política ou a boa vontade do juiz. Mais do que isso se “trata de criar instrumentos permanentes e estáveis que transcendam o personalismo ou o voluntarismo do intérprete para assegurar, categorial ou conceitualmente, pontos de apoio com capacidade de converter em linhas positivas de ruptura da dogmática usual” (*Sobre el uso alternativo del derecho*, Calera, Lopez, Ibañel, Fdo. Torres Ed., Valencia, 1978, p. 42). Ou seja, precisa o julgador conscientizar-se da sua função de aparelho ideológico do Estado, sem descuidar contudo dos aspectos técnico-jurídicos, para abrir o direito aos esforços que, para a transformação democrática, se dão também em outras esferas da vida social (id. *ibid.*, p. 83) e propiciar a oportunidade de atuação dos pobres e injustiçados como verdadeiros cidadãos (*Stato e Giuristi – Tra crisi e riforma*, Barcellona, Pietro, Coturri, Giuseppe, DeDonaton, Bari, 1974, p. 233).

7. É assim conveniente reafirmar que a “eficácia social da prestação jurisdicional” vai ser decorrência sempre da formação adequada e comprometida do juiz com a realidade do seu tempo, mas também, igualmente, da essencial participação democrática dos cidadãos no seu exercício quer nela integrando-se como julgadores leigos quer dela tomando contas e controlando-a pela crítica social e política. Por fim, se a “eficácia social” é referência à realização da justiça, torna-se realmente incontrolável a proposição de que os padrões dogmáticos e formalistas de sua enunciação precisam merecer tratamento e interpretação vivificadores alternativos.

A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os princípios como garantias processuais do cidadão. 3. Os princípios constituem matéria jurídica relevante. 4. As garantias processuais do cidadão como direito fundamental. 5. Os princípios constitucionais informadores das garantias processuais do cidadão. 5.1. O princípio da garantia da via judiciária. 5.2. O princípio garantidor do juiz natural. 5.3. O princípio da isonomia processual. 5.4. O princípio do devido processo legal ou do justo processo. 5.5. O princípio da motivação das decisões. 6. Considerações finais.

1. Introdução

A multiplicidade de relações sociais, econômicas, políticas, familiares, educacionais e patrimoniais entre os indivíduos cria direitos e deveres recíprocos para as partes. Esses fatos, ao exigirem regulamentação jurídica, tornam certo o entendimento de que o Direito tem por fim impor ordem, segurança e justiça objetiva na convivência humana. Por essa razão, o Estado e os cidadãos se transformam em responsáveis diretos pela aplicação do direito, quer o de ordem material, quer o de ordem formal.

Os efeitos desse fenômeno numa sociedade política exigem a observância do ordenamento jurídico por todos os indivíduos, ora por se cuidar da prevalência do direito subjetivo de cada pessoa, visando satisfazer os interesses e as pretensões jurídicas perseguidas, ora pela necessidade de imposição do direito objetivo que representa a ordem jurídica com totalidade das normas em vivência harmônica.

Há, ainda, para dificultar a relação pacífica do direito objetivo com o direito subjetivo, o fato de que o último, na expressão de Gustav Radbruch, in *Filosofia do Direito*, Ed. A.

José Augusto Delgado é Juiz do TRF - 5.ª Reg. e Prof. Adjunto UFRN.

Amado, 1979, pp. 207 a 213, aguça o sentimento jurídico no homem e o liberta, dando-lhe uma posição de privilégio, porque, pela exigência de sua pretensão jurídica, assegura o direito de defesa a tudo o que lhe pertence por atribuição imperativa da norma jurídica.

A identificação da complexidade assinalada revela, conseqüentemente, não ser possível o estudo das regras jurídicas processuais que garantem os direitos dos cidadãos, apenas à luz singela da norma positiva posta para execução, por exigir concepção muito mais alargada, que passa, necessariamente, por uma visualização dos princípios informativos do direito processual, por eles serem transmissores, de modo explícito ou implícito, das dificuldades já comprovadas de se tornarem eficazes as normas expressivas de tais prerrogativas.

Isso porque é reconhecida a importância dos princípios que, após se articularem com normas de diferentes tipos e características, passam a ser facho que "ilumina" a compreensão das regras processuais constitucionais e as de posição hierárquica menor.

Necessário que se registre a importância do princípio no ordenamento jurídico. Por isso, a Ciência do Direito se preocupa em conceituá-lo, o que faz de dois modos diferentes. No primeiro, princípio é o mesmo que postulado. No segundo, ele é síntese genérica, decorrente de certas formulações específicas.

A expressividade científica do princípio e a sua força integrativa ao direito foram bem postas nos ensinamentos de Jorge Miranda, com as seguintes afirmações:

"O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos."

Completando a clareza do pensamento desenvolvido, conclui:

"Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles — numa visão ampla, superadora de con-

cepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais — fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições" (pp. 197/198, in *Manual de Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1990, t. I).

Em razão da força acabada de ser destacada, os princípios exercem funções no ordenamento jurídico que podem ser identificadas de duas naturezas:

- a) os que exercem função ordenadora;
- b) os que atuam com função prospectiva.

Os que exercem função ordenadora se vinculam, mais essencialmente, por servirem de diretrizes para a fixação de critérios de interpretação e de integração do direito, dando, assim, coerência geral ao sistema.

Em se tratando do exercício da função prospectiva, pode-se afirmar que os princípios têm capacidade de impor sugestões para a adoção de formulações novas ou de regras jurídicas mais atualizadas, tudo inspirado pela idéia do aprimoramento do Direito aplicado.

A adoção da trilha exposta demonstra, desde logo, que, não obstante a nossa simpatia pelas teorias de Hans Kelsen, admitimos a função axiológica dos princípios jurídicos no sistema de Direito; consideramos a interpretação sistemática como a única válida; aceitamos, sem resistência, a existência do direito subjetivo; acreditamos haver diferença relevante entre nulidade e anulabilidade e que há inconstitucionalidade das normas jurídicas.

Resulta desse sistema que, ao se considerar a complexidade dos elementos jurídicos, não se trabalha, apenas, o conjunto de normas que disciplinam o comportamento dos homens, na vida social, para resolver as suas situações em conflito. Desenvolve-se, em conseqüência, a Ciência Jurídica, não só com o objetivo de conhecer as normas positivas, como defende Kelsen, mas, também, com o intuito de prescrevê-las ou explicá-las, buscando o que deveriam ou poderiam ser, apontando suas interpretações possíveis.

A postura prestigiosa de obediência aos princípios contribui para tornar o direito posto como regra prescritiva de comportamentos com base na lógica das Ciências.

No ângulo do que se expõe, aplausos são

expedidos para Celso Antônio Bandeira de Melo, por, em *Elementos de Direito Administrativo*, p. 230, Ed. RT, proclamar:

“Princípio, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.”

2. Os princípios como garantias processuais do cidadão

O processo, na era contemporânea, persegue dois objetivos bem marcantes, os quais foram acentuados, com absoluta exatidão, por Hans W. Fashing, no trabalho “O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos últimos 75 anos”, tradução de Luiz Kubinszky e Arnuda Alvim (*Rev. do Processo* n.º 5, 1977, pp. 115-127). Ali está afirmado que o primeiro escopo do processo é a proteção dos direitos individuais; o segundo é a verificação e proteção da ordem jurídica, a serviço da comunidade regulada pelo Direito. Esse fenômeno caracteriza o movimento revolucionário que se instaurou, na atualidade, contra a concepção individualista do processo e da justiça. É uma luta constante, para que se fortifique o declínio das estruturas daquela concepção, por possuir aspectos radicais, bem como pela incapacidade em dar respostas satisfatórias ao grave problema de ser assegurada tutela suficiente ao cidadão, em face de novas garantias e interesses surgidos, que são vitais para a estabilidade da sociedade moderna.

No desenvolver desse contexto, o Estado procura se desincumbir da sua função jurisdicional, poder-dever, reflexo de sua soberania,

de modo que lhe seja possível concretizar a realização do bem-comum almejado pelo cidadão no seu dia-a-dia em sociedade. Para tanto, o processo é o instrumento útil de que dispõe, cuja utilização se apóia em princípios, todos atuando com o propósito de tornar eficazes os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Essa consciência jurídica formal evidencia o conteúdo científico presente na elaboração da Constituição e da lei ordinária, cujo fim é alcançar o pleno desenvolvimento da personalidade dos destinatários das normas jurídicas – o cidadão – enfrentando, com eficiência e rapidez, a prestação jurisdicional solicitada.

O funcionamento de um sistema jurídico todo voltado para assegurar as garantias processuais do cidadão não pode admitir que só exista o direito positivo, por essa situação limitar a função do jurista. Este necessita ter uma amplitude maior do que aquela definida pelo direito positivo, tudo vinculado com a precisa identificação das finalidades visadas pela norma jurídica, especialmente, a de natureza constitucional.

Em termos de se tornar eficientes e atuantes as garantias processuais do cidadão pregadas pela Constituição Federal, há que se examinar, com a cautela necessária, uma posição de há muito defendida pela doutrina e de qualquer modo incrustada no meio jurídico brasileiro, que é o sentido útil do princípio da unidade da Constituição e o da unidade hierárquico-normativa. José Joaquim Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional*, Ed. Coimbra, Almedina, p. 118, examinando tais princípios, assevera que:

“O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação) dentro da lei constitucional. De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: a tese das antino-

mias alternativas; a tese das normas constitucionais inconstitucionais.”

Em se tratando, especialmente, das garantias processuais do cidadão, todas elevadas à categoria de direito fundamental, não se pode aceitar como de efeito absoluto o princípio da unidade da Constituição e o da unidade hierárquico-normativa, por não se permitir alcançar a eficácia da plenitude de tais garantias, por se pretender resolver todos os problemas decorrentes dessa situação a partir da positividade normativo-constitucional. Isso decorre do assinalado pela mais moderna doutrina constitucional e destacado, com muita propriedade, por José Joaquim Gomes Canotilho, em obra já citada, mesma página, de que a Constituição de um país é uma estrutura formada de tensões pelo que não pode se transformar “uma lei constitucional em código exaustivo da vida política”.

O acolhimento dessa observação é compatível com a conscientização hoje dominante no Estado contemporâneo de que a garantia dos direitos fundamentais do cidadão se transformou em uma necessidade básica para o controle dos litígios. Em consequência, há de se extrair do Texto Constitucional o máximo que sua interpretação sistêmica permitir, o que só é possível com a obediência aos princípios explícitos e implícitos que comandam o ordenamento jurídico constituído. É relevante afirmar que, em se tratando da efetividade das garantias processuais do cidadão, esse comportamento tem especial significação, por ser meio de aplicar o direito processual como função estatal de relevo na eliminação das controvérsias no ambiente social.

Há de se considerar, também, para alcance maior dessa função estatal, que “a luta pela conquista do direito deixou de ser, na atualidade, uma reivindicação estritamente individual, para se tornar, também, uma pretensão da coletividade, organizada em órgãos associativos e com força de exercício de pressão. O que se constata, na realidade vivida, é o processo abandonando a sua posição de ser meio de pretensão individual, para se transformar em veículo a ser utilizado pelas massas, para a entrega da prestação jurisdicional de seus anseios. No Direito Processual Moderno, o juiz deixou de ser um mero espectador do litígio entre partes para ser delegado do Estado com atribuições de buscar e dizer a verdade jurídica” (José Augusto Delgado, in “A Tutela do

Processo na Constituição Federal de 1988”, artigo publicado na *Revista Forense*, v. 305, pp. 51/61). A função jurisdicional, por tais exigências, destaca-se, de modo marcante, das demais funções estatais, o que levou Chioven-da a afirmar que a jurisdição é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a exigência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva” (in *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1969).

O processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição. É instrumento que o Estado está obrigado a usar e representa uma prestação de garantia, através da qual o fundamento da norma se preserva e são protegidos os direitos essenciais do cidadão. É o único meio de se fazer com que os valores incorporados pela Constituição, em seu contexto, sejam cumpridos, atingindo o fim precípua a que se propõem – o estabelecimento da paz social.

3. Os princípios constituem matéria jurídica relevante

O exame da Constituição de um país permite uma série de indagações científicas. Entre tantas, merece mencionar as de ordem jurídica. Elas dão lugar para que o direito positivo seja estudado de modo aprofundado, possibilitando a dimensão de todos os seus ângulos, por permitirem uma análise precisa e objetiva dos elementos de maior significação. Essa tarefa leva a se distinguir os princípios fundamentais que comandam as garantias processuais do cidadão, revelando a sua importância, haja vista que, com frequência, as normas constitucionais, por si só, são insuficientes para fazer expandir os seus conceitos com a simples expressão do seu Texto.

Para bem se compreender o valor dos princípios em um ordenamento jurídico, há de se partir da observação de que, nos Estados contemporâneos, a lei é um ato de vontade emanado pelos cidadãos, através dos órgãos aos quais é confiada a tarefa legislativa. Essa volição não pode ser entendida como sendo de sentido estrito, porque ela, além de ser mais ou menos abstrata, há de se integrar ao sistema jurídico instituído pela Nação e atuar como

força viva dos sentimentos do povo a quem ela se destina.

Os princípios, no referente às garantias processuais do cidadão, atuam como forma de proteção das liberdades jurídicas, tendo "por objeto a proteção dos *status* pessoais e de cada um dos direitos que implicam o exercício de funções públicas", que são "atividades que a própria ordenação considera para limitar em relação a elas os poderes do Estado ou de outros sujeitos que exercem funções públicas, de modo que, além deste limite jurídico, há uma esfera igualmente jurídica que se tem querido reservar à iniciativa e vontade de outrem, protegendo-a de vários modos" (Santi Romano, in *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Ed. RT, trad. Maria Helena Diniz, p. 157).

Os princípios que comandam as garantias processuais do cidadão são relevantes no contexto constitucional, porque decorrem do que substancialmente foi inserido no texto da Carta Magna. Esta, ao se apresentar como sendo o conjunto de normas jurídicas fundamentais definidoras de uma ordem jurídico-política e de uma ordem de valores acatadas pela Nação, há de permitir que sejam extraídas de seu conteúdo as idéias-forças que fizeram com que se considere a ordenação sistemática e racional da comunidade política com capacidade de produzir efeitos processuais que garantam os direitos fundamentais estabelecidos para o cidadão. Daí decorre a função excepcional dos princípios jurídicos processuais para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias oferecidas aos jurisdicionados.

Ao se falar em princípios fundamentais comandando as garantias processuais do cidadão, impõe-se uma colocação preliminar a respeito da discussão existente, na doutrina, sobre a matéria. A investigação do pensamento positivo revela que os princípios são considerados como sendo normas obtidas por um processo de visão generalizada das leis. Por essa razão, entendeu-se que os princípios eram parte integrante do ordenamento jurídico positivo, pelo que a sua atuação ocorria com o mesmo grau hierárquico do possuído pela norma concreta. Para os jusnaturalistas, os princípios gerais de direito são normas de direito natural que, embora não se encontrem de modo positivo implantadas no Texto Constitucional, possuem vigência e são obrigatórias, por integrarem a denominada ordem suprapositiva, com força de informar todo o sistema legal.

Sobre tais aspectos, o melhor entendimento é o de José Joaquim Gomes Canotilho, obra citada, p. 237, por considerar que "... os princípios jurídicos fundamentais não se reduzem a simples princípios gerais de direito ou regras jurídicas gerais, nem se inscrevem numa ordem jurídica suprapositiva." Eles são "normas-princípios e, portanto, fonte de direito, a partir do momento e na medida em que hajam sido encarnados numa instituição por um ato constitutivo de Poder Legislativo, da jurisprudência ou da vida jurídica".

Perfilhando esse entendimento, concebe-se a força dos princípios processuais no garantir os direitos fundamentais do cidadão quando violados, por eles pertencerem à ordem jurídica positiva, haja vista terem sido introduzidos na consciência geral da Nação e encontrarem uma recepção expressa ou implícita na Carta Magna.

4. *As garantias processuais do cidadão como direito fundamental*

A essência de um princípio, no campo do Direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positiva. Em conseqüência, ele não possui uma normatividade própria que implique em se tornar possível a sua aplicação imediata e autônoma. Não há condição, por exemplo, de se receber o pedido de qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sustentação, simplesmente, em um princípio. Há de se indicar a norma positiva que clarifique e delimite a pretensão, tornando concreta a atuação jurisdicional estatal.

Essa é a razão pela qual há necessidade de se estabelecer a conformação dos princípios com as regras constitucionais que os admitem, desdobrando-os em normas mais precisas e individualizadoras.

O desenvolvimento dessa tarefa exige que, primeiramente, as garantias processuais do cidadão sejam consideradas como sendo reguladas por normas consagradoras de direitos fundamentais, tidas como uma das "partes mais constitucionais" de qualquer Constituição. Assim se concebendo, recebe-se a conscientização de que, por se tratar de direitos fundamentais, não há possibilidade de se "abarcara toda a vasta problemática dos direitos do homem e das liberdades públicas" (José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 497).

As garantias processuais do cidadão constituem realidades jurídicas que devem guardar conformação com a Constituição. São limita-

ções impostas que não se apresentam com a função total de restrição de direitos, por serem, apenas, formas de regulamentar a atuação estatal, com a finalidade de concretizar esses direitos fundamentais. Ressalte-se, apenas, no exame dessas limitações, que os seus fundamentos deverão se voltar, unicamente, para a Constituição, pelo que não se admite, por exemplo, a que se sustenta em posição não escrita no texto da Carta Magna.

5. Os princípios constitucionais informadores das garantias processuais do cidadão

5.1. O princípio da garantia da via judiciária

A abertura da via judiciária como meio de proteger os direitos fundamentais do cidadão deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas. É o que exprime o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, ao determinar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". A amplitude desse princípio, também denominado de "inafastabilidade do controle judiciário", implica em se considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais. Consagra, outrossim, a existência de uma jurisdição comum competente para apreciar a demanda, sem prejuízo, porém, para que outras jurisdições especiais sejam estabelecidas para o exercício dessa missão. Não protege, por outro lado, unicamente, os direitos subjetivos dos cidadãos, mas qualquer situação juridicamente merecedora de apreciação.

Para se tornar efetivo esse princípio, deve o ordenamento jurídico assegurar meios de assistência judiciária aos necessitados e defesa de ofício, quando se tornar necessária a imposição de respeito aos direitos fundamentais. Destaca-se, na Constituição de 1988, a agressividade do legislador no sentido de assegurar, de modo absoluto, a inevitabilidade da função jurisdicional. Merece aplausos essa posição que acentua, assim, com faceta mais potencializada, uma das consequências da própria soberania estatal, que é a de não permitir a qualquer cidadão que evite o *jus imperii* do Estado. Este deve ser o monopolizador da justiça, sem ser tentado, em nenhuma hipótese, a liberar para a composição privada a possibilidade de, por meios válidos e coativos, resolver definitivamente interesses em conflito.

O princípio ora examinado produz o feito de impedir que o Legislativo suprima ou restrinja da apreciação judicial qualquer situação controvertida existente entre os cidadãos, reafirmando, assim, de modo solene, que a unidade da função jurisdicional deve ser preservada. É o que, em tese, pode ser extraído do conteúdo do art. 5.º, XXI, da Constituição Federal, pois não se pode falar em quebra de monopólio jurisdicional do Poder Judiciário quando a própria Constituição Federal atribui competência privativa ao Senado Federal para processar e julgar o Presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza (art. 52, I), correlatos com aqueles, porque tais exceções admitidas pela Carta Magna têm caráter eminentemente político.

Igual posicionamento deve ser tomado ao se apreciar o art. 71 da Constituição Federal, que concede competência ao Tribunal de Contas para apreciar a regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, o que significa a investidura desse órgão em parcial exercício da função judicante.

A garantia do cidadão de se valer, em qualquer situação, da via judiciária não afasta o poder que tem o Estado de perseguir, através do Executivo, os que cometeram um crime, porque o exercício dessa atribuição tem por fim a tutela do ordenamento jurídico.

O Estado, ao assegurar ao cidadão essa garantia, há de observar alguns princípios específicos relativos ao exercício da jurisdição e que, de modo sintético, são os seguintes:

a) O poder jurisdicional deve se submeter à regra de que o seu exercício não é espontâneo, pelo que necessita ser provocado.

b) O poder jurisdicional, por ser um poder essencialmente vinculado no seu conteúdo, deve ter como único e exclusivo objeto a aplicação da lei. Não tem fins autônomos como o Legislativo, nem, por outro lado, tem a lei, apenas, como limite para o exercício de suas atribuições, como ocorre com o Executivo. No poder de aplicar a lei está compreendido o de interpretá-la de acordo com o deflagrado pelo ordenamento jurídico.

c) O Estado tem obrigação de fazer justiça, pelo que as pessoas que exercem funções ju-

risdicionais estão vinculadas a esse desiderato estatal. Não lhe é permitido, sob pena de responsabilidade do agente provocador do fato, recusar o pedido de entrega da prestação jurisdicional, ou de se omitirem ou retardarem a prática de atos necessários, sem motivo justo.

d) Os atos jurisdicionais são vários e de diversa natureza, destacando-se a sentença como ato final do processo e com capacidade de se tornar valor definitivo para cada caso específico, substituindo, de certo modo, a lei.

e) Os atos jurisdicionais, mesmo quando se apresentam contrários à lei, pelo que podem ser revogados ou anulados, não ensejam responsabilidades do Estado, nem dos juízes, salvo se cometidos com vontade dirigida no sentido de prejudicar, isto é, com conteúdo doloso.

5.2. O princípio garantidor do juiz natural

O art. 5.º, inciso XXXVII, da CF, consagra o princípio da regular investidura do juiz ou do juiz natural. É uma garantia presente em todas as Constituições dos povos cultos, refletindo a preocupação de não se permitir que ninguém seja processado ou julgado, senão por juízes componentes do Poder Judiciário, e que sejam investidos de atribuições jurisdicionais fixadas e limitadas pela Lei Maior. O alcance do princípio é proibir uma justiça de privilégios ou de exceção, garantindo-se que todos os cidadãos tenham seus litígios julgados por juízes legais, juízes investidos nas suas funções de conformidade com as exigências constitucionais. A força dessa garantia constitucional não permite que os poderes constituídos criem juízos destinados a julgamentos de determinados casos ou de pessoas especificadas.

Da análise do Direito além-fronteiras, ressalte-se o registrado explicitamente na Constituição italiana de 22.7.46, alterada pelas Leis Constitucionais de 9.2.63, 27.12.63, 21.6.67 e 22.11.67, ao afirmar que: "Ninguém pode ser subtraído ao juiz natural constituído por lei".

O princípio do juiz natural tem seu fundamento no sentimento universal exposto, de forma explícita, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, ao consagrar que "toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida, publicamente, e com justiça, por tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".

As Constituições da França de 1814, 1830, da Holanda e da Itália foram as que consagraram a denominação do juiz natural, influenciadas pelo constitucionalismo liberal do século XIX, que marcou, definitivamente, a integração do juiz legal com o sistema político-jurídico, de forma que ele passou a ser o único com capacidade de exercer a função jurisdicional. A Constituição espanhola de 19 de março de 1812, conhecida como sendo a Constituição de CADIS inseriu, com destaque, no seu Título V, intitulado "Dos Tribunais e da Administração da Justiça nas Causas Civis e Criminais", art. 242, que "pertence exclusivamente aos tribunais o poder de aplicar as leis nas causas civis e criminais", como, também, no art. 251, que, "para ser nomeado magistrado ou juiz, é preciso ter nascido em território espanhol e ser maior de 25 anos de idade. Todos os outros requisitos que devem possuir serão determinados por lei".

A Constituição portuguesa de 23 de setembro de 1822, em seu art. 176, consagrou, também, explicitamente, o referido princípio, ao ditar que: "O Poder Judicial pertence exclusivamente aos juizes. Nem as Cortes nem o Rei poderão exercitar em caso algum. Não podem, portanto, evocar causas pendentes, mandar abrir as fendas, nem dispensar as formas do processo prescritas pela lei." Renova o seu credo no juiz natural, com a dicção do art. 182: "Para ocupar o cargo de juiz letrado, além de outros requisitos determinados pela lei, se requer: I - ser cidadão português; II - ter 25 anos completos; e III - ser formado em Direito."

A Constituição mexicana, de 31 de janeiro de 1917, marco definitivo da transição para o Estado social de direito, fixou a imposição de que o juiz natural é processo assegurador dos direitos e garantias atribuídos aos povos cultos e civilizados. Esse mesmo comportamento foi seguido pela Constituição de Weimar, Constituição do Império Alemão, de 11 de agosto de 1919, em seu art. 105:

"Não podem ser criados Tribunais de exceção. Ninguém pode ser subtraído do juiz natural."

O juiz natural recebe do Estado a atribuição constitucional de exercer a função jurisdicional, com observância rigorosa aos princípios fundamentais constantes no art. 93, da Carta Magna. O juiz natural, não obstante nascido da lei, não tem poder próprio. O que ele exercer é atribuição decorrente de delegação

que lhe é dada pelo povo, de onde emana todo o poder, que lhe é transmitido por meio direto, enquanto ao Executivo e ao Legislativo tal transmissão se faz por representantes eleitos. É a aplicação integral da máxima democrática contida na Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, onde está dito:

“Todo o poder reside no povo e, por consequência, deriva do povo; os magistrados são seus mandatários, e servidores, e responsáveis a todo tempo perante a lei.”

Do princípio assinalado, surgem consequências. José da Silva Pacheco, em sua obra *Curso de Teoria Geral do Processo*, p. 91, Forense, destaca as seguintes:

a) não pode o legislador, através de lei, retirar do judiciário a apreciação das lesões de direito individual;

b) não pode o Executivo criar qualquer comissão, junta, tribunal ou juízo não integrante do aparelho judiciário constitucionalmente previsto para julgar, em caráter exauriente, as lesões de direito;

c) assegura-se a independência do juiz.”

Outra consequência é a exposta no art. 5.º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Há, no referido dispositivo, expressivo prestígio ao princípio do juiz natural, com reflexo no comando do ordenamento positivo infraconstitucional em vigor, por não mais ser permitido o aproveitamento dos atos processuais praticados por juiz incompetente, se algum prejuízo causa ao cidadão, em face dos efeitos da aplicação, de modo absoluto, dessa garantia.

Por fim, assinale-se que o referido dispositivo constitucional impõe o não-reconhecimento da força da coisa julgada no processo civil, penal e trabalhista, caso a decisão tenha sido proferida por juiz incompetente, mesmo que a rescisória não a tenha desconstituído.

Não há, assim, ambiente jurídico, em face do que acima ficou expressado, de se estabelecer qualquer relação jurídica processual ou substancial que contrarie, de modo frontal, princípios previstos na Constituição Federal.

5.3. O princípio da isonomia processual

Esse princípio decorre do que dispõe o *caput* do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988,

com a redação seguinte:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...”

O princípio da igualdade tem por finalidade garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão. Não se refere, conforme se depreende do Texto Constitucional, a um aspecto ou a uma forma de organização social; existe como um postulado de caráter geral, com a missão de ser aplicado em todas as relações que envolverem o homem. É um direito fundamental que exige um comportamento voltado para que a lei seja tratada de modo igual para todos os cidadãos.

Nenhuma das funções estatais, a legislativa, a administrativa e a judiciária, pode estabelecer privilégios e discriminações no trato dos componentes do organismo social, sob pena de se ferir o seu conteúdo político-ideológico. Muito embora seja o princípio da igualdade o de mais difícil tratamento jurídico, não se deve, ao aplicá-lo, afastar o entendimento de que ele postula um tratamento uniforme de todos os homens. Não um tratamento igual perante o Direito, como bem acentua Celso Bastos, porém, uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida (cf. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º v., Saraiva, p. 5).

No campo da proteção das garantias processuais do cidadão, o princípio da igualdade constitui postulado vital. Ele é, quando confrontado com a lei, “premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz” (Ada Pellegrini Grinover, in *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 25).

No Direito Constitucional positivo hoje posto, não há, na aplicação do referido princípio, possibilidade de se concebê-lo com restrição. A redação do art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, mostra a ampliação desse direito fundamental que se manifesta nos três aspectos seguintes:

a) garante-se a todos os indivíduos e às associações legais igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza;

b) a igualdade é direito fundamental de proteção ao cidadão, pelo que a sua violação se constitui em fato grave;

c) essa garantia se encontra presente em todos os dispositivos articulados da Constituição Federal, quer de modo expresso, quer de forma implícita, por se constituir em direito absoluto do cidadão brasileiro.

O aprofundamento do estatuído a respeito do instituto da igualdade jurídica leva a se considerar que o seu entendimento, pelo jurista, se bifurca em dois prismas bem distintos: o da igualdade formal e o da igualdade material. Este é o tratamento uniforme a que todos os homens têm direito, além de serem tratados com equidade no referente a qualquer tipo de concessão de oportunidade, situação que “nunca se realizou numa sociedade humana, por mais humanistas e humanitários que sejam os seus preceitos jurídicos maiores”, conforme assinala Ritinha Alzira Stevenson, in “Isonomia e Igualdade Material na Constituição Brasileira”, p. 299, *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, n.º 3.

A igualdade formal é a que interessa ao jurista, por ser a consagrada no Texto Constitucional, de modo expresso. A sua conceituação, na época atual, se desvincula do pensamento de Aristóteles, que a definiu como sendo a obrigação de se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam” (Celso Ribeiro Bastos, in *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 299). Modernamente, a atualização do que se entende pelo princípio da igualdade, tem de partir da contribuição de Celso Antônio Bandeira de Melo (*O Controle Jurídico do Princípio da Isonomia*, São Paulo RT), no momento em que fixou os casos em que é vedado à lei estabelecer discriminação e, em pólo contrário, quando ela pode fazê-lo, sem se incompatibilizar com o Texto Constitucional. Conclui o eminente mestre que, em face das questões suscitadas pela análise do tema igualdade formal, quatro elementos devem ser considerados para que a lei não fira o mandamento constitucional dessa garantia fundamental para o cidadão. São:

a) a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;

b) as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, sendo vedado à lei discriminar quanto a qualquer elemento exterior a elas (por exemplo, quanto ao tempo);

c) em conceito, o vínculo de correla-

ção seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando o bem público à luz do Texto Constitucional.

Decorre da doutrinação exposta que o princípio da igualdade formal preceituado pela Constituição Federal, hoje sem possibilidade de distinção de qualquer natureza, tem força absoluta e integral quando se trata de aplicá-lo às garantias processuais do cidadão. Em assim se concebendo, não há mais lugar para a existência de privilégios e proibições processuais. Desaparecem, por exemplo:

a) O excepcional privilégio concedido pelo Direito Processual Civil à Fazenda Pública, no tocante à aplicação do prazo para contestar e para recorrer. A justificação até então apresentada, baseada na complexidade dos serviços públicos em geral, em decorrência da ampliação das atividades sociais e econômicas do Estado, há de ceder ao postulado maior posto na Carta Magna, que não permite distinção de qualquer natureza perante a lei. No caso, estabelece-se a igualdade processual substancial, não havendo possibilidade do indivíduo ceder a sua garantia fundamental em face de um alegado interesse público ou social, que se conflita com dogmas constitucionais. Não há, hoje, em face da nova visão constitucional, que se falar em igualdade real ou proporcional no campo processual. Ela é ilimitada, absoluta, sem permissão para tratamento desigual.

b) Desapareceu o privilégio disposto no art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, que autorizava, quando vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios fora dos limites de 10% a 20%, obedecendo-se, apenas, a uma apreciação equitativa do juiz.

c) Não há mais obrigação de se sujeitar ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município e a que julgar improcedente a execução de dívida da Fazenda Pública.

d) Inexiste, à luz do Texto Constitucional referido, o tratamento diferenciado até então dado ao Ministério Público, quando ele age como parte, com prazo ampliado para a prática de atos processuais.

e) É descabida a exigência de pessoas privadas de cauções processuais do tipo da prevista no art. 835, do Código de Processo Civil, por impossibilitar ao autor, em casos como os registrados pelo dispositivo citado, a entrega da prestação jurisdicional buscada.

f) Não se pode exigir o depósito para a ação rescisória dos particulares, haja vista que a lei proíbe fazê-lo das pessoas jurídicas de direito público.

g) Inexistem, no processo de execução, os dispositivos que desigualam as partes, a exemplificar os arts. 599, 600 e 601, do Código de Processo Civil.

h) A mulher casada pode apresentar queixa-crime sem o consentimento do marido, não prevalecendo, após o advento da Constituição Federal de 1988, o disposto no art. 35, do Código de Processo Penal.

Comungam com o pensamento que acaba de ser defendido, os Professores Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. Na obra *Constituição de 1988 e Processo*, Saraiva, p. 41, afirmaram:

“Por isso é que, em nosso entender, não se pode cogitar em exceção, ou exceções, ao nomeado regramento geral constitucional; nem alvitrar, como, entre nós, faz, p/ ex., Roberto Rosas, a existência de “novidade infringente do princípio da isonomia”, arrolando a dilatação do prazo em quádruplo e em dobro, respectivamente, para a Fazenda Pública oferecer contestação ou recorrer; e a afirmação do duplo grau de jurisdição, nos incisos II e III do art. 475, do Código de Processo Civil, relativamente às sentenças proferidas contra a União, o Estado e o Município, ou que julguem impropriedade o pedido formulado em ação de execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Aliás, não só essas, como, igualmente, outras estatuições correlatas, contemplando, ainda, a Fazenda Pública, o Ministério Público e certas situações processuais de conotação nitidamente patrimonial, infringindo a preceituação maior alusiva à igualdade de TODOS, são, na realidade, inconstitucionais.”

5.4. O princípio do devido processo legal ou do justo processo

A garantia fundamental de que o cidadão, ao requerer a entrega da prestação jurisdicional, seja protegido por um processo justo, tem base na Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela ONU, que, em seu art. 8.º, assim consagrou:

“Toda pessoa tem recurso perante os tribunais nacionais competentes, que a

ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

“Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

A doutrina desenvolveu as conseqüências nascidas da vigência desse princípio, firmando-se, em síntese, para sua integral efetividade, nos seguintes postulados:

a) ninguém pode ser afetado no âmbito de seu círculo jurídico sem ser ouvido, pelo que, sem essa condição, não pode receber sentença condenatória mesmo prolatada por juiz natural;

b) o contraditório processual é comportamento de natureza essencialmente democrática, por simbolizar a eficácia do direito fundamental da igualdade de todos perante a lei;

c) além do devido processo legal compreender a proteção judiciária (o denominado direito ao processo), ele abrange o direito à completa proteção jurídica, ou melhor explicando, a uma proteção processual razoável e adequada à situação do jurisdicionado, todas as vezes que necessitar ser ouvido em juízo.

O devido processo legal, como expressão maior das garantias processuais fundamentais do cidadão, está claro e explícito na Constituição Federal de 1988. Apresenta-se, de modo bem nítido, na proclamação contida no art. 5.º, II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” –, bem como, no inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” – e no inciso LIV do mesmo artigo – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A Constituição anterior não tratou dessa garantia com a amplitude que se noticia. Embora pródiga na proteção da tutela jurisdicional relacionada com o processo penal (art. 153, §§ 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20), dedicava uma única regra que podia ser considerada como de processo civil e vinculada ao instituto do devido processo legal, conforme se extrai da dicção do art. 153, § 4.º, daquela Carta Magna:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

No novíssimo Ordenamento Constitucional brasileiro, o instituto do devido processo legal é ampla garantia processual do cidadão, o que leva a merecer uma especial atenção da jurisprudência no referente à obediência às suas linhas mestras.

Não deve ser omitido o registro, ao se falar desse tema, que, sob o ponto de vista histórico, as suas raízes estão vinculadas ao velho direito medieval saxônico, com sua matriz nascente na cláusula *law of the lands*, que foi posta na Magna Carta de 1215. Na própria Inglaterra, ocorreu a evolução dessa cláusula para a garantia do devido processo legal, com irradiação entre as colônias britânicas da América do Norte. Presente nas Declarações do Direito (*Bill of Rights*) e Cartas Coloniais, alcançaram supremacia conceitual nas 5.^ª e 14.^ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos.

A aplicação do devido processo legal é uma forma direta de repelir a onipotência e a arbitrariedade. Não serve, unicamente, como garantia processual do cidadão, pois, como revela Carlos Roberto de Siqueira Castro, in *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Forense, p. 76, ele atuou, na sua concepção “substantiva”, como inesgotável manancial de inspiração para a criatividade hermenêutica, especialmente, no trato das liberdades públicas.

O devido processo legal, no campo da jurisdição penal, se desdobra em garantir:

a) a presunção de inocência, até que sobrevenha, seguindo-se processo regular, condenação definitiva e com trânsito em julgado que reconheça a autoria e materialidade do ilícito criminal, além da culpabilidade do condenado (art. 5.^º, LVII, da Constituição Federal);

b) a não-identificação criminal de quem já o seja civilmente identificado, salvo as hipóteses previstas em lei (art. 5.^º, LVIII, da Constituição Federal);

c) a impossibilidade do cidadão ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos e transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5.^º, LXI);

d) a comunicação imediata ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele

indicada, do fato em si da prisão e do local onde o mesmo se encontra (art. 5.^º, LXII);

e) o direito do preso ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, além do de lhe ser assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5.^º, LXIII);

f) o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (art. 5.^º, LXIV);

g) a obrigação da autoridade judiciária relaxar, imediatamente, a prisão ilegal (art. 5.^º, LXV);

h) o direito do cidadão não ser levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5.^º, LXVI);

i) a impossibilidade de haver prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5.^º, LXVII).

Sublinhe-se, nessa oportunidade, que a expressão maior do devido processo legal está em garantir os dogmas do contraditório e da ampla defesa. No pensar de Ada Grinover (“O Processo Constitucional em Marcha – Contraditório e Ampla Defesa” em *Cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, Ed. Max Limonad, 1985, p. 7), isso constitui, a um só tempo, garantia das partes, do processo e da jurisdição. Assim está exposto o seu pensamento:

“Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.”

5.5. O princípio da motivação das decisões

A Constituição Federal não inseriu os regimentos da publicidade dos atos processuais

ais e da motivação dos atos decisórios judiciais entre os Direitos e Garantias Fundamentais. Foram, contudo, elevados à categoria de proteção processual constitucional do cidadão. A doutrina, por sua vez, considera que fazem parte dos direitos constitucionais fundamentais, "que devem presidir à disciplina da atividade estatal, *in genere*, e da atividade jurisdicional *in specie*" (cf. Barbosa Moreira, in "A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito". *RBDP*, v. 16, 1978, p. 115).

Nos ordenamentos jurídicos de outras nações, o referido princípio está presente com prestígio constitucional. Consta expressamente nas Constituições: da Colômbia (art. 1.639), do Haiti (art. 120), do México (art. 14), do Peru (art. 227) e da Bélgica (art. 97). Na França, desde o ano de 1791, todo julgamento, por exigência constitucional, deve ser motivado. A Itália também acolhe tal princípio, conforme observação de Michele Taruffo, em sua obra *La Motivazione della Sentenza Civile*, Padova, CEDAM, 1975, p. 391.

No direito brasileiro, o princípio do dever de motivar a sentença vinha, até a Carta Magna de 5.10.88, contemplado, tão-somente, no campo da legislação ordinária. Por não possuir prestígio constitucional, o mesmo sofria inúmeras e inadmissíveis distorções que se cristalizaram na prática forense, numa espécie de limitação dessa garantia processual conferida ao cidadão. Exemplo maior era o julgamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, das arguições de relevância na questão federal.

Impera, agora, por determinação da Carta Magna, a obrigação do juiz de qualquer grau motivar as suas decisões, independentemente da natureza das mesmas. A ausência de tal

proceder acarretará a nulidade do julgamento. O cumprimento do referido princípio é uma garantia contra o arbitrio, conforme observou Enrico Tullio Liebman, in "Do Arbitrio à Razão - Reflexões sobre a Motivação da Sentença" (tradução de Tereza Alvim, in *RP*, 29/80, 1983).

6. Considerações finais

As garantias processuais dos cidadãos, a nível de princípios constitucionais, não se esgotam no que foi acima assinalado. A limitação de espaço do presente trabalho não permite desenvolver as demais. Sobreleva, contudo, a certeza de que a Constituição de 1988 caracteriza-se, no âmbito das garantias processuais do cidadão, em assegurar direitos individuais e coletivos, por meio de normas que dignificam o homem em toda a extensão dos seus anseios.

A função do processo brasileiro, como deve ser a de todo o processo no mundo, é a de servir como meio e fim operantes para garantir aos cidadãos residentes no País a aplicação do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tudo concebido como valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. São representações dos postulados consagrados no preâmbulo e no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, que atendem aos desejos da Nação brasileira. Em assim sendo, a missão do processo é, como forma de ciência aplicada, tornar viável, com a máxima celeridade e segurança, a aplicação do direito objetivo quando refletido em situações subjetivas, utilizando-se, para esse fim, dos princípios explícitos e implícitos existentes na Constituição Federal.

Correção monetária de benefício previdenciário em juízo

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

Tem-se discutido quanto à forma de correção monetária dos benefícios previdenciários pagos serodidamente, pleiteando, os beneficiários, que observado o critério da Súmula n.º 71, do ex-Tribunal Federal de Recursos até a proposição da ação e, daí em diante em consonância com o Índice de Reajuste do Salário Mínimo-IRSM, de conformidade com o preceituado no art. 41, § 6.º, da Lei n.º 8.213, de 24.7.91, com a redação determinada pelo art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 8.542, de 23.12.92.

Carece de realce, antes de enfrentar o assunto de frente, traçar linha paralela no escopo de fazer pequeno bosquejo quanto à edição e aplicação da Súmula n.º 71, do ex-Tribunal Federal de Recursos.

De sabeiça que, anteriormente à edição da Lei n.º 6.899, de 8.4.81, inexistia norma jurídica dispondo acerca da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial. Dessa forma, quando reconhecido, em sentença, o direito à percepção de vantagem financeira, o valor a ser recebido pela parte não era atualizado, pois não havia previsão legal de que o fosse, nem muito menos a forma, pela qual seria feita a atualização.

No entanto, entendeu-se a partir do final da década de setenta, que a não-incidência de correção monetária nos pagamentos determinados em virtude de sentença judicial, ocasionava perda para a parte vencedora, pelo que passou-se a decidir, tendo em mira obviar os efeitos da inflação, já àquela época corrosiva, que, em se tratando de dívida de valor – sendo esta a de caráter alimentar –, nada obstante

Walter Nunes da Silva Júnior é Juiz Federal e Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN.

inexistente lei específica, dever-se-ia corrigir o débito, consoante o diploma legal que determinava a correção monetária para finalidades outras.

Assim, passou-se a determinar a correção quando se tratava de dívida de valor em compasso com a legislação sobre correção monetária em vigor na época, ficando, sem reajuste apenas, aqueles valores considerados como dívida em dinheiro.

De logo, sentindo-se que os benefícios previdenciários deveriam ser entendidos como dívida de valor diante de seu nítido caráter alimentar, a jurisprudência passou a determinar a correção monetária dos débitos dessa natureza, quando reconhecidos em decisão judicial.

No desiderato de uniformizar não só o entendimento acerca da cabibilidade mas também do critério a ser utilizado na elaboração do cálculo da correção, o ex-Tribunal Federal de Recursos cuidou de editar a Súmula n.º 71, enunciada da forma a saber:

“A correção monetária incide sobre as prestações de benefícios previdenciários em atraso, observado o critério do salário mínimo vigente na época da liquidação da obrigação.”

Levou-se em consideração, no âmbito normativo, enquanto referência, a Lei n.º 5.890, de 8.6.1973, art. 3.º § 5.º, e o Decreto n.º 77.077, de 24.1.76, art. 30 – que disciplinava a Consolidação das Leis da Previdência Social.

No que pertine aos arestos utilizados como paradigmas, serviram os EAC n.º 44.973-SP (TP, 1.7.1980 – DJ, 16.10.1980); EAC n.º 44.540-RS (TP, 15.5.1980 – DJ, 16.10.1980); EAC n.º 50.395-SP (TP, 22.4.1980 – DJ, 6.6.1980); EAC n.º 36.523-SP (TP, 21.2.1989 – DJ, 30.4.1980); EAC n.º 59.416-RJ (1.ª S., 8.10.1980 – DJ, 5.2.1981); EAC n.º 43.874-SP (1.ª S., 1.10.1980 – DJ, 30.10.1980); EAC n.º 61.540-SP (1.ª S., 3.9.1980 – DJ, 26.9.1980); EAC n.º 57.500-SC (1.ª S., 3.9.1980 – DJ, 26.9.1980); EAC n.º 52.533-RS (1.ª S., 27.8.1980 – DJ, 2.10.1980); EAC n.º 30.171-SP (1.ª S., 27.8.1980 – DJ, 26.9.1980).

Por conseguinte, nas decisões judiciais reconhecendo o direito à percepção de benefícios previdenciários, passou-se a determinar, na liquidação, a correção com base no critério vigente utilizado para o salário mínimo.

No escopo de espancar a omissão legislativa, o legislador ordinário cuidou de editar a

Lei n.º 6.899, de 8.4.81, estabelecendo a aplicação da correção monetária nos débitos reconhecidos em pronunciamento judicial dispondo, no art. 2.º, que o Poder Executivo, no prazo de sessenta dias, regulamentaria a forma de realização do cálculo. Com efeito, irrompeu, no mundo jurídico, o Decreto n.º 86.649, de 25 de novembro de 1981, elegendo, no art. 1.º, a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) como critério para a elaboração da conta.

Por conseguinte, em virtude da divergência de índices, passou-se com o advento da Lei n.º 6.899/81, a questionar qual seria o critério de atualização da correção monetária dos benefícios previdenciários: o estabelecido na lei, ou o previsto na Súmula n.º 71, do extinto Tribunal Federal de Recursos. Observe-se que todos os julgados que serviram de referência para a formação do entendimento sumulado foram proferidos antes do advento da Lei 6.899, de 8.4.81, e que a Súmula n.º 71, do ex-Tribunal Federal de Recursos, foi publicada, no *Diário Oficial* da União, em 6.3.81, à p. 1.453, portanto, quando a Lei da Correção Monetária ainda não havia sido nem mesmo publicada.

Em pesquisa realizada no repertório jurisprudencial do extinto Tribunal Federal de Recursos, da Revista *Lex*, verifica-se que o primeiro julgamento, dessa Egrégia Corte, apreciando a questão, ocorreu já em data de 30.11.1982, quando a Primeira Turma, em apreciação de Embargos de Declaração na AC de registro cronológico n.º 60.398-MG, interposto pelo IAPAS, perquirindo se a diferença de proventos devida ao segurado seria atualizada na forma prevista na Súmula n.º 71-TFR, o Ministro José Pereira de Paiva, relator do processo, recebendo a adesão dos demais pares, exprimiu voto consubstanciado na ementa seguinte:

“Não esclarecida a forma de cálculo da correção monetária concedida urge suprir a omissão para declarar que a diferença de proventos devida ao segurado será atualizada na forma prevista na Súmula n.º 71, do TFR, até a vigência da Lei n.º 6.899, de 1981, e, a partir desta, de acordo com os seus critérios.” (JTFR, *Lex* 18/215.)

Em oportunidade outra, no apreciar a apelação em Mandado de Segurança n.º 99.989-RS, a primeira Turma do ex-Tribunal Federal

de Recursos, também a unanimidade, chegou à mesma conclusão, carecendo de destaque a passagem do voto emitido pelo Ministro Leito Krieger:

“(…) A matéria já se encontra pacificada com a edição da Súmula n.º 71, deste Tribunal, pela qual a correção monetária incide sobre as prestações previdenciárias em atraso.

Tal construção jurisprudencial veio atender a uma necessidade premente, qual seja, de repor ao patrimônio do segurado ou beneficiário, o valor já diluído no tempo. De outra forma, seria premiar a mora da Autarquia, que lucraria com pagamento em moeda desvalorizada.

Determino, assim, a autorização monetária de acordo com a Súmula n.º 71, até a data da entrada em vigor da Lei n.º 6.899, de 1981, quando serão seguidas as prescrições desta.” (JTFR, *Lex* 35/189)

Ainda no mesmo sentido, carecem de menção os arestos seguintes do ex-Tribunal Federal de Recursos:

“Correção monetária: incidência de acordo com a Súmula n.º 71 do TFR, até a vigência da Lei 6.899/81; e, após, segundo os seus preceitos.” (JTFR, *Lex* 90/99); “A correção das prestações previdenciárias em atraso far-se-á de acordo com os critérios da Súmula n.º 71 – TFR quando ocorridas antes do início da vigência da Lei n.º 6.899/81, após, o que, obedecerá ao disposto na referida norma legal, com as recomendações ao seu regulamento. Apelo provido. Sentença reformada.” (Ap. Cível 99.866-SP – 3.ª Turma do TFR – Rel. Min. Flaque Scartezzi – DJU de 28.8.86); “O critério da atualização monetária deverá ser o da Súmula n.º 71, deste Tribunal, até a entrada em vigor da Lei n.º 6.899/81, quando deverá balizar-se pela nova sistemática. Apelação improvida.” (Ac. un. da 1.ª T. do TFR – AC 167.744-SP – Rel. Min. Carlos Tibau – Apte: INPS; Apdo: Oswaldo Marturano – DJU de 21.3.89, p. 3.950); “Tanto a aposentação quanto a propositura da ação ocorreram em plena vigência da Lei n.º 6.899/81, razão pela qual é de ser afastada a incidência do Enunciado n.º 71, da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos.” (JTSTJ e TRF, *Lex* 16/273, TRF da 3.ª Região, Relator Juiz Pedro Rotta); Correção monetária obedece aos ditames da Súmula n.º 71/TFR, até o advento da Lei n.º 6.899/81,

e, a partir daí, segundo os preceitos deste diploma legal.” (JTSTJ e TRF, *Lex* 45/507, TRF da 2.ª Região, Relator Juiz Celso Gabriel de Rezende Passos).

Dessa forma, a Súmula n.º 71, do extinto Tribunal Federal de Recursos, em verdade, só se aplica à correção monetária de período anterior à vigência da Lei n.º 6.899/81, porque este diploma legal veio a lume justamente para disciplinar a matéria, não havendo mais necessidade, a partir de então, de socorrer-se de construção jurisprudencial como fonte integradora do vácuo normativo.

Não se desconhece que existem arestos com entendimento divergente, a exemplo do Tribunal Regional da Quinta Região, que tem entendimento consolidado, de que se deve aplicar o critério da Súmula n.º 71, do ex-Tribunal Federal de Recursos, até a data do ajuizamento da ação e a partir daí de conformidade com o estabelecido na Lei n.º 6.899/81. Mas urge que a matéria seja agitada, suscitando exame acurado, levando-se em consideração que a elaboração dos cálculos, pelo critério da Súmula n.º 71, é sobremaneira mais elevado do que aquele realizado em compasso com a Lei n.º 6.899/81.

Inclusive, para melhor definição do assunto, seria de boa ordem que o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de sua procuradoria jurídica, não se descurasse da tarefa de levar o assunto à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que, segundo pesquisa realizada no repertório jurisprudencial da Revista *Lex* e da IOB, ainda não se pronunciou sobre o mesmo.

Esse é um ponto que carece de observação, e sobre o qual se faz por pertinente coletar o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, até porque, como acentuado, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, encontra-se divergência de posições.

Aspecto outro, a merecer atenção, é a nova realidade, quanto ao pagamento de benefício previdenciário atrasado, em virtude da edição da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. É que nos termos desta Lei, o critério de atualização dos benefícios em atraso, oriundos ou não de decisão judicial, passou a ter regra própria, consoante o critério estabelecido no art. 41, § 6.º, ou seja, em compasso com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, até a entrada em vigor da Lei n.º 8.542, de 23 de dezembro de 1992, § 2.º, do art. 9.º,

que substituiu o INPC pelo Índice de Reajuste do Salário Mínimo-IRSM.

Ora, se há lei específica, determinando que o benefício previdenciário em atraso deve ser corrigido de conformidade com a variação de um índice, não pode, a autoridade previdenciária, elaborar os cálculos de outro modo, a não ser que se pense que a Súmula n.º 71, do extinto Tribunal Federal de Recursos, tem o condão de sobrepor-se a uma norma jurídica, não admitindo nem mesmo, que lei nova venha a dispor de modo diferente.

O princípio da legalidade, impondo ao administrador o dever de obediência aos ditames normativos, impede que a autoridade previdenciária, no âmbito administrativo, corrija os débitos previdenciários em atraso utilizando-se de critério distinto daquele preconizado no § 6.º art. 41, da Lei n.º 8.213/91, com a redação determinada pela Lei n.º 8.542/82.

No entender-se de modo contrário, incentiva-se o beneficiário a rejeitar o pagamento

administrativo, preferindo sufocar o Judiciário, reclamando, na correção de seu benefício, a aplicação do critério da Súmula n.º 71, do extinto Tribunal Federal de Recursos, e não a par do que estabelece a Lei n.º 8.213/91.

É importante acrescentar que se se entender que nos pagamentos, determinados em juízo, de benefícios previdenciários em atraso deve-se obedecer ao critério inserto na Súmula n.º 71, do ex-Tribunal Federal de Recursos, ainda que a Administração previdenciária reconheça o direito do beneficiário ao recebimento de parcelas serôdias, sempre e sempre haverá questionamento na justiça, pleiteando a aplicação da correção monetária nos termos do entendimento sumulado, pois que mais vantajoso, o que geraria uma forma de litigância habitual.

E não é crível que se consolide entendimento no sentido de que a Administração previdenciária venha a ser compelida a pagar em juízo algo mais do que aquilo que estava obrigada a fazê-lo em virtude de mandamento legal.

A turbação e o esbulho possessório à luz do artigo 502 do Código Civil

LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da posse. 2.1. Natureza jurídica da posse. 2.2. Tutela jurídica da posse. 3. Alcance do artigo 502 do Código Civil. 3.1. Da turbação. 3.2. Do esbulho. 3.3. Do desforço. 3.4. Da imediatidade do desforço. 3.5. Da legítima defesa da posse. 3.6. Da moderação no exercício da defesa e no desforço imediato. 4. Crítica. 5. Conclusão.

1. Introdução

Cumprindo-me advertir, de início, que este trabalho tem a ambição de sistematizar uma questão abordada fragmentariamente na doutrina e na jurisprudência. Talvez tenha usado o termo *sistematizar* inadequadamente, faltando-me engenho e elementos para tanto. Seria, então, mais uma tentativa de organizar o tema.

O que pretendo apresentar, em resumo, é uma ligeira compilação de opiniões dos mais destacados doutrinadores a respeito da matéria estudada, motivo pelo qual houve um certo abuso de citações.

No estudo do Direito das Coisas, a previsão tratada pelo artigo 502 e seu parágrafo único do Código Civil despertou minha curiosidade pela apreciação de um caso concreto em que o citado artigo figurou como defesa. Ou, mais ainda, pela oportunidade de ter ouvido, em uma conferência, na nossa velha Faculdade de Direito, a declaração de que certo jurista brasileiro afirmara que enquanto no Código Penal não se encontra um artigo que autorize, implícita ou explicitamente, a matar, o artigo 502 do nosso Código Civil chega a admitir esse direito ao possuidor que tenha sua posse turbada ou esbulhada, num exercício legítimo de defesa.

Razões suficientes assim demonstradas jus-

Lourival de Jesus Serejo Sousa é Juiz de Direito de São Luís - MA.

tificaram esta pesquisa iniciada nos tempos da Faculdade, e por muitos anos abandonada; nascida com a intenção de tentar investigar o sentido daquela afirmação ousada de que o artigo 502 do CC autoriza a matar, para, afinal, repudiar essa recomendação legal ou a dilargada interpretação que assim entende.

2. Da posse

A posse é o mais polêmico instituto do Direito das Coisas.

No estudo da posse, da sua razão e fundamento, destacam-se duas figuras universais: Ihering e Savigny; colocados em pontos opostos, procuraram explicar pelas suas teorias, objetiva e subjetiva, respectivamente, o fundamento e o conceito da posse.

O esmiuçar das teorias referidas é material fértil para longas considerações, o que não será objeto desta pesquisa.

Mais recentemente, assistimos ao desenvolvimento de novas teorias que estudam a posse sob a perspectiva sociológica ou econômico-social. Afinal, depois de tanto tempo, com todas as inovações e avanços ocorridos na sociedade, não é mais possível ater-nos a teorias forjadas em épocas tão distantes, em que as circunstâncias sociais e políticas eram outras. Precisamos estudar a posse com as exigências da atualidade, considerando o trabalho, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais tutelados pelo Estado democrático, sem perder, contudo, o sentido da sua história e evolução.

2.1. Natureza jurídica da posse

Controvérsia clássica no estudo da posse é a que pretende situá-la ora como fato, ora como direito. Temos três posições destacáveis pelos seus argumentos e seus seguidores a respeito do assunto: a primeira reconhece a posse como fato; a segunda, como direito e a terceira (mista ou eclética) identifica a posse como um fato que gera consequências jurídicas.

Para melhor exploração do tema, seguem-se alguns posicionamentos de doutrinadores brasileiros.

Clóvis Beviláqua, em seu *Direito das Coisas*, afirma que “a posse, considerada em si mesma, funda-se em um mero fato e se apresenta como estado de fato; mas, uma vez firmada nela a ordem jurídica, em atenção à paz social e à personalidade humana, respeita o que ela aparenta ser, reconhece o *jus possessionis*, o direito de posse, que os interditos defendem. Eis a explicação desta forma especial do Direito. É um interesse que a lei protege; portanto é um direito (...) A posse é estado de fato. Se

a lei a protege, é visando à propriedade de que ela é manifestação. Assume, assim, o fato a posição de direito, não, propriamente, categoria; situação anômala, imposta pela necessidade de manter a paz na vida econômico-jurídica e que se reflete na particularidade das ações possessórias”. (*Direito das Coisas*, Editora Rio, Edição Histórica, pp. 42/43).

Há passagens enfáticas de Pontes de Miranda abordando o assunto, em que se lê: “A posse não é direito, como revogação não o é. (...) A posse é relação fática entre a pessoa que possui e o áter, a comunidade. (...) A posse é o estado de fato, em que acontece *poder* e não necessariamente *ato de poder*. (...) Posse é poder. Portanto, fato. Não se precisa de qualquer ato para que se possua. Possui-se, e basta”. (*Tratado de Direito Privado*, v. 10 — “Direito das Coisas”. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 3.^a ed. 1971, pp. 6, 7, 17.)

Caio Mario da Silva Pereira, após referir-se à controvérsia, arremata com serenidade: “Na verdade perdeu hoje importância o debate, resolvendo-se com o dizer que, nascendo a posse de uma relação de fato, converte-se de pronto numa relação jurídica”. (*Instituições de Direito Civil* — v. IV, Forense, Ed. Universitária, 2.^a ed. 1992, p. 22.)

O Ministro José Carlos Moreira Alves, analisando profundamente a discussão, no segundo volume do seu estudo sobre posse, assinala, em certa passagem com uma tonalidade de conclusão: “Desanimados, em razão da peculiaridade que a posse apresenta, de a enquadrarem em qualquer das categorias jurídicas da dogmática moderna, vários autores se têm limitado a salientar que a posse é uma figura especialíssima e, portanto, *sui generis*. Assim, Briz diz que a posse “é algo jurídico sem ser um direito”, inspirando-se em antiga observação de Donelo” (in *Posse*, v. II, 1.^o t. “Estudo Dogmático”, Rio: Forense, 1990, p. 121).

Pela análise dessas posições pode-se arriscar um entendimento, no sentido de aceitar a posse como direito, um direito peculiar, fundado nas ações do possuidor, que se manifesta por um estado de fato, da qual decorre necessariamente a proteção dos interditos. Como direito, só pode ser concebida como de natureza real, embora não figure no elenco do art. 674 do nosso Código Civil. E aqui vem à tona outra peculiaridade desse instituto jurídico.

2.2. Tutela jurídica da posse

A posse é protegida pelas ações possessórias, que em nosso direito positivo são três: ação

de manutenção de posse, ação de reintegração de posse e o interdito proibitório. São as clássicas ações oriundas do Direito Romano. Tais interditos asseguram o *ius possessionis*, que é um efeito da situação de fato criada pela posse.

Na doutrina pátria, destaca-se Astolfo Rezendes como o autor que oferece, de maneira mais clara, as justificativas para a tutela jurídica da posse, ao dizer que "a posse é protegida, e deve ser protegida por si mesma, independentemente de qualquer outra consideração. O possuidor deve ser protegido pelo simples fato de possuir, por isso só que possui, qualquer que seja a origem da posse. A posse não é protegida por ser proibida a violência; a violência é que é proibida porque a posse é e deve ser protegida. É na posse mesma, na posse em si, e não no caráter ilícito ou delituoso da turbação que se deve buscar a razão de ser da proteção possessória. O possuidor é protegido, não porque seja uma pessoa; toda pessoa deve ser protegida contra os atos ilícitos ou delituosos, mas sim porque é possuidor, e, como tal, tem mais direito do que aquele que não possui." (*A Posse e a sua Proteção*, São Paulo: Saraiva, 11.º v., 1937, pp. 47/48.)

3. Alcance do artigo 502 do Código Civil

Dispõe o artigo 502 do Código Civil Brasileiro: "O possuidor turbado ou esbulhado poderá manter-se, ou restituir-se, por sua própria força, contanto que o faça logo. *Parágrafo único*. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

Com razão adverte Carvalho Santos: "Neste artigo o Código admite e prevê duas hipóteses: a da legítima defesa da posse, no caso de turbação, e a do desforço, no caso de esbulho". (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. VII, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 7.ª ed., 1961, p. 137.)

A mesma conclusão é repetida por Washington de Barros Monteiro: "Prevê o legislador, com esse dispositivo, duas situações diferentes: a legítima defesa da posse, no caso de turbação, e o desforço imediato, no caso de esbulho." (*Curso de Direito Civil*, v. 3.º — "Direito das Coisas" — 14.ª ed., Saraiva, 1975.)

A anatomia do artigo 502 do Código Civil representa o cerne deste trabalho, motivo pelo qual passo à análise dos momentos que se destacam nessa previsão legal, ou seja, o esbulho, a turbação, o desforço, a imediatidade do desforço, a legítima defesa da posse e a modera-

ção no exercício da defesa e no desforço imediato.

3.1. Da turbação

Turbação há, na precisa análise de Pontes de Miranda, quando se lesa a posse de outrem sem se chegar ao esbulho (ob. cit., p. 287). Cita o autor o exemplo de alguém que começa a se preparar para uma edificação em terreno de outrem.

Clóvis Beviláqua, mais didático, conceitua a turbação como "todo ato praticado contra a vontade do possuidor, que lhe perturbe o gozo da coisa possuída, sem dela se desapossar (*vis inquietativa*). A turbação pode ser positiva, como a invasão do terreno alheio, o corte de árvores nele praticado sem direito, ou negativo, como se o turbador impede o possuidor de praticar atos decorrentes da sua posse, (ob. cit., p. 68).

3.2. Do esbulho

O esbulho é um ato de violência contra a posse, que altera sua estabilidade e ofende a relação de fato que havia entre o possuidor e a coisa possuída.

Para Pontes de Miranda, "esbulho é todo ato em virtude do qual ao possuidor se retira a posse, total ou parcialmente, ou a composses, ou a posse sobre parte real" (ob. cit., p. 286).

Clóvis Beviláqua conceituou esbulho como a injusta privação da posse, sofrida por aquele que a tem. Pode resultar: de violência sobre a coisa, tirando-a alguém do poder de quem a possuía antes da violência; ou de um receio fundado de violência, capaz de constranger o possuidor a desligar-se de sua posse; de ato clandestino, de abuso de confiança" (ob. cit., p. 67).

Desses conceitos depreende-se que o esbulho vai além da turbação porque priva o possuidor da sua posse, por um ato de violência. A posse do esbulhador é viciosa porque injusta, daí não merecer amparo legal.

3.3. Do desforço

O desforço, como defesa da posse, aparece no artigo 502 do Código Civil, cuja análise, como já disse acima, é o cerne deste trabalho.

Vale a pena transcrever na íntegra a lição do Conselheiro Lafayette sobre "desforço", pela clareza de sua exposição:

"Não se pode recusar ao possuidor o direito de defender-se e sustentar-se na posse, repelindo pela força as vias de fato que são dirigidas contra a coisa possuída.

Este direito deriva do princípio de legítima defesa; não é, pois, um mero

feito da posse, tanto que pode também ser exercido pelo simples detentor.

O desforço, *direito que deriva da posse* (o grifo é meu), é mais alguma coisa do que o direito de defesa: não se limita à simples repulsa da violência, mas vai além.

A lei permite ao possuidor, que é esbulhado da coisa, retomá-la por sua própria força e autoridade, contanto que o faça em ato seguido. É isto que no nosso direito se chama desforço.

Na prática do desforço o possuidor deve guardar os princípios que regulam o exercício da legítima defesa (*moderamen inculpatæ tutelæ*). ("Direito das Coisas", § 23 — Lafayette Rodrigues Pereira, Edição Histórica. Rio: Ed. Rio, 1977, pp. 94/95).

3.4. Da imediatidade do desforço

A necessidade de estabelecer um entendimento sobre o alcance desse momento de reação já foi sentida desde as Ordenações Filipinas, em que o assunto é tratado nos seguintes termos:

"Outrosi, não incorrerão nas ditas penas as pessoas, a que por direito he outorgado, que possam commetter força; assi como se hum for forçado da posse de alguma cousa, e a quizer logo por força recobrar, pbdel-o-ha fazer. E quanto tempo se entenderá este *logo*, poderá em arbitrio do Julgador, que sempre considerará a qualidade da cousa, e o lugar, onde stá, e das pessoas do forçador e forçado. Porque, sendo a força feita por homem de pequena condição a outro tal, entender-se-ha esta palavra *logo*, antes que o forçador se occupe em outro acto separado, e diverso do da força.

E sendo a força feita por Fidalgo, Cavaleiro, ou outra pessoa poderosa em lugar onde o forçado não possa tão asinha, ajuntar gente, com que possa recobrar a cousa, forçada, deve-se entender a palavra *logo*, que tenha o forçado espaço em que convenientemente possa chamar seus parentes e amigos para cobrar a dita cousa.

Assi que tudo isto ficará no arbitrio do Julgador: por quanto poderá isto acontecer entre taes pessoas, e sobre tal cousa, em que bastará para o que dito lhe, dous ou trez dias, ou em que não bastarão dous

mezes." (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título LVIII, n.º 2 — Fundação Calouste Gulbenkian — Lisboa.)

Surge, então, o desforço com o apoio de uma autorização legal, sob, apenas, uma condição: que seja imediato. O conceito de imediato (*rectius*: logo) não deve comportar uma digressão inócua para fixar-lhe o exato espaço de tempo em que flui. Imediato é o tempo razoável para a reação, considerando-se as circunstâncias do fato. Pela sua natureza, não deve admitir intervalo nem rompimento na reação. Nesse entendimento é que as Ordenações chegaram a prever "o tempo conveniente para chamar seus parentes e amigos". A reação pronta do esbulhado é um sintoma da sua não-conformação com o ato injusto que acaba de sofrer. É a disposição de lutar pelo seu direito. Demonstra aquele sentimento de quem se sente lesado.

Para fixar melhor o tema, valho-me de decisão pretoriana mais recente e que teve a oportunidade de analisar um fato concreto envolvendo a matéria deste estudo. Sintetiza a ementa:

"Posse — Reintegração por Desforço Direto — Ato contínuo — Conceito.

A regra do artigo 502 do Código Civil autoriza desforço imediato para que o possuidor turbado se mantenha, ou se reintegre, na posse. Mas o emprego da força própria, autorizado pela lei civil, há de ser incontinenti. O Projeto do Código Civil mencionava força praticada em ato contínuo ao esbulhado e uma emenda de Rui Barbosa substituiu a expressão "ato contínuo" por "contanto que o faça logo". Esse desforço, para a defesa da posse, deve ser *ex continenti, non ex intervallo*. A força empregada tardiamente revestiria o caráter de vingança privada, inimiga do direito. Admite-se, quando o atentado é de natureza clandestina, que o desforço em defesa da posse se faça incontinenti ou logo em seguida à notícia que tenha o possuidor da turbação sofrida. O que a lei não admite é o desforço posterior à turbação". (2.º TA Civ. SP — Ac. Unân. da 4.ª Câm. reg. em 4.4.75 — Ap. 18.531 — Capital — Rel. Juiz Torres de Carvalho — in ADCOAS n.º 41.194 — 1976).

Este aspecto será novamente apreciado quando da caracterização da legítima defesa da posse, pois esta pressupõe a imediatidade para sua configuração.

3.5. Da legítima defesa da posse

A defesa de um bem ameaçado é uma reação natural do homem, pois ali está uma extensão da sua personalidade, o reconhecimento da sua dignidade e do seu trabalho. Essa exigência de segurança, de proteção, foi respondida pelo Direito, que criou mecanismos de amparo aos indivíduos, na sociedade, assegurados pelo Estado.

Analisando o artigo 502, que é uma norma típica de proteção de um bem ameaçado, notadamente na previsão de legítima defesa, Washington de Barros Monteiro traça, em seu *Curso de Direito Civil*, os requisitos desse instituto na seguinte seqüência:

“Em primeiro lugar, só o possuidor, direto ou indireto, tem direito de lançar mão dessa defesa excepcional, excluído, pois, o mero detentor, como o preposto. Por outro lado, não importa que a posse seja justa ou injusta, de boa ou má-fé. Em qualquer caso se permite a reação pessoal do possuidor, consistente na resistência contra a turbação.

Em segundo lugar, torna-se mister a ocorrência do ato turbativo, real e atual, não se justificando defesa baseada em simples possibilidade de agressão problemática e futura. É necessário, ainda, a respeito do mencionado requisito, seja injusta a turbação.

Em terceiro lugar, finalmente, deve haver proporcionalidade na reação. O possuidor deverá tão-somente praticar os atos estritamente necessários para manter-se na posse” (ob. cit., 33.º v., pp. 56/57).

Clóvis Beviláqua, referindo-se ao preceito do artigo 502, expõe o seguinte magistério:

“Destacam-se nessa permissão um primeiro requisito justificativo da legítima defesa: a defesa contra a turbação e o desforço contra o esbulho devem ser imediatos, *in ipso congressu*. A resistência à turbação é praticada no momento em que esta se faz sentir. O esbulho recupera a posse, por sua própria força, logo em seguida à expulsão que sofreu, no que, aliás, há mais do que legítima defesa; porquanto esta consiste apenas na repulsa ao ataque, enquanto este se produz. A retomada, ainda que em ato contínuo, excede a legítima defesa, como, aliás, reconhece o parágrafo único do artigo 502” (ob. cit., p. 69).

Para Sílvio Rodrigues, a caracterização da legítima defesa, permitida, genericamente, pelo art. 160, n.º I, 1.ª parte, do Código Civil, exige a presença dos seguintes requisitos: a) que ela se faça logo, isto é, a reação deve seguir incontinenti à agressão; b) a reação deve se limitar ao indispensável para o alcance do objetivo colimado; ou melhor, os meios empregados devem ser proporcionais à agressão, pois, caso contrário, haverá excesso culposo (in *Direito Civil*, v. 5. “Direito das Coisas”, Saraiva, 7.ª ed., 1978).

Ressalte-se que a reação ao ataque pessoal, neste caso, não se sobressai como causa independente do resultado, porém conexiada com o todo da defesa da posse e suas conseqüências. É por essa perspectiva do conjunto que se deve analisar o resultado, tipificando-o na excludente legal admitida pelo Código Civil (art. 160, I) e, ainda, pelo Código Penal, no seu ponto mais extremo.

3.6. Da moderação no exercício da defesa e no desforço imediato

A exigência da moderação é o ponto de razoabilidade para frear a amplitude desse direito outorgado ao esbulhado.

O parágrafo único do artigo 502, diz Paulo Lacerda, traça, porém, um limite ao exercício do direito de defesa extrajudicial da posse. Dispõe, na verdade, que os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse (*Manual do Código Civil Brasileiro*, v. II, 1918, p. 195).

O civilista Arnaldo Wald analisa bem esse aspecto da defesa possessória e adverte:

“Quando o desforço não é imediato e moderado, constitui vias de fato punidas pela lei penal.

A moderação do desforço será apreciada pelo magistrado, de acordo com o critério adotado em matéria de legítima defesa, examinando-se as circunstâncias do caso concreto. É o *moderamen inculpate tutelae* dos penalistas, em que a licitude da reação depende da proporção das forças em jogo, averiguando-se, assim, se houve ou não excesso por parte do possuidor. Esclarece a respeito o texto legal que “os atos da defesa ou desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse” (artigo 502, parágrafo único, do Código Civil). (“Direito das Coisas”, 4.ª ed., pp. 77/78.)

4. Crítica

Recentemente o juiz Carlos David S. Aarão Reis abordou tema idêntico a este, em tra-

balho intitulado "A Autoproteção Possessória e seus Fundamentos" (R/L 114/347), onde se lê:

"No entanto, o princípio do monopólio estatal da justiça, da força, não exclui sempre o exercício da violência pelo particular, na preservação de seu direito; não impede o indivíduo repelir a força pela força, protegendo seu direito, em determinadas hipóteses, previstas e disciplinadas pela própria norma jurídica".

Traz, ainda, esta conclusão que bem sintetiza sua posição exposta tão profundamente em seu trabalho:

"Diante dos inúmeros e crescentes ataques à posse, não evitados ou reprimidos pelos órgãos estatais; face ao *pou-rissement* progressivo do Estado, com policiais tergiversando no cumprimento de ordens judiciais ou juízes hesitantes na prestação jurisdicional por um humanitarismo mal compreendido; numa época em que as agressões à posse e à propriedade são até irresponsável e publicamente estimuladas por quem deveria, pela própria função, contribuir para concórdia entre os homens, preocupando-se mais na salvação de suas almas; quando o possuidor lesado é visto como "vilão" e os agressores saudados como "heróis" de fãncaria; quando o desrespeito à lei e ao Direito se torna moeda corrente; neste calamitoso estado de coisas, na aurora da anarquia, mais decisiva é a autoproteção possessória."

Esse posicionamento mostra a atualidade e a importância do assunto e sua invocação para a proteção extrajudicial da posse.

Entendo que se esse meio extrajudicial de proteção possessória está acolhido em nosso direito positivo, permitindo um alcance tão longo, não significa que merece ser louvado e estimulado, mesmo que esteja contemplado por outras legislações de países do Primeiro Mundo. No artigo 502 do Código Civil há um resquício de justiça privada, adverte Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4.º v., "Direito das Coisas", Saraiva, p. 66), e por esse motivo é que devemos procurar seu aprimoramento.

A indagação que se deve fazer, entretanto, é a seguinte: é válida a manifestação e estímulo desse instituto em nosso direito, nos tempos atuais? Não seria um retrocesso ao tempo da justiça de mão própria? A quem favorece essa norma?

Evidentemente que não se pode, a pretexto de não elogiar uma norma desse teor, deixar a agressão injusta à posse de outrem sem a devida proteção. Nem se pode exigir que o possuidor cruze os braços diante de uma agressão à espera da interferência do Estado. A proteção possessória deve existir, mas sem essa conotação privada que, em sua maior parte só favorece aos poderosos (e esta expressão não é empregada aqui no sentido usual que comumente é usada como antônimo de oprimidos), aqueles que têm meios de "organizar" um desforço, não só imediato, mas eficaz. No âmbito do direito há institutos que podem ser invocados para uma solução mais civilizada da questão.

A objeção ao teor do artigo 502 centra-se no momento em que legaliza uma ação de defesa privada da posse de um imóvel (com mais atenção neste estudo), afastando a intervenção do Estado, desencadeando-se um conflito que compromete a paz social e pode conduzir ao resultado morte. Volto a insistir: o direito ameaçado do possuidor não pode ficar sem proteção. Na linguagem de Ihering, é preciso lutar por esse direito. Outro meio, entretanto, deve ser posto à disposição do ofendido, como, por exemplo, uma indenização elevada, multa, restituição imediata da coisa esbulhada até a discussão da causa, juizados específicos, etc. Enfim, algo consentâneo com o propósito de assegurar uma solução menos violenta para um conflito entre pessoas.

5. Conclusão

Depois do que vimos aqui, não será difícil concluir que efetivamente o artigo 502 do atual Código Civil é uma atualização da primitiva vingança privada. Traz, de maneira dissimulada, o resquício daquela forma brutal de luta por um direito violado, desconhecendo a existência do Estado, voltado para o bem comum e a organização da sociedade.

Está demonstrado que, pelo teor do seu conteúdo, de todas as implicações de fato e de direito, o artigo 502 do Código Civil implicitamente autoriza uma reação violenta de defesa, capaz de provocar o resultado morte, tanto em defesa da posse, para mantê-la (legítima defesa da posse) quanto para reavê-la das mãos do esbulhador (desforço imediato).

O parágrafo primeiro do art. 1404 do Anteprojeto do Código Civil Brasileiro, do Prof. Miguel Reale, conserva, ainda, o mesmo texto que pela sua inconveniência e primitivismo, deveria ter sido abolido do nosso direito.

Diz o referido parágrafo:

“Art. 1404.....

§ 1.º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem, porém, ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.”

Defendo aqui a modificação desse artigo para que ele receba uma linguagem mais consentânea com os princípios do direito, tendentes atualmente à publicização e não à individualização; para que continue garantida a proteção possessória contra as agressões dos turbadores e esbulhadores, mas sem a reação violenta, hoje permitida legalmente, capaz de levar a excessos desnecessários.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. V. I — *Evolução Histórica*. Rio: Forense, 1978.
- _____. *Posse*. V. II — *Estudo Dogmático*. Rio: Forense, 1990.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. V. I (reedição da edição de 1941). Rio de Janeiro: Ed. Rio. Edição histórica, 1976.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4.º v. *Direito das Coisas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.
- LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. V. VII. Jacintho Ribeiros dos Santos Editor. 1918.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t.10. *Direito das Coisas: Posse*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi 3.ª ed., 1971.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 3.º v. “*Direito das Coisas*”. São Paulo: Ed. Saraiva, 14.ª ed., 1975.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro. Edição histórica, 1977.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. IV — *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 5.ª ed., 1981.
- PONTES, Tito Lívio. *Da Posse*. São Paulo: EUD. 2.ª ed., 1977.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 5. *Direito das Coisas*. São Paulo: Ed. Saraiva. 7ª. ed., 1978.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. VII. São Paulo: Freitas Bastos, 7.ª ed., 1961.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil*. V. 3. *Direito das Coisas*. Belo Horizonte: Del Rey. 1993.

Liminares: poder discricionário ou vinculado

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS

SUMÁRIO

1. Princípio da legalidade. 2. Poder discricionário e poder vinculado. 3. Medidas cautelares. 4. Liminares.

1. Princípio da legalidade

O tema "liminares: poder discricionário ou vinculado" diz respeito ao estudo da atuação do Estado através do Poder Judiciário. No Estado de direito, o Poder Judiciário age exclusivamente subordinado ao Direito e à Lei, como corolário do princípio da legalidade.

Este princípio decorre da concepção iluminista. O art. 5.º da Declaração de Direitos Humanos, de 1789, estabeleceu que "tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene". Todas as Constituições modernas mantêm o direito individual de fazer ou deixar de fazer, apenas em virtude de lei. Nossa Constituição Federal prevê o princípio no art. 5.º, inciso II. Há duas esferas do princípio. Uma de ordem privada e outra de ordem pública.

"O indivíduo que não age como órgão do Estado pode fazer tudo o que não seja proibido pela norma legal, enquanto o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado, pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer".

É natural, portanto, que a atividade jurisdicional seja sempre jungida à lei, posto que é uma das emanções do Poder do Estado. O

Carlos Alberto da Costa Dias é Juiz Federal Substituto em Joinville - SC.

¹ Kelsen, Hans, in *General Theory of Law and State*, 1949.

poder jurisdicional na outorga de medidas cautelares é o exercício pleno do princípio da legalidade. De um lado, o juiz, agindo como órgão do Estado, fará apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer. De outro, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, qualquer ameaça ou lesão ao direito estarão sempre sob o crivo do Estado, Poder Judiciário, que estará obrigado a cumprir e fazer cumprir o mandamento da norma objetiva. O estudo da concessão de liminares está inserido nessa dicotomia. De um lado é o instrumento para a salvaguarda de direito ou ameaça de direito. E de outro, é exercido sempre segundo a lei.

Existem distinções entre o exercício do princípio da legalidade pela administração e o exercício da legalidade pela jurisdição. A distinção que se poderia estabelecer reside no próprio conceito de jurisdição, que consiste na atividade judicial, uma função e um poder-dever. Como atividade é considerado o trabalho dos juizes na movimentação processual, como uma função é exercida por meio do processo e como poder é a própria emanção de soberania do Estado². Enquanto o exercício da jurisdição submete-se ao princípio dispositivo (arts. 2.º, 128, 262 e 460 do Código de Processo Civil), pelo qual nenhum juiz prestará a tutela senão quando a parte ou interessado a requerer, diz-se que administrar é aplicar a lei de ofício, ou seja, independentemente de pedido específico para o ato estatal.

As atividades jurisdicional e administrativa são, ontologicamente, a mesma atuação do Estado segundo a lei, visando ao bem comum e ao interesse público. É consabido que, segundo uma análise fenomenológica (Husserl), as atividades jurisdicional, legislativa e administrativa poderiam ser classificadas exclusivamente pelo momento com que se relaciona o ato. O Legislativo atua com relação ao futuro, a administração com relação ao presente e o Judiciário com relação ao passado.

Sérgio Ferraz³, no âmbito do estudo das liminares, sustenta não haver diferenças entre a função jurisdicional e a do administrador. A

² DINAMARCO, Cândido Rangel *et alii*, in *Teoria Geral do Processo* 4.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 84.

³ FERRAZ, Sérgio, *et alii*, in *Mandado de Segurança*, Ed. Fabris, 1986, da Liminar em Mandado de Segurança, p. 11.

decisão que ambos devem tomar é uma só “sempre pela solução que mais se aproxime dos interesses da coletividade, que mais realize a tônica do interesse público”.

Estabelecidas as semelhanças e as diferenças entre o exercício do princípio da legalidade no âmbito administrativo e judicial, passemos a analisar o poder vinculado e o poder discricionário estatal e discorrer, a partir daí, sobre seu propósito com o tema de concessão de liminares.

2. Poder discricionário e poder vinculado

O poder vinculado e o poder discricionário são exercidos sempre segundo a lei.

A doutrina publicista⁴ entende que a competência vinculada outorga maior mobilidade ao executor ensejando a liberdade de escolha dentre várias opções, que a própria lei prevê, quanto aos motivos à oportunidade e à conveniência, bem como quanto ao objeto (conteúdo). Pode o executor praticar o ato ou dele se abster, praticar o ato com este ou aquele conteúdo. Quanto à existência de várias opções ao exercício do poder discricionário, manifesta-se também Lopes Rondó⁵ que, baseando-se na existência de normas categóricas e normas disjuntivas, há poder discricionário quando a administração se acha diante de uma norma que contém um preceito disjuntivo, isto é, uma norma que permite várias soluções possíveis. Um exemplo de norma disjuntiva seria a que determina ao Estado o incentivo à construção de casas a preços módicos. Além de oferecer várias opções, ressalta-se que há vários “caminhos possíveis”⁶ para a aplicação da lei.

O poder vinculado, em seu turno, estaria caracterizado pela inexistência de vários caminhos ou meios para a consecução do objetivo previsto na lei. Nesse sentido, a aplicação da lei de forma vinculada indicaria apenas um caminho e uma solução possível para o caso concreto. Assim, presentes os requisitos previstos em lei, ao Estado haveria apenas um meio para aplicá-la. A aplicação da lei teria como forma o modelo subsuntivo, pelo qual, estabelecida a

⁴ SEABRA, Fagundes, in *Revista de Direito Administrativo* n.º 14/52, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

⁵ LOPES, Rondó, in *Revista de Direito Administrativo* n.º 35/41 e 42.

⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão, in *Revista de Direito Administrativo* 101/1, do Poder Discricionário, p. 3.

premissa maior, norma genérica, ou categórica, e identificado o caso concreto, haveria apenas uma conclusão possível.

Não diviso dúvidas em concluir desde já que a atividade jurisdicional é exercício de poder vinculado do Estado de direito. Não obstante compartilhe com a doutrina⁷, pela qual o dogma da subsunção é um modelo lógico que admite e escamoteia a conformação jurídica e política dos fatos pela interpretação e raciocínio judiciais, a atividade jurisdicional é, por excelência, a aplicação objetiva e concreta da lei. E com resultado único, principalmente porque a solução ou decisão judicial estará vinculada sempre a pedido certo e determinado previsto no ordenamento jurídico, sob pena de indeferimento (art. 295, parágrafo único, inciso III, e art. 286 e incisos, todos do Código de Processo Civil). Ora, máxime havendo um pedido possível também, logicamente, haverá tão-somente uma solução porquanto exclusivamente um caminho para essa solução foi requerido.

Existe, portanto, em hipótese, na atividade jurisdicional, unicamente uma solução jurídica a um determinado caso concreto. Não há várias decisões juridicamente possíveis, ou meios possíveis para a consecução da aplicação da lei. O que ocorre, via de regra, é que dois juizes podem ter opiniões distintas, até mesmo opostas, sobre uma mesma questão de fato e de direito. Ainda assim, a verdade jurídica escolhida ao caso concreto afigura-se como a única solução justa *a priori*, ainda que venha a ser substituída em grau de recurso. Essa realidade não desnatura a decisão judicial como decisão vinculada.

Toda a norma jurídica deixa certa margem de apreciação e, em maior ou menor grau, consiste de conceitos jurídicos indeterminados. Existe, excepcionalmente, a possibilidade, no exercício da jurisdição, de se elegerem caminhos possíveis em típica atividade discricionária. Como exemplo, a determinação de prazo que varia de vinte a sessenta dias para citação por edital, nos termos do art. 232, inciso IV, do Código de Processo Civil, a possibilidade de fixação de multa ou prisão quando a norma prevê a aplicação de uma ou de outra, a possibilidade de determinação do meio pelo qual se cumprirá a pres-

tação de alimentos (art. 403, parágrafo único, do Código Civil), a fixação do rumo da passagem forçada em benefício de prédio encravado (art. 559, *fine*, do Código Civil)⁸. Em todos esses exemplos a lei prevê, na atividade jurisdicional, algumas formas ou meios possíveis para aplicação da lei. Não dizem respeito, no entanto, à apreciação subjetiva da aplicação de conceitos jurídicos.

Karl Engisch⁹, quando menciona a fixação do valor de dano estético, ou dos alimentos, bem como arbitramento de cláusula penal nos contratos, atribui a essa atividade uma certa margem de liberdade, ou um grau de “discricionariedade”, segundo a terminologia do autor quanto à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Nesses casos, diferentemente, não há vários meios possíveis para a aplicação da lei, mas apenas uma e exclusivamente uma forma que, sendo a aplicada, presume-se a melhor e mais legítima.

Dissertando sobre a textura aberta do direito, Genaro Carrió¹⁰ analisa a vaguidade dos conceitos jurídicos que podem ser direcionados para as mais diversas finalidades possíveis intencionalmente pelo intérprete e aplicador do direito. Nesse sentido, justifica-se a existência de interpretações e soluções diversas para uma mesma questão de fato e de direito deduzida em juízo. Esse leque de possibilidades não se confunde com o conceito de poder discricionário. Apesar de várias possibilidades, apenas uma aplicação do conceito jurídico indeterminado apresenta-se como a melhor. De outro lado e em outro sentido, no poder discricionário preconizado por nossos publicistas, há vários caminhos possíveis para várias soluções possíveis.

Exemplificando, a construção de uma estrada ou a construção de um hospital mostram-se dois caminhos possíveis ou duas soluções possíveis para a aplicação da norma constitucional disjuntiva do art. 3.º que determina como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional. Por outro lado, na norma categórica inserta no

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, in *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados, Temas de Direito Processual*, 2.ª série, 2.ª ed., Saraiva, 1988, pp. 61 e ss., os exemplos são do autor.

⁹ ENGISCH, Karl, in *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 205 e ss.

¹⁰ CARRIÓ, Genaro, in *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot, pp. 31 e ss.

⁷ CALAMANDREI, Piero, in *Processo e Democrazia*, 1952, p. 72; CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, 1958, p. 215; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Do Arbitrio à Razão – Reflexões sobre a motivação da sentença*, *Revista de Processo* 30/20.

art. 121 do Código Penal “matar alguém: pena – reclusão de seis a vinte anos” existe apenas uma solução determinada por lei, presente o requisito morte (cujo conceito jurídico também sofre por determinação), que é a reclusão prevista.

Outros conceitos jurídicos têm abrangência mais “discricionária” no sentido de sua aplicação: “mulher honesta”, “função social da propriedade”, “interesse público” e inúmeros outros. A integração desses conceitos, no entanto, não é exercício de poder discricionário, no sentido da melhor doutrina publicista, mas o desenvolvimento da textura aberta do direito como forma de linguagem.

Em resumo, há poder discricionário na atividade jurisdicional e na atividade administrativa quando há liberdade de escolha em vários caminhos ou soluções previstas em lei. Em ambas atividades, há a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que revela também um grau de liberdade inerente à interpretação da lei na integração ao caso concreto.

Tratando-se de normas categóricas, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados admite apenas uma solução ou caminho possível, sempre se levando em conta o interesse público e da coletividade.

Analisada a discricionabilidade a integração de conceitos jurídicos na jurisdição, passaremos a examinar as medidas liminares no contexto do tema.

3. Medidas cautelares

A liminar não se confunde com medida cautelar¹¹. A diferença reside em que a liminar pode apresentar natureza cautelar, mas não é de sua essência a natureza cautelar (a liminar no processo possessório, por exemplo, não tem natureza cautelar). As medidas liminares, de outra forma, podem ser deferidas nos mais diversos tipos de ação, como por exemplo, nas ações possessórias, na ação civil pública, no mandado de segurança, na ação de nunciação de obra nova, e não só no processo cautelar¹².

São características das liminares a urgência e a cognição sumária. Com efeito, sendo a medida liminar urgente, a aferição das provas apresenta-se por sua verossimilhança e probabili-

dade. A medida liminar pode ser concedida antes ou depois do contraditório, ou mesmo mediante a audiência do autor do pedido em audiência de justificação. Se concedida antes de constituído o contraditório denomina-se a medida liminar *inaudita altera parte*, ou seja, sem a intervenção da parte contrária. Outra característica da medida liminar é sua *provisoriidade*, ou seja, sua limitação, expirado um determinado período. Se concedidas dentro de um processo cautelar, as liminares “constituem a antecipação dentro de um processo antecipatório, ou por outras palavras, é o provisório do provisório”¹³. Outra característica, por fim, é a sua revogabilidade, ou seja, a faculdade que há em substituir a medida liminar por outro provimento, ou simplesmente fazer-lhe cessar o efeito.

Para o fim de nossa análise quanto à característica de serem as liminares exercício de poder discricionário ou poder vinculado do juiz, discorreremos acerca da natureza das medidas cautelares. É Galeno Lacerda¹⁴ quem distingue as medidas cautelares quanto à sua natureza jurisdicional e sua natureza administrativa.

Tem natureza jurisdicional a medida cautelar que soluciona uma lide, ou seja, um conflito de interesses ou uma pretensão resistida. São exemplos a medida liminar em mandado de segurança, a medida liminar na ação civil pública.

Têm natureza administrativa a medida cautelar e naturalmente a liminar que seja medida cautelar, o provimento que vise assegurar o poder de polícia do magistrado no processo. São exemplos desse poder cautelar o seqüestro de coisa móvel ou imóvel para evitar rixa ou violência, o depósito de filhos no caso de separação ou anulação de casamento, o poder de trazer testemunha sob vara, a reserva de bens de inventário, busca e apreensão para compelir o inventariante removido a entregar imediatamente ao substituto os bens do espólio (art. 998 do Código de Processo Civil), a arrecadação dos bens de ausente, a faculdade de resguardo da prova penal.

Quanto às medidas cautelares de natureza administrativa, entendemos, em coerência à exposição que se seguiu, que dizem respeito a um poder de polícia do magistrado pelo qual tem condições de administrar e conduzir o proces-

¹¹ Nesse sentido leiam-se: LARA, Betina Rizzato, in *Liminares no Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pp. 23 e ss., citando em arrimo BATISTA DA SILVA, Ovídio e CALMON DE PASSOS, J. J.

¹² Op. cit., p. 24.

¹³ LOPES, João Batista, in “Medidas Cautelares Inominadas”, *Revista dos Tribunais*, n.º 605/14.

¹⁴ LACERDA, Galeno, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1984, pp. 118 e ss.

so de forma eficaz. Nesse sentido, existe um juízo de conveniência e oportunidade da medida cautelar autêntica do poder discricionário exercido pelos agentes genuinamente administrativos. Com efeito, a possibilidade de se determinar o depósito de filhos sob guarda de um dos cônjuges, ou a possibilidade de se determinar o seqüestro de bens para evitar seu perecimento configura-se um dos meios possíveis que o poder de cautela expressamente previsto em lei coloca à disposição do magistrado para a condução do processo. É como ato administrativo, portanto, que pode ser entendido a que se referem Galeno Lacerda e Humberto Theodoro Júnior ao se manifestarem que "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar medidas provisórias que julgar adequadas para evitar dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discipção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado dentro do Estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava as *interdicta*"¹⁵.

A demonstrar, ainda, nesse sentido, a natureza administrativa e discricionária de algumas medidas cautelares, quando visando à condução e à eficácia do processo, podem estas ser concedidas de ofício, ou seja, independentemente de pedido, como em regra são os atos jurisdicionais¹⁶.

¹⁵ LACERDA, Galeno, in *Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, 1984, pp. 135 e 136, THEODORO JUNIOR, Humberto, "Tutela Jurisdicional Cautelar", *Revista dos Tribunais* n.º 574/14, e "Garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil", *Revista dos Tribunais* n.º 665/17.

¹⁶ Quanto às medidas cautelares e sua concessão de ofício três correntes há a respeito, e nenhuma delas, ao que consta em conflito com o critério defendido por nós: a primeira pugna que ao juiz é vedado conhecer de ofício de medidas cautelares, salvo quando expressamente autorizado por lei; ora, em todos os exemplos citados há a previsão legal facultando ao magistrado a determinação de medida cautelar, nesse sentido SANCHES, Sydney, in "Poder Geral de Cautela", *Revista dos Tribunais* n.º 587/14 e ss.; a segunda orientação é de que a medida cautelar deve ser concedida irrestritamente, desde que vise a assegurar o resultado útil do processo; nesse sentido LOPES, João Batista in "Medidas Cautelares Inominadas", *Revista dos Tribunais* n.º 605/12; a terceira posição a respeito entende que a cautelar de ofício somente seria admitida tratando-se de cautelar incidente; nes-

4. *Liminares*

A liminar é um provimento jurisdicional que se contrapõe no tempo ao provimento final, porque, como o próprio nome indica é inicial. É correto dizer que a liminar é uma decisão¹⁷ e, assim sendo, soluciona uma lide, uma questão. Presentes os requisitos para a concessão liminar, ela deverá ser concedida, não havendo discricionariedade para sua não-concessão. Não se trata de ato administrativo, mas de autêntico ato jurisdicional.

Os requisitos para o provimento jurisdicional liminar, como vimos, é a urgência e a verossimilhança do direito, ou na terminologia própria, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Não existe um juízo de conveniência e oportunidade para a concessão da liminar presentes os requisitos que a ensejam. Não podem, outrossim, ser concedidas de ofício, pois necessário que existam no devido processo legal¹⁸.

A identificação do que seja o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, é um problema de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. É exclusivamente, nesse sentido que poderia ser entendido o grau de liberdade que existe na concessão da medida liminar. Especificamente na lei de mandado de segurança considera-se quando *for relevante o fundamento* e o ato coator puder resultar a ineficácia da medida. Ora, os requisitos no mandado de segurança vêm exatamente ao encontro da obrigação de o Judiciário, que detém o monopólio da distribuição da justiça, prover a medida caso haja violação ou ameaça de violação de direito, previstos constitucionalmente.

Assim, não há falar-se em liberdade de concessão, ou exame da conveniência e oportunidade da medida como um dos meios ou caminhos possíveis para a aplicação da lei pelo e no Estado de direito. Celso Antonio Bandeira de Mello entende que absolutamente não haja juízo de oportunidade sobre a questão, mas um juízo de "legitimidade". A atividade jurisdicional tem a função de dizer o direito ao caso con-

se sentido NERY JUNIOR, Nelson, in "Considerações Práticas Sobre o Processo Cautelar", *Justitia* n.º 50/18.

¹⁷ OTHON SIDOU, J. M., in "As Liminares em Mandado de Segurança", *Revista de Processo* n.º 44/37 entende que seriam despachos de mero expediente as liminares em mandado de segurança.

¹⁸ Em sentido contrário, LARA, Betina Rizzato, in "Liminares no Processo Civil", *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 208.

creto, ou em outras palavras a "verdade jurídica". É sob esta premissa que o autor prossegue para concluir que a concessão de liminar em mandado de segurança poderia ser cassada por via de outra liminar em mandado de segurança em instância superior, posto que o ato que deixa de conceder a liminar, presentes os requisitos, é ato ilegal e enseja a reparação pela augusta via do *writ*¹⁹. No sentido de não ser discricionário mas absolutamente vinculado, o ato que concede medidas liminares também encontra-se Tereza Celina de Arruda Alvim Pinto²⁰.

Podemos, nesse passo, concluir com Lara que:

"Existe discricionariedade por parte do juiz na possibilidade de determinar as medidas que julgar adequadas. Não há discricionariedade quando se trata de análise dos seus requisitos, isto é, do *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Os requisitos exigidos para a concessão da medida cautelar e da liminar, é certo, possuem um requisito genérico, ou seja, não podem ser precisados objetivamente pelo aplicador da lei. Mas esta tarefa do juiz de descobrir, em cada caso concreto, o significado do *periculum in mora* e o *fumus boni juris* não caracteriza a discricionariedade, mas, sim trata-se de interpretação de conceitos indeterminados ou vagos"²¹.

Em seqüência à nossa análise, é necessário que, além de ficarem estabelecidas essas premissas, demonstre-se o critério para a antecipação do direito através das medidas liminares.

De forma científica, José Inácio Botelho de Mesquita²² propõe que conheçam os limites ao poder das cautelares antecipatórias. A concessão de cautelares estaria na dicotomia entre dois valores fundamentais protegidos igualmente como direito insuprimível na Constituição Federal. O primeiro, aqui já analisado, é o de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, umbi-

lamente ligado ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. A essa condição entre Estado de direito e cidadão o autor dá o nome de *liberdade jurídica*. O direito à *liberdade jurídica*, nos termos constitucionais expostos, "pressupõe que havendo um litígio sobre a existência ou inexistência de um direito, só se pode encontrar a verdade sobre esse direito mediante a observância de um processo que garanta a descoberta dessa verdade". Isto porque ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5.º, inciso LIV, da Constituição Federal). O processo, porém, demanda tempo, e é aí que a liminar surge como elo para que o direito ou ameaça de direito não pereça em virtude de não ter sido concedido em tempo, pelo Estado.

O processo deve ser efetivo, ou seja, deve assegurar à pessoa tudo aquilo que teria direito caso não tivesse sido injustamente privado de usufruí-lo²³. Mas na impossibilidade física de não poder reparar exatamente o bem da vida perseguido em juízo, o processo se vale da possibilidade de substituição em dinheiro pelo equivalente. É por isso que a toda causa será atribuído um valor, ainda que não tenha um conteúdo econômico imediato, nos termos do art. 258 do Código de Processo Civil.

O critério que norteia a concessão das medidas cautelares antecipatórias é a possibilidade, tanto de direito como de fato de que se possa substituir o interesse pelo equivalente em dinheiro. Sob esse critério, José Inácio Botelho de Mesquita classifica as medidas cautelares antecipatórias em proibida, obrigatória ou permitida, conforme a incidência dos aludidos princípios constitucionais.

A medida liminar *proibida* seria aquela que em virtude do tempo em que se protraí o processo não haveria o impedimento da satisfação do direito pela via de prestação da tutela específica. Quando o direito, além disso, fosse suscetível de mensuração econômica e a sua satisfação em dinheiro pela via subsidiária de reparação é faticamente possível e fácil. Seria exemplo a prisão administrativa para compelir ao pagamento de tributos.

A medida liminar *obrigatória* seria aquela em que a satisfação do direito só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo, e por se tratar de direito inalienável, não é possível a sua mensuração econômica. Seriam exem-

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, "Mandado de Segurança Contra Denegação ou Concessão de Liminar", *Revista de Direito Público* n.º 92/55 e ss.

²⁰ PINTO, Tereza de Arruda Alvim, in "Limites à chamada discricionariedade judicial", *Revista de Direito Público* n.º 96/157 e ss.

²¹ LARA, Betina Rizzato, in "Liminares no Processo Civil", Ed. *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 110.

²² MESQUITA, José Inácio Botelho de, in "Limites ao Poder do Juiz nas Cautelas Antecipatórias", *Revista Brasileira de Direito Processual* n.º 56/43 ss.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe, in "Instituições de Direito Processual Civil", Saraiva, v. I, p. 84.

plos flagrantes, a liminar em ação de alimentos, guarda de menores, e outras.

A medida liminar é *permitida* quando a satisfação pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo, tratando-se de direito suscetível de mensuração econômica mas a satisfação pelo equivalente em dinheiro se mostra faticamente difícil. Seriam exemplos as liminares em mandado de segurança preventivo tributário, afastando a demorada repetição de indébito²⁴.

Concluindo, ainda que haja casos de grave lesão e de difícil reparação, pelo critério de equilíbrio entre os princípios constitucionais da liberdade jurídica e de seu pressuposto do devido processo legal, o aplicador do direito deve-

rá, em um primeiro momento estabelecer corretamente e com precisão que espécie de direito está *sub judice*. Com base nesse direito identificar o grau e o reparabilidade. Em síntese, identificar na concessão da medida liminar o denominado *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Quanto à conclusão do tema, por fim, basta lembrar que, não existindo discricionariedade para concessão de liminares, a liberdade na identificação dos conceitos jurídicos indeterminados ou a subjetividade de apreciação judicial restará quanto às liminares permitidas, posto que quanto às obrigatórias e as proibidas, bastarão exclusivamente a averiguação dos requisitos para negá-la ou concedê-la.

²⁴ MESQUITA, *idem ibidem*.

O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos

IVAN LIRA DE CARVALHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os partidos políticos. Considerações gerais e conceituação. 3. Síntese da evolução dos partidos políticos. 4. A configuração jurídica dos partidos políticos. 5. Os órgãos partidários. 6. O mandado de segurança coletivo. 7. A legitimação para o mandado de segurança coletivo. 8. Sobre o órgão partidário impetrante do mandado de segurança coletivo. 9. Os partidos políticos sem representação no Congresso Nacional. 10. O alcance da legitimação dos partidos políticos no mandado de segurança coletivo. Os interesses difusos. 11. A existência ônia. 12. O partido político como sujeito passivo do mandado de segurança coletivo. 13. Sobre a competência. 14. O litisconsórcio passivo necessário e a assistência. 15. A coisa julgada e os limites da sentença. 16. Conclusões.

1 Introdução

Embora recente no rol dos institutos jurídicos brasileiros, o mandado de segurança coletivo já despertou o interesse de incontáveis doutrinadores, que sobre ele debruçaram as suas atenções, no intuito de pô-lo ao alcance dos operadores jurídicos.

Sem dúvida, o aspecto que recebe maiores abordagens pelos estudiosos deste novel *writ*, é o da legitimação para impetrá-lo, já que, segundo a Constituição Federal (art. 5.º, inciso LXX, letras *a* e *b*), o manejo do remédio em análise é conferido "a partido político com representação no Congresso Nacional" e a "organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados". No entanto, o universo jurídico ainda reclama um estudo mais detalhado de cada um desses legi-

Ivan Lira de Carvalho é Juiz Federal no RN.

timados, frente ao *dominis litis* que lhes foi concedido pela Carta de 1988.

Por isso, tem este ensaio o objetivo primordial de acender o debate acerca da atuação dos partidos políticos na sede do mandado de segurança coletivo, tanto na posição ativa, como no pólo passivo da ação.

De permeio, é tentada uma apreciação dos partidos políticos como instituições de precípua importância na manutenção do status democrático, mormente sobre o seu atuar na seara do direito.

2. Os partidos políticos. Considerações gerais e conceituação

Para que se logre bom termo na análise do *writ* em foco, mormente na face do que este é ligado aos partidos políticos, é mister seja feita breve incursão ao surgimento e à vida dessas tão controversas instituições político-sociais. As oscilações de prestígio que os partidos políticos conseguiram no curso da história, vezes alçados a redentores do próprio Estado, vezes relegados a instrumentos em descarte, desestimulam uma análise mais profícua da sua ontologia. Demais disso, mesmo que a situação fosse outra, seria desacotelhável, aqui, o desenvolvimento de um apurado estudo plurifocal dos partidos políticos, sob pena de desviar-se o real objetivo deste artigo, que outro não é senão o de enxergar os liames do mandado de segurança coletivo com a referida pessoa jurídica.

Tecidas estas considerações, vejamos o que é, em verdade, um partido político.

Buscar para o partido político uma definição é tarefa impossível, como de resto acontece na análise das instituições híbridas, que contêm umas partes ingressas na ciência jurídica; outras vinculadas à sociologia; algumas íntimas da psicologia; mais outras ligadas à ética, à economia e a um incontável número de segmentos da seara científica. Nada obstante, arisca-se a formulação de conceitos dos partidos políticos, carregados, como é óbvio, de provisoriedade. Fávila Ribeiro afirma serem estes "um grupo social de relevante amplitude destinado à arregimentação coletiva, em torno de idéias e de interesses, para levar seus membros a compartilharem do poder decisório nas instâncias governamentais" (*Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 203).

Para Paulo Bonavides, "há partido político toda vez que uma organização de pessoas, inspiradas por idéias ou movidas por interesses,

busca tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para a realização dos fins pugnados" (*Ciência Política*, Rio de Janeiro, FGV, 1967, p. 283).

Na visão de Pinto Ferreira, "os partidos políticos são grupos sociais, regulados pelo direito positivo, congregando eleitores para a conquista do poder político e a realização de determinado programa" (*Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, p. 378). Este conceito não difere muito do que é ofertado por Paulo Dourado Gusmão, para quem os partidos políticos "são verdadeiras forças políticas, promovedoras da coesão dos interessados na vida política e coordenadora da ação política, bem como associações representativas de interesses, de reivindicações sociais, com programas indicadores de soluções político-sociais, inspirados em uma ideologia" (*Manual de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, p. 172).

José Celso de Melo Filho arremata o elenco conceitual acima transcrito, de forma concisa:

"Os partidos políticos constituem instrumentos de ação democrática, destinados a assegurar a autenticidade do sistema representativo. Formam-se em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional" (*Constituição Federal Anotada*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 315/316).

Tem-se, destarte, um ínfimo mostruário das vertentes do pensamento da comunidade científica acerca dos partidos políticos, o que faz crer serem estes verdadeiros agrupamentos de pessoas comungantes de uma linha ideal mestra, com forma jurídica predeterminada, tendente a ocupar, conservar ou simplesmente influir nas estruturas do poder estatal.

3. Síntese da evolução dos partidos políticos

Tão falha quanto a definição do que são os partidos políticos é a tentativa de escrever a história destes, máxime pela nebulosidade que timbra as suas organizações ancestrais.

Posto que decorrente natural da característica gregária do homem, o partido político tem a sua gênese atribuída à sociabilidade humana, a exemplo do que ocorreu com a formação da família, do clã, da tribo e do Estado. Por isto, justifica Robert Michels, "a impossibilidade de as massas gerirem seus próprios interesses torna necessária a inexistência de especialistas que o

façam por elas" (*Os Partidos Políticos*, tradução de Hamilton Trevisan, São Paulo, Editora Senzala, p. 52).

A disputa no fórum romano, entre o povo e os aristocratas, à época em que retumbava a oratória jovial de Cícero, atesta o delineamento dos blocos antagônicos que bem podem ser apontados como sementes do atual modelo partidário. Ainda na península que alberga a atual Itália, é conhecida a peleja travada anos a fio pelas famílias *Capullete* e *Montecchio* em torno do poder local, bem assim os conflitos entre Guelfos e Guibelinos, defensores, respectivamente, do Papado e do Império Germânico, do Século XII ao Século XV.

A Revolução Francesa foi fomentada por entidades informais, agregadoras de parcelas da população e de deputados em clubes e cafés, verdadeiros embriões partidários. Eram estes a *Gironda* (albergava os federalistas e os constitucionalistas, denominados por isso de *girondinos*), a *Montanha* (reunia os exaltados *jacobinos*) e o *Marais* (reduto dos moderados).

A partir desse quase involuntário modelo francês de organização partidária, contemporâneo da *Constituição daquele País* (1789), vêm-se formando os partidos políticos - quase sempre a partir de blocos parlamentares, caldeados pela ação exógena das entidades classistas e de outros influenciadores de opinião, máxime a imprensa. É nesta linha que entende Maurice Duverger:

"O mecanismo geral dessa gênese é simples: criação de grupos parlamentares, de início; surgimento de comitês eleitorais, em seguida; enfim, o estabelecimento de uma ligação permanente entre esses dois elementos". (*Os Partidos Políticos*, tradução de Cristiano Monteiro Oiticica, 2.^a ed., Rio de Janeiro, co-edição da Zahar Editores e da Editora da Universidade de Brasília, 1980, p. 26).

Num ponto, pelo menos, a maciça doutrina é convergente: os partidos políticos, como entidades jurídico-político-sociais, são fenômenos do Século XIX para cá. Mesmo no Brasil, "blocos" políticos somente foram organizados em partidos por volta de 1834, com a criação do Partido Liberal (aglutinando revolucionários, anarquistas e republicanos) e do Partido Conservador (unia moderados e restauradores). Os prenúncios da queda do Império fizeram surgir, em 1879, o Partido Republicano, que teve vida forte até 1930. Daí em diante a história partidária

brasileira é gizada, conforme foi dito parágrafos acima, pela fragilidade das suas agremiações, salvo raríssimas exceções.

4. A configuração jurídica dos partidos políticos

Considerando que um partido político "se manifesta sempre como uma organização de um grupo social, que se propõe influir na orientação política", conforme Jorge Xifras Heras, citado por José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8.^a ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p. 348), constata-se a crescente institucionalização dos partidos políticos, nos mais disparés sistemas de governo. Entre nós, foi em 1932, por intermédio do Decreto-Lei n.º 21.076 que os partidos políticos lograram regulamentação. Extintos pela Constituição de 1937, ressurgiram na Carta de 1946, já como pessoas jurídicas de direito público, ao contrário da sua existência legal anterior, quando tinham a feição de pessoa jurídica de direito privado, submissa às regras do Código Civil (art. 16, I).

O advento da Constituição Federal de 1988 atendeu aos reclamos do pensamento jurídico nacional (COSTA, Tito, in *Recursos em Matéria Eleitoral*, São Paulo, RT, 1968, p. 104 e SILVA, José Afonso da, ob. cit., 4.^a ed., São Paulo, RT, 1988, p. 411), que pugnavam pelo enquadramento formal dos partidos políticos como pessoa jurídica de direito privado. Assim, dispõe a vigente *Lex Legum*, art. 17, § 2.^o, que os partidos políticos registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, "após adquirirem personalidade na forma da lei civil". Sobre o tema, comenta José Afonso da Silva:

"Se adquirem personalidade na forma da lei civil é porque são pessoas jurídicas de direito privado, devendo, pois, registrar-se no Cartório de Registro de Títulos e Documentos; depois disso é que seus estatutos serão levados a registro no Tribunal Superior Eleitoral. Fica, pois, superado o disposto no art. 2.^o da Lei n.º 5.682/71 que lhes reconhecia a natureza de pessoa jurídica de direito público interno" (ob. cit., 1992, p. 352).

Pessoa jurídica de direito privado que é, o partido político enquadra-se com maior facilidade no perfil da associação (CC, art. 16, inciso I), conforme magistério de José Afonso da Silva (1992, p. 352) e de Célio Silva Costa:

"Como associação civil, o partido político tem seus atos constitutivos re-

gistrados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, para isso orientando-se pelo que preceitua a respeito a Lei dos Registros Públicos. Uma vez realizado assim o registro, passa a *associação a ter personalidade jurídica*. Antes disso, seria uma *associação de fato*. Mas mesmo depois de realizado tal registro, sua eficácia jurídica, para fins eleitorais, dependerá de registro no Superior Tribunal Eleitoral. Cabe a este fazer as exigências decorrentes do que dispõe a Constituição e leis complementares ou ordinárias, para que os estatutos sejam emendados, *quantum satis*" (*A Interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Liber Jus, 1992, p. 758, com grifos acrescidos).

Em que pese à clareza do Texto Constitucional, bem assim a publicação de textos doutrinários irresponsáveis como os acima transcritos, ainda são localizadas resistências ao caráter privatístico dos partidos políticos. Exemplo disto é encontrado no *Curso de Direito Civil Brasileiro*, da Prof.^a Maria Helena Diniz (8.^a edição aumentada e atualizada, 1.^o v., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 119), que classifica como pessoa jurídica de *direito público interno*, dentre outras, "os partidos políticos" (Lei n.º 5.682/71, art. 2.º; CF, art. 17, I a IV, §§ 1.º a 4.º). "Também Arnoldo Wald incorreu no mesmo equívoco, ao listar os partidos políticos como se fossem pessoas jurídicas de direito público" (*Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral*, 6.^a ed. revista e atualizada, v. I, São Paulo, RT, 1989, p. 133).

5. Os órgãos partidários

O partido político é uma pessoa jurídica complexa, se assim pudermos dizer. Isto em razão de ser integrada por órgãos diversos, com atividades também diversas e situadas em patamares hierárquicos bastante definidos.

São os seguintes os principais órgãos dos partidos políticos:

- a) *de deliberação*: as Convenções Municipais, Regionais e Nacional;
- b) *de direção e de ação*: os diretórios distritais, municipais, regionais e nacionais;
- c) *de ação parlamentar*: as bancadas; e
- d) *de cooperação*: os conselhos de ética partidária, os conselhos fiscais e consultivos, os departamentos trabalhistas, estudantis, fe-

mininos e outros com a mesma finalidade.

Em que pese a enumeração supra estar espolhada no elenco trazido pela Lei n.º 5.682, art. 22 e parágrafos, fica esclarecido que dito rol é meramente sugestivo, posto que, segundo penso, *o mencionado diploma não foi recepcionado* – neste particular – pela nova ordem constitucional, que proclamou em seu artigo 17, § 1.º a *autonomia* dos partidos políticos "para definir a sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo os seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária". Novamente invoca os suplementos de José Afonso da Silva, que ao estudar a autonomia dos partidos políticos, assevera que estes podem estabelecer os órgãos internos que lhes aprouverem. Podem estabelecer as regras que quiserem sobre o seu funcionamento (ob. cit., p. 354).

A exemplo do que está escrito na Lei n.º 5.682, art. 58 (mantida a ressalva da não-recepção, conforme expliquei parágrafos acima), os diretórios são comumente geridos por uma *comissão executiva*, à qual toca, inclusive, velar pelo fiel cumprimento do estatuto partidário. É o órgão da *administração* dos interesses partidários.

6. O mandado de segurança coletivo

Vencidas as explicações preliminares sobre os partidos políticos, sua origem, funcionamento e configuração jurídica, cumpre-nos agora fazer ingresso na análise do *mandado de segurança coletivo*, tentando esboçar a trama que – em mão dupla – une aquelas instituições àquela instituto jurídico.

Na sua forma singular, o mandado de segurança é criação brasileira, derivada do *habeas corpus*, que surgiu na Carta Magna de 1934, por inspiração de João Mangabeira, tendo por destino escoimar as agressões, cometidas ou esboçadas por autoridade, contra direito líquido e certo. Walter Nunes Júnior, com brilhantismo sintetiza o histórico desse *writ* nacional:

"À exceção da Carta de 1937, todos os diplomas constitucionais, concebidos após 1934, deram guarida ao mandado de segurança, concedendo aos indivíduos meio célere e eficaz de expungir ilegalidade, por autoridades públicas cometida, tradição que vem a ser mantida, na nova Lei Fundamental, ao dispor, em seu art. 5.º, inciso LXIX, que "conceder-se-á 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” (Mandado de Segurança contra ato Judicial, Natal, Nordeste Gráfica Ltda., 1990, p. 15).

Vê-se, assim, que como garantia eminentemente individual, o mandado de segurança, em regra, é instrumento que arma diretamente o braço do particular contra as agressões oriundas do Estado ou de quem o representa ou age por delegação deste.

Entretanto, o constituinte de 1988 entendeu não ser bastante que o remédio em comento ficasse restrito à titularidade individual do agredido. Achou por bem espalhar a legitimidade ativa da propositura do *mandamus*, conferindo-a a pessoas coletivas, para que estas buscassem em juízo a proteção urgente e eficaz para os direitos líquidos e incontroversos titularizados pelos pacientes, da vergasta do poder público. Daí a criação do *mandado de segurança coletivo*, com os mesmos objetivos do mandado de segurança singular, só que podendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados (CF, art. 5.º, LXX).

A umbilicalidade entre o mandado de segurança individual e o coletivo é tão evidente que o constituinte poupou-se de definir o contorno do remédio do inciso LXX do art. 5.º da CF, posto que já o fizera no inciso LXIX. E a confirmação deste entendimento flui das palavras do Ministro Athos Gusmão Carneiro, do Superior Tribunal de Justiça, em lapidar abordagem:

“Na análise do *mandado de segurança coletivo*, a primeira afirmação, embora possa parecer um truismo, é de que não estamos frente a um novo instituto jurídico, mas sim a Constituição veio, apenas, ampliar o elenco das pessoas capacitadas ao ajuizamento da garantia mandamental, para tanto utilizando a técnica da substituição processual. Assim, no pólo ativo da relação processual não irá figurar somente a pessoa cujo direito subjetivo tenha sido, ou se afirma que o foi, violado por ato ilegal ou praticado com abuso de poder, por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público;

mas poderá figurar também a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, assim como partido político, com representação no Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 5.º, LXIX e LXX)”. (Aspectos do Mandado de Segurança Coletivo, in “Direito & Justiça”, Correio Braziliense, Brasília, 24.8.92, p. 4.)

Não pode ser negado que o legislador superior de 1988 abeberou-se, quando da criação do mandado de segurança coletivo, na idéia em franca disseminação nos diversos ordenamentos jurídicos, segundo a qual sempre que a lesão imposta a um bem juridicamente tutelado lançar reflexos – ainda que discretos – no meio social, é imperativo que se cometa o *dominis litis* a órgãos dotados de legitimidade coletiva, como forma de encorajar a correção judicial da ilegalidade. Assim, estará diluída na pessoa coletiva a responsabilidade pelo ingresso das ações de largo espectro, obstando possíveis represálias, tão ao gosto dos demandados poderosos. Abordando essa inclinação hodierna, o Juiz Lázaro Guimarães, do TRF da 5.ª Região, foi percuciente:

“Ao lado dos ritos tradicionais, impenetráveis para os que não conhecem os meandros do poder ou não têm recursos para suportar os custos de um litígio, surgem as ações coletivas, para as quais estão legitimados o Ministério Público ou os órgãos de intermediação da sociedade, cujos diversos grupos passam a contar com instrumentos mais ágeis, econômicos e de eficácia abrangente”.

E prossegue o inclito magistrado:

“A legitimação social, ou o poder de defender em juízo os interesses gerais, cabia, somente ao Ministério Público, na ação penal, ou nas ações civis em que atuavam interesses públicos, e ao cidadão, na defesa do patrimônio público, na ação popular. A ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, as ações previstas no Código de Defesa do Consumidor e aquelas movidas pelos sindicatos ou associações em defesa dos interesses de seus associados, com base no permissivo do art. 5.º, XXI, CF, deram não só uma nova dimensão à figura da subs-

tuição processual, mas, e principalmente, tornaram o judiciário menos distante da maioria da população.” (*As Ações Coletivas e as Liminares Contra Atos do Poder Público*, Salvador, Panorama, 1992, pp. 15 e 16).

Assim, comungando, dentre outros, com Calmon de Passos (*Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 6) e com Luis Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990, pp. 133 e 182) e ousadamente dissentindo de Sérgio Ferraz (*Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) Aspectos Polêmicos*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 40), vejo conforme já disse, o mandado de segurança coletivo como um mandado de segurança individual aparelhado de legitimação ativa mais ampla do que o original, manejável sempre que a situação fática ensanchar uma “legitimação social”, na feliz expressão de Lázaro Guimarães mencionada linhas acima.

Registre-se que a conceituação aqui apurada para o mandado de segurança coletivo não é tão singela que venha a confundir-lo com um mandado de segurança individual *plúrimo*, com efeito, o pólo ativo da impetração pode ser composto (e em regra o é) apenas por uma pessoa (v.g. um partido político, que buscará pela via judicial em estudo, a proteção para direito incontroverso detido por outrem, não raro hipossuficiente para aforar a medida).

7. A legitimação para o mandado de segurança coletivo

É regra comezinha da teoria da ação, a de que esta constitui uma faculdade conferida ao detentor de direito material, para protegê-lo de agressões, valendo-se para tanto do Estado-Juiz. Assim, o normal é que a ação seja aforada pelo titular do direito material. Tanto que o CPC disciplina em seu art. 3.º:

“Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Existe, neste passo, a legitimação ordinária referida por Francisco Barros Dias, acatado Juiz Federal no Rio Grande do Norte:

“Por isso, pode-se concluir que havendo identidade de sujeitos da relação jurídica material com a processual, a legitimação é ordinária”. (*Substituição Processual (Algumas hipóteses da nova Constituição)*, Jurisprudência Brasileira, v. 143, Curitiba, Jurua Editora, 1989, p. 30).

Tal raciocínio é completado por Ephraim de Campos, citado por Barros Dias:

“Inexistindo essa coincidência, a legitimação é extraordinária, pois o direito de agir é exercido por quem não é titular do direito deduzido na pretensão, ou é exercido contra, ou em face de quem a ela não resistiu” (ob. e p. op. cit., com grifo acrescido).

Essa legitimação extraordinária vem consagrada no art. 6.º do CPC, embora timbrada de excepcionalidade:

“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (grifei).

Já sedimentada no ordenamento jurídico inferior, foi alçada à sede constitucional, onde pode ser detectada nos arts. 5.º, LXX, LXXIII; 8.º III; 129, III, IV e V; e para alguns, no art. 5.º, inciso XXI.

É objeto da presente análise a legitimação do partido político frente ao mandado de segurança coletivo (CF, art. 5.º, LXX, a). E contrariando a natural inclinação para que seja configurada como extraordinária a legitimação das agremiações partidárias para pedir a segurança coletiva, aparece séria corrente doutrinária, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, que explica:

“Vale lembrar, contudo, a moderna tendência doutrinária que vê, na legitimação de entidades que ajam na defesa de interesses institucionais, uma verdadeira legitimação ordinária (v. Vicenzo Vigoriti, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e a autora deste estudo). De modo que, caso a caso, dever-se-á verificar se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo –, e neste caso a legitimação seria ordinária; ou se atua no interesse de alguns de seus filiais, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual.” (“Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação. Objeto e Coisa Julgada”, da Coletânea *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 286).

Com redobrado perdão, penso diferente. Para mim, basta um único argumento para recu-

sar a inteligência dos consagrados doutrinadores acima nomeados: as pessoas elencadas no art. 5.º, LXX, da CF, mesmo que cuidem de temas institucionais, e ainda que ajuizem o mandado de segurança coletivo em nome próprio, estarão sempre manuseando interesses materiais de outras pessoas. Daí não ser possível vê-las como legitimadas ordinariamente para o writ em estudo, máxime porque não serão beneficiárias imediatas da concessão da segurança. Assim, v.g., o partido político de índole laboral que aforar um mandado de segurança coletivo objetivando impor a determinado Município o pagamento do salário mínimo integral ao seu funcionalismo, estará lidando com o direito material dos servidores municipais, e por isso será havido como *substituto processual* destes.

Sérgio Ferraz (*op. cit.*, p. 38) também rebelase quanto à *extraordinariedade da legitimação* das entidades elencadas no art. 5.º, LXX, da Constituição Federal, dizendo que ali:

"Não há caso de substituição processual, eis que a entidade age em nome próprio em defesa de direitos e interesses que também lhe são próprios, refletindo sua atuação na esfera de direitos e interesses dos filiados".

Ao que parece, o respeitado publicista incorreu no mesmo equívoco dos estudiosos paulistas, quando não inseriu na sua análise a questão da *titularidade do direito material*. Por maior que seja a identidade entre a missão institucional do impetrante e o objeto da demanda, ter-se-á sempre uma prestação jurisdicional dirigida ao direito material do substituído. Segundo entendo o partido político e as demais pessoas jurídicas listadas no art. 5.º, LXX, da CF, detêm *legitimação ordinária* para figuração no pólo ativo do mandado de segurança coletivo, mesmo em litisconcórcio, quando sejam titulares do próprio direito (líquido e certo) vitimado por ato ilegal de autoridade, por exemplo, uma *resolução do TSE que embarace a livre organização partidária*, em afronta ao art. 17 da Carta Magna.

Este meu entendimento está de par com o do talentoso Luiz Alberto Gurgel de Faria, que após analisar, com detença, a legitimação para o manejo do mandado de segurança coletivo, conclui:

"Trata-se, sem sombra de dúvida, de hipótese de substituição processual: permite-se a essas entidades ingressar em Juízo para, em nome próprio, defender

direito alheio." ("Mandado de Segurança Coletivo - Legitimação e Interesse", *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 103, São Paulo, Vellenich, 1992, p. 46).

Vários outros doutrinadores têm igual posicionamento. Lázaro Guimarães (*op. cit.*, p. 80), adicionando a exigência da vinculação do objeto do writ coletivo à finalidade estatutária do substituto; José Cretella Júnior assegura que o partido político "será o substituto processual, que comparecerá perante o Poder Judiciário, solicitando a cessação do ato arbitrário" (*Do Mandado de Segurança Coletivo*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 59).

Também entendem que o tema em análise versa sobre substituição processual, os respeitados Luis Roberto Barroso, (*ob. cit.*, p. 184) e José da Silva Pacheco (*Ações Constitucionais Típicas*, 2.ª ed., São Paulo, RT, p. 259). J.J. Calmon de Passos, apoiado nas idéias de J.C. Barbosa Moreira, conclui, com absoluta razão, que a titularidade do mandado de segurança coletivo é conferida às entidades nominadas no art. 5.º, LXX, da CF, à guisa de substituição extraordinária *autônoma e concorrente*, posto que inexistência da anuência do substituído para a deflagração da medida, bem como por não inibir o titular do direito material de postular o *mandamus* individualmente, se assim preferir fazê-lo (*Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 32).

Portanto, repito que não acompanho a respeitabilíssima corrente doutrinária que enxerga a legitimidade *ordinária* na atuação dos partidos políticos em sede de mandado de segurança coletivo. Sem dúvida, a legitimação é *extraordinária* (ou *anômala*), configurando a substituição processual.

8. Sobre o órgão partidário impetrante do mandado de segurança coletivo

Já foi vista, neste estudo, a configuração legal dos partidos políticos (pessoas jurídicas de direito privado, com registro no Tribunal Superior Eleitoral). Resta saber, neste passo, como agirá o partido político na condição de substituto processual, detentor da legitimação *anômala* para ingressar com mandado de segurança coletivo.

Recorde-se, por necessário, que a Constituição de 1988 consagrou a autonomia partidária como estímulo ao exercício organizado da

democracia. Dai ter facilitado, ao máximo, a criação de agremiações partidárias, sem impor-lhes formas e fracionamentos como era regra na vigência integral da Lei n.º 5.682. E sendo livres a sua organização e a sua estruturação, é lógico que ao partido político não pode ser determinada, exogenamente, a titularidade desse ou daquele órgão interno para o ingresso do mandado de segurança coletivo em substituição processual. Sem dúvida, há que ser visto como incumbido da representação da pessoa coletiva em juízo, o órgão que para tanto for designado no estatuto partidário, consoante o ministério de Lázaro Guimarães (ob. cit., p. 75).

9. *Os partidos políticos sem representação no Congresso Nacional. Legitimidade "ad partem"*

Postos os enfoques supra, surgem as indagações. Veja-se a primeira: a teor do que reza o art. 5.º, LXX, a, pode ingressar em juízo com um mandado de segurança coletivo o partido político sem representação no Congresso Nacional? A resposta não pode ser dada sem um breve passeio pelas divergentes aceções oferecidas à questão.

J.J. Calmon de Passos entende que não, reforçando ser *carente de ação* o partido político que não tiver assento no Congresso Nacional, e por isso terá o seu *writ* não conhecido (ob. cit., p. 31). Athos Gusmão Carneiro, (ob. cit., p. 5), não dissente de Ada Pellegrini Grinover quando esta afirma que a legitimação do partido político para o *mandamus* coletivo "é ampla e só pode sofrer restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional", (ob. cit., p. 285). Diomar Ackel Filho também segue esta linha, aduzindo que é "indispensável que o impetrante do *writ* coletivo se subsuma expressamente no rol especificado pela Carta, que é exaustivo e não exemplificativo." (*Writs Constitucionais: "Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, 2.ª edição, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 93).

Penso diversamente. Por oportuno, frise-se mais uma vez que o partido político, pessoa jurídica de direito privado que é, tem o seu perfil mais aproximado ao conceito de *associação* (cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 235, e Célio Silva, ob. cit., p. 758). São reconhecidos como existentes pela Carta Magna (art. 17, § 2.º), desde que tenham adquirido personalidade jurídica "na forma da lei civil" e logrem o registro dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Só.

Como é visto, a Constituição Federal não exige que o partido político, para ter existência formal, disponha de titulares de mandato eletivo; máxime de bancada no Congresso Nacional.

E se existe como pessoa jurídica de direito privado, mesmo sem ocupar cadeira no parlamento nacional, o partido político está legitimado a ingressar com mandado de segurança coletivo, a teor do disposto no art. 5.º, LXX, b, CF, já que para os excogitados fins atuará como "associação legalmente constituída". Nada obstante, ressalte-se que o partido político nas condições em análise haverá que estar constituído "há pelo menos um ano" e deverá postular o remédio coletivo "em defesa dos interessados de seus membros e associados" (é dizer, *filiados*), acompanhando os lindes do preceptivo constitucional suso mencionado.

O entendimento ora exposto não está timbrado por ineditismo, já que acompanha a doutrina de José da Silva Pacheco, que ao discordar das peias colocadas no *writ* coletivo, a nível da legitimação *ad causam*, afirma:

"A restrição pode ser observada na limitação ao uso da ação ao partido político com representação no Congresso Nacional, quando, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil (art. 17, § 2.º da CF), tem existência legal e vida própria, podendo livremente praticar todos os atos (arts. 18 e ss. do Código Civil) e, desse modo, teria legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5.º, XXI da CF, *independentemente de representação no Congresso Nacional*". ("As ações constitucionais típicas na Constituição de 1988", in *Seleções Jurídicas, ADV/COAD*, Rio de Janeiro, janeiro de 1989, p. 9, com grifos nossos.)

10. *O alcance da legitimação dos partidos políticos no mandado de segurança coletivo. Os interesses difusos.*

Inaugura-se este capítulo com uma indagação: qual o objeto do mandado de segurança coletivo? Parece evidente, pela própria gênese do instituto, inquestionavelmente derivado do mandado de segurança individual, que a finalidade do novo remédio heróico é a proteção de direito líquido e certo *coletivo (lato sensu)*, pois segundo Celso Ribeiro Bastos,

"o ponto fulcral da novidade introduzida consiste, sem dúvida, na possibilidade de defesa coletiva dos direitos"

(Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 352).

É mister seja esclarecido que o vocábulo *coletivo* é aqui aplicado em amplo espectro. Nele estão compreendidos os direitos (ou interesses) *difusos, coletivos, (stricto sensu) e individuais homogêneos*. Todos estes suscitaram sérias polêmicas no seio da doutrina e da jurisprudência para serem definidos. A pacificação parece ter advindo com a edição de uma norma técnica, o art. 81 do Código do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.9.90).

Para Elizabeth Nogueira Calmon de Passos os interesses difusos

“são aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas ligadas ao grupo, que se unem apenas por circunstâncias de fato, como as de habitarem uma mesma região, bairro, etc., consumirem certos produtos, participarem de determinados empreendimentos. Situam-se nesta espécie de interesse muito amplos, que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos e assim por diante” (“Mandado de Segurança Coletivo”, in *Informativo ADV/COAD*, Rio de Janeiro, 1992, p. 474).

Os interesses *coletivos*, na aplicação restrita do vocábulo, são aqueles transindividuais e indivisíveis, titularizados por “grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base” (Código do Consumidor, art. 81, II), como por exemplo, os condôminos de um mesmo prédio e os integrantes de um consórcio.

Já os interesses *individuais homogêneos*, conquanto titularizados por pessoas consideradas de *per si*, têm origem comum, o que vem a emprestar-lhes uma conotação coletiva. A repetitividade do interesse individual, ainda que disperso por várias pessoas, é que justifica o manejo da ação coletiva, notadamente o *writ*, conforme sugere J. J. Calmon de Passos. (ob. cit., p. 41).

Postas as definições, vamos às controvérsias.

Muito é questionada a adequação do mandado de segurança coletivo para enfrentar agressão dirigida a *interesses difusos*. Guardando a definição acima exposta, poderia um partido político agitar uma ação mandamental coletiva em prol de interesses difusos? Para Athos Gus-

mão Carneiro a resposta é negativa. (ob. cit., p. 3). Segundo o eminente processualista gaúcho a proteção de tais interesses (ou direitos) deve ser procedida via *ação civil pública*, já que é impossível, na espécie, a aferição do “direito líquido e certo” exigível como pressuposto do mandado de segurança. Conquanto não discorde da pressuposição da liquidez do direito e da certeza dos fatos para que seja cabível o mandado de segurança coletivo, entendo que essa admissibilidade pode ser perfeitamente executada no trato de direitos difusos, pois o que é “líquido e certo” para o indivíduo, pode também sê-lo para a coletividade. Amparo este entendimento em citação de J. J. Calmon de Passos, colacionada pelo próprio Athos Gusmão Carneiro, segundo o qual

“os direitos que podem ser objeto de mandado de segurança coletivo são os mesmos direitos que comportam defesa pelo mandado de segurança individual. Aqui, ao invés de se exigir que cada sujeito, sozinho ou litisconsorciado, atue em juízo na defesa do seu direito (individual), a Carta Magna proporcionou a solução inteligente e prática de permitir que a entidade que os aglutina, mediante um só *writ*, obtenha a tutela do direito de todos” (ob. cit., p. 8).

No caso da impetração ser titularizada processualmente por um partido político, a matéria posta sob a apreciação judicial há que estar contemplada, pelo menos de forma genérica, no programa partidário. Se tal não acontece, não pode o partido político posicionar-se como substituto processual das pessoas detentoras do direito transindividual. Analisando o alcance do art. 5.º, LXX, *a*, da *Lex Legum*, Lázaro Guimarães entende pela

“legitimidade do partido político para defender em Juízo interesses coletivos e difusos. Daí não se tem, entretanto, o poder absoluto de atuação de qualquer interesse. É mais razoável vincular-se a iniciativa da entidade à defesa de interesses ligados ao exercício da cidadania, aos direitos fundamentais que a todos compete defender, tais como acesso à informação (arts. 5.º, XXXIII, e 220, CF), à educação (art. 205, CF), à saúde (art. 196, CF) à segurança pública (art. 144) e ao meio ambiente (art. 225, CF) ou aos direitos dos filiados”, (ob. cit., pp. 73/74).

Celso Agrícola Barbi enfrentou a questão

de forma bastante proveitosa: separando os interesses tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo impetrado por órgãos classistas ou associações, daqueles protegíveis pelo mesmo remédio, só que aforado por partidos políticos. E afirmando "que o mandado de segurança coletivo pode ter por objeto os direitos subjetivos ou os interesses legítimos, difusos, ou coletivos", aduz o consagrado mestre que quando a ação for ajuizada por "organização sindical, entidade de classe ou associação, é necessário que a ameaça ou lesão seja a interesses de seus membros ou associados", porém, se o pleito for da iniciativa de partido político, "basta a simples ilegalidade e a lesão de interesses daquele tipo, não sendo de estabelecer qualquer vínculo entre o interesse e os membros ou filiados do partido. Este, na realidade, agirá na defesa do interesse da sociedade, como é da natureza da sua atuação." ("As Novas Dimensões do Mandado de Segurança", in *Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, ADV/COAD, abril/1989, p. 30).

Ainda que analisando o assunto por óticas diversas, não são poucos os doutrinadores que afirmam o cabimento do mandado de segurança coletivo para escoimar ou evitar lesão a direito ou interesse difuso. Por exemplo: Luis Roberto Barroso, ob. cit., p. 129, Ada Pellegrini Grinover, ob. cit. p. 288, Diomar Ackel Filho, ob. cit., p. 91.

Na jurisprudência a matéria está sendo firmada de maneira estreita e parcialmente divergente da posição que adotamos, conforme alinhado acima. O STJ, apreciando o MS 256/DF, relatado pelo Ministro Pedro Acioli e impetrado pelo Partido da Juventude em prol de pensionistas e segurados da previdência social (DJ de 4.6.90, p. 5.045), não conheceu da segurança, em acórdão assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE COLETIVO. PARTIDO POLÍTICO. O interesse coletivo, no primeiro, mesmo contando com a pluralidade de pessoas, o objetivo é comum e limitado, ao passo que o segundo estará afeto à difusão do interesse, alcançando os integrantes da sociedade como um todo."

E encerrou o Superior Colégio:

"Ausente a possibilidade de o partido político representar o interesse de seus filiados porquanto não expressamente autorizado como determina a Constituição Federal".

Mais afunilada ainda foi a interpretação dada pelo STJ ao mandado de segurança coletivo, quando do julgamento do MS 197/DF, impetrado pelo Partido dos Trabalhadores, relator originário o Ministro José de Jesus (vencido) e relator para o acórdão o Ministro Garcia Vieira, com a seguinte ementa:

"PROCESSUAL – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PARTIDO POLÍTICO – ILEGITIMIDADE. Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar o mandado de segurança em nome deles." (Jurisprudência do STJ e dos TRFs, *Lex*, v. 18, p. 51).

Com redobrada vênia, atrevo-me a pensar que os Ministros, na intelecção da matéria *sub judice*, lançaram mão do instituto da *representação* (CF, art. 5.º, XXI) ao invés de encarar a *substituição processual* ou *legitimação extraordinária*. E há substancial diferença entre os dois institutos, mormente se aplicados em caso de *ação potenciada*, conforme diz Ada Pellegrini Grinover (ob. cit., p. 285). No entender do Professor José Augusto Delgado, destacado membro do TRF 5.ª Região, "a substituição processual não se confunde com a representação, nem com a sucessão. Naquela, há a atuação do representante em nome alheio; nessa, o sucessor atua em nome próprio por um direito que lhe é próprio." (ASPECTOS DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL, *Revista de Processo*, n.º 47, São Paulo, RT, 1988, p. 8). Assim, quando ocorre a *representação*, a entidade associativa deverá estar "expressamente autorizada" para ingressar em Juízo *em nome dos seus filiados*. Essa autorização pode ser materializada nos estatutos ou no ato constitutivo da representante, bem assim via instrumento de mandato ou ato assemblear.

Já na substituição processual, o legitimado anômalo agirá *em nome próprio*, embora em defesa de interesses detidos pelos substituídos. Daí a desnecessidade da autorização prevista no inciso XXI, art. 5.º, da Constituição Federal, para o partido político impetrar a ação

mandamental coletiva.

Registra-se, com júbilo, a recente inclinação do STJ no sentido de condicionar o sucesso do *writ* coletivo impetrado por partido político, à vinculação entre os objetivos estatutários do impetrante e os interesses ensanchados da medida. É o que salta do MS 1.235/DF, julgado pela 1.ª Seção, publicado em 13.4.92, relatado pelo Ministro Pádua Ribeiro impetrado pelo Partido dos Trabalhadores contra ato do Senhor Ministro do Trabalho e Previdência Social, assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PARTIDO POLÍTICO – FALTA DE LEGITIMIDADE NO CASO. Falta a partido político *legitimatío ad causam* para impetrar mandado de segurança coletivo, se este não tem por objetivo direitos subjetivos ou interesses atinentes à finalidade partidária. É o que acontece no caso, em que o impetrante aviltar a proteção de direitos subjetivos individuais homogêneos de beneficiários da previdência social, ou seja, o pagamento do reajuste de 147,06% a todos os benefícios em manutenção e de prestação continuada. Processo que se julga extinto.” (*Jurisprudência ADI/COAD*, Rio de Janeiro, 1992, p. 563, verbete 59.535).

11. *A existência ânua*

Estabelece a CF, art. 5.º, LXX, *b*, que as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações estão legitimadas extraordinariamente para o ingresso do mandado de segurança coletivo, desde que “legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de membros ou associados”.

Nas primeiras leituras empreendidas na Carta Magna de 1988, houve quem procurasse estender a exigência do legal funcionamento há mais de um ano, aos partidos políticos. Dito entendimento não prosperou no seio da comunidade jurídica nacional, máxime em razão da distribuição topográfica da matéria, empreendida pelo constituinte em *duas alíneas (a e b)*, reservando a primeira apenas para os partidos políticos e sem referir-se nela à existência ânua, conforme a acurada percepção de Luiz Alberto Gurgel de Faria, (ob. cit., p. 47).

Destarte, em regra, não se exige do partido político, para figurar no pólo ativo do *mandamus* coletivo, mais do que ter personalidade jurídica na forma da lei civil, ter os seus estatutos

registrados no Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 17, § 2.º) e ter assento no Congresso Nacional (CF, art. 5.º, LXX, *a*). Registre-se a ressalva, desenvolvida com maior amplitude em outra parte deste trabalho, que o partido político sem bancada no Congresso Nacional poderá aforar mandado de segurança coletivo, só que aí agirá como singela *associação* e titularizará o *writ* como *representante* (e não substituto processual) apenas dos seus filiados, a teor do art. 5.º, XXI, da Lei Maior.

12. *O partido político como sujeito passivo do mandado de segurança coletivo*

De há muito está sepultada a querela desenvolvida nos meios jurídicos acerca da natureza do mandado de segurança: é uma ação. Ainda que alguns prefiram tratá-lo como “medida excepcional”: que outros achem certo nominá-lo de “interdito”; e que existam os que o encaram como “causa”, o certo é que estamos trabalhando com uma *ação*, na mais pura acepção do termo, dispondo de *eficácia potenciada*, como expressa Kazuo Watanabe, citado por Ada Pellegrini Grinover, (ob. cit., p. 284). É, no pensar de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, uma ação cognitiva, mas só em “cada caso concreto é que se pode afirmar se o *writ* ajuizado é de caráter declaratório, condenatório ou constitutivo, embora admita-se que este último, no mais das vezes, prevalece.” (*Apontamentos sobre Mandado de Segurança*, Natal, Cern, 1984, p. 30). Idêntica é a posição de Moacyr Amaral dos Santos (“*Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*”, RDP, v. 17, p. 16).

Ressalvada a respeitabilidade dos argumentos suso-expostos, prefiro completá-los com a opinião de Pontes de Miranda, que entende “ser o mandado de segurança uma ação tipicamente mandamental, já que nela é desnecessário o aforamento de ação de execução da sentença proferida, cabendo ao juiz prolator expedir o *mandatum de faciendo*. É esse mandado que representa a eficácia principal da sentença.” (*Tratado das Ações*, t. 1, São Paulo, RT, 1970, p. 22). Nessa linha, razão parece ter Diomar Ackel Filho quando resume que “o mandado de segurança visa sempre a um mandamento. Pouco importa se o efeito desse mandamento é de natureza constitutiva, condenatória ou declaratória. O que se pretende é o provimento mandamental, para que se faça ou se deixe de fazer algo” (ob. cit., p. 13). Complementa-se este cabedal de idéias, com o opinamento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do STJ:

"A característica específica da sentença do mandado de segurança (e também da decisão concessiva da liminar) é que a mesma expressa uma ordem, inserida em mandado judicial, que, não atendida, configura crime de desobediência." (*Mandado de Segurança: Uma Visão de Conjunto*, in "Mandados de Segurança e de Injunção", São Paulo, Saraiva, 1990, p. 120).

Transpostas são todas as considerações acima expendidas, para o mandado de segurança coletivo. E sendo este, também, uma ação de eficácia potenciada, com feição mandamental, resta especificar quais as partes que nela se envolvem.

Creio desnecessário repetir que a parte impetrante será sempre o substituto processual que lograr enquadramento no art. 5.º, inciso LXX, alíneas a e b da Constituição Federal (*partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação*). O tema já foi exaustivamente abordado neste trabalho, quando discutida a legitimação anômala.

Resta a análise do pólo passivo da ação. De início, cumpre registrar a diferença que existe entre *sujeito passivo* do mandado de segurança (individual ou coletivo) e *autoridade coatora*.

Sujeito passivo no writ é a pessoa jurídica de direito público ou a pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições do poder público, de cujo seio tenha partido a ilegalidade ou abuso de poder. Será a pessoa jurídica quem suportará os efeitos da concessão da segurança, *máxime* aqueles de natureza patrimonial. Já a *autoridade coatora* é o servidor público (pessoa física, é óbvio), que faz ou deixa de fazer algo, ilegalmente ou abusando do poder que detém, em desfavor do direito líquido e certo do paciente. Destarte, o ato praticado pelo coator "é, em tese, manifestação da vontade da pessoa jurídica a cujos quadros pertence", conforme leciona Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (ob. cit. p. 62).

Guardados estes lineamentos, indaga-se da possibilidade de o partido político ser *sujeito passivo* de mandado de segurança coletivo. Acho que sim. Desde que os atos praticados pelos dirigentes do partido, no interesse e na gestão deste, desbordem para a ilegalidade e para o abuso de poder, é cabível a reprimenda via writ coletivo.

Para os que vêem o partido político como pessoa jurídica de direito público, é fácil o enquadramento dessa entidade no lado passivo

do mandado de segurança coletivo. Basta, sob esse prisma, enxergar os seus dirigentes como *autoridades públicas*, a teor do disposto no art. 5.º, LXIX da Constituição Federal. Assim, para José da Silva Pacheco, mesmo que

"não lhe sejam conferidas atribuições do poder público, seus atos, se ilegais ou abusivos, poderiam ensejar mandado de segurança, na justiça especializada, por se tratar de pessoa jurídica de direito público" (ob. cit., pp. 186 e 260).

Resta a dúvida para os que, como eu, entendem ser o partido político uma pessoa jurídica de direito privado (v. capítulo IV, supra), mormente após a vigência da Constituição Federal de 1988. A melhor resposta, dando pela adequação do *mandamus* contra o ato perpetrado por dirigente partidário, fui encontrar no despacho concessivo de liminar no MS n.º 397/92 do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, impetrado contra ato da Comissão Executiva Regional do Partido Democrático Social, onde o relator, Juiz Walter Nunes Júnior, entendeu pela plena vigência do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.533, recepcionado pela nova ordem constitucional e observou que

"em que pesem os partidos políticos brasileiros constituírem-se de associações privadas, expressão da liberdade de associação dos cidadãos, e não de órgãos dos Estados, eles detêm, em nosso sistema jurídico, o monopólio da ação política do País, vez que desferido, a quem quer que seja, exercer o direito sagrado de participar, na qualidade de agente passivo, do processo eleitoral, se não regularmente inscrito em uma agremiação partidária. 22. - Têm-se, assim, não permitidas, quer para o exercício do cargo eletivo de Vereador, quer ao de Presidente da República, candidaturas avulsas, desvinculadas de um partido. Esse monopólio, da ação política, exercida pelas agremiações partidárias, só se pode conceder como ato de delegação estatal. 23. - Por conseguinte, os dirigentes partidários, para todos os efeitos, no exercício de suas atribuições, praticam atos por delegação estatal, daí por que passíveis de controle mediante o aforamento de mandado de segurança".

A liminar em comento foi mantida quando do julgamento do feito, cujo acórdão já transitou em julgado.

Patente a possibilidade de o partido político sofrer ação de segurança coletiva, quem seria a autoridade coatora? Na linha do entendimento esposado neste ensaio, inclusive sobre a liberdade de estruturação dos partidos políticos, *agir em coação o órgão ou dirigente partidário que materializar o ato ilegal ou abusivo malferidor do direito líquido e certo do impetrante ou do substituto deste.*

13. Sobre a competência

A eleição do Juízo onde cursará o mandado de segurança coletivo, que tenha o partido político como impetrante ou impetrado, há que ser feita nos limites da razoabilidade. De primeiro, há que ser perquirida quem é a autoridade coatora. Os possíveis privilégios desta, em nível de juízo natural, indicarão o foro adequado para o conhecimento da impetração. Assim, se a impetração coletiva titularizada por partido político mirar, por exemplo, constrangimento oriundo de Ministro de Estado, a competência tocará ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, b), ainda que a lesão discutida aflija apenas pessoas residentes em certa região ou unidade federativa.

Sobre o assunto, deve ser lembrada a opinião de Lázaro Guimarães:

“Vale também indagar qual o órgão partidário que tem atribuição para MSC. Como o partido político tem caráter nacional (art. 17, I, CF) e personalidade jurídica na forma da lei civil, a resposta estará no estatuto de cada partido, que definirá o órgão incumbido da representação em Juízo”. E acrescenta: “Junto ao Tribunal Superior Eleitoral, contudo, só poderá funcionar o Diretório Nacional, por força do parágrafo 7.º, do art. 58 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (analogicamente, quando se tratar de causa de âmbito nacional ou de impetração junto aos Tribunais Superiores, só o Diretório Nacional terá capacidade de agir). Mas é possível que o estatuto partidário atribua representação aos seus Diretórios Regionais e Municipais nas suas respectivas áreas de atuação” (ob. cit. p. 75).

Concluindo, e tomando em consideração o caráter nacional atribuído constitucionalmente aos partidos políticos, entendo não ser heresia jurídica o fato de o Diretório Nacional de um destes ajuizar mandado de segurança coletivo em defesa de interesses de substituídos domiciliados em certo Município, desde que atendi-

dos os demais pressupostos do writ.

14. O litisconsórcio passivo necessário e a assistência

À míngua de regramento processual próprio, o mandado de segurança coletivo faz uso do mesmo diploma formal confeccionado para o *mandamus* singular (Lei n.º 1.533/51). E nesse diploma está assentado ser obrigatório o chamamento, em litisconsórcio, da pessoa ou entidade que possa sofrer os efeitos da segurança (LMS, art. 19 e CPC, art. 47). Por isso, sempre que houver a possibilidade de ser atingido pela concessão do remédio heróico, o partido político deverá integrar o lado passivo da demanda, sob pena de nulidade do julgamento, conforme diz Hely Lopes Meirelles (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*, 13.ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 43). Flagrante a desídia do impetrante sob esse aspecto, extingue-se o processo (Súmula 145 do extinto TFR).

Se reunir os requisitos antes estudados para ser impetrante do mandado de segurança coletivo, o partido político pode aproveitar um writ já ajuizado, e nele ingressar como *litisconsorte ativo* voluntário, desde que o faça a tempo e a modo. Entendo ser perfeitamente factível que um mandado de segurança aforado individualmente seja transmutado em coletivo, se existe identidade entre o direito do impetrante singular e o direito da coletividade que será substituída pelo partido político.

Pode ainda o partido político, segundo penso, louvar-se da legitimação extraordinária que lhe foi conferida pela Constituição, e ao invés de ingressar com o mandado de segurança coletivo, titularizando a ação em prol dos substituídos, apenas prestar a estes *assistência* em feito já cursante. E a assistência, como ensina o Professor Ubiratan de Couto Maurício,

“é espécie de intervenção voluntária no processo, em que o terceiro até então fora da causa pendente, mas não completamente estranho à relação processual instaurada, intervém no processo, tendo em vista seu interesse jurídico em que a sentença seja prolatada favorecendo à parte a quem assiste, isto é, com a finalidade de auxiliar que o assistido obtenha na demanda um resultado satisfatório, vitorioso” (*Assistência simples no Direito Processual Civil*, São Paulo, RT, 1983, p. 23).

Portanto, o interesse jurídico do partido político pode ser patenteado na atenção deste

em ver os seus assistidos lograrem sucesso na ação mandamental.

Não impressiona o argumento contrário, passado pelo festejado Theotonio Negrão (Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor. 22.^a ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p. 1.076), de que “não cabe assistência no mandado de segurança”, posto que, de acordo com os arts. 19 e 20 da LMS, o CPC não é supletivo desta. Creio, atrevidamente, que o renomado estudioso paulista não tomou em conta que o art. 20 da Lei n.º 1.533, de 31.12.51, ao revogar “os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto”, referiu-se, como é lógico, ao diploma processual básico de 1939, ao qual tocou “a penosa tarefa de legislar sobre o *mandamus* no período do Estado Novo, consoante história lapidar Edilson Nobre Júnior (Algumas considerações sobre a Medida Liminar em Mandado de Segurança, in *Jurisprudência Brasileira*, v. 163, Curitiba, Junuá, 1992, pp. 23/24).

Visto que a natureza jurídica do mandado de segurança (individual ou coletivo) é de ação, não vejo porque negar-lhes os instrumentos processuais regulados no CPC, como é o caso da assistência simples, desde que compatíveis com a majestade do remédio.

Inobstante, entendo ser impossível que o partido político possa figurar, em sede de mandado de segurança coletivo, como *assistente litisconsorcial*, por não ser razoável que lance mão da substituição processual quando “a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido” (CPC, art. 54). Haveria aí um desvirtuamento do *writ*.

15. A coisa julgada e os limites da sentença

Nas ações em geral, é sabido que a prestação jurisdicional postulada materializa-se através de uma sentença. Se nenhum reclamo for oposto por quem de direito aos termos dessa sentença, dir-se-á que a mesma transitou em julgado, em face da inércia dos interessados. Mas se, modo inverso, houver a interposição de recurso vergastando a sentença, somente após a edição, pelo órgão *ad quem*, dos reparos ou da confirmação do *decisum*, é que este ficará agasalhado pelo manto da imutabilidade. Faz-se, assim, a coisa julgada.

Especificamente em sede de ação mandamental que logre a concessão da segurança, a coisa julgada aflora depois da apreciação da decisão terminativa pelo órgão recursal competente, independentemente da impetração de recurso voluntário, já que a matéria sujeita-se ao

duplo grau de jurisdição (Lei n.º 1.522, art. 12, parágrafo único).

Mas, considerando a legitimação extraordinária que timbra o mandado de segurança coletivo, conferida às pessoas morais listadas no art. 5.º, LXX *a e b* da Constituição Federal, é natural indagar-se a quem aproveita a sentença concessiva do *writ*.

Em se cuidando de ação convencional, despida de eficácia potenciada, a coisa julgada tem força entre as partes que participaram da demanda. Assim é dito pelo Código de Processo Civil, em seu art. 472. No entanto, nas ações de cunho social, portadoras de legitimação anômala (como é o caso do mandado de segurança coletivo), a coisa julgada tem extensão *ultra partes*. E tal constatação não configura agressão ao *princípio do contraditório*, desde que manejada com temperamento, de sorte a não impor, indiscriminadamente, ao terceiro alheio à ação, os efeitos de um pronunciamento judicial que não foi por ele diretamente provocado.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro, refratário à utilização do MSC para proteger direitos difusos, prende o seu entendimento acerca da coisa julgada à tutela dos outros interesses coletivos, ao dizer que os limites subjetivos da decisão abrangem apenas os associados da entidade impetrante, ressalvada a decadência em casos individuais (ob. cit. p. 6).

José da Silva Pacheco, apoiado em Hely Lopes Meirelles e em Celso Agrícola Barbi, alega que a sentença proferida em ação de segurança somente não faz coisa julgada se não apreciar o mérito. (ob. cit. p. 240).

Diomar Ackel Filho, encarando o tema sob a luz do art. 15 da Lei n.º 1.533, assevera que é possível a repetição do pleito originalmente feito em mandado de segurança que foi denegado, desde que a repetição seja operada em ação ordinária. Este entendimento é o mesmo de Lázaro Guimarães (ob. cit. p. 100).

Já Michel Temer, em posição extremamente liberal, sugere que deverá o legislador infraconstitucional

“ao regular o *mandado de segurança coletivo*, estabelecer que a decisão judicial fará *coisa julgada* quando for favorável à entidade impetrante e não fará *coisa julgada* quando a ela for desfavorável. Com isso fica aberta a possibilidade do mandado de segurança individual quando a organização coletiva não for

bem sucedida" (*Elementos de Direito Constitucional*, 7.^a ed., São Paulo, RT, 1990, p. 208).

Sem o desmerecimento dos demais, acho que a melhor abordagem do assunto foi feita por Ada Pellegrini Grinover, que tendo a cautela de analisar o assunto em concordância com o *princípio constitucional do contraditório*, lastro justificador da clássica determinação de que a coisa julgada não atingirá as pessoas que não discutiram a lide (CF, art. 472 do CPC), ensina que em caso de derrota do autor coletivo, somente as pessoas físicas, em caráter individual, poderão repetir a demanda. E acrescenta, como conclusão, que:

"a única técnica capaz, de harmonizar, de *constitutione lata*, as peculiaridades da coisa julgada no mandado de segurança coletivo com as garantias do devido processo legal, é a extensão do julgado *secundum eventum litis*. Em caso de sentença desfavorável, os interessados poderão mover demandas pessoais, a título individual" (ob. cit., pp. 292/295).

É evidente que a barreira da coisa julgada só se erguerá contra os legitimados anômalos se os fatos permanecerem estanques, na posição em que foram apreciados na ação pretérita. Se mudaram, ainda que minimamente, reaberto estará o caminho para nova impetração, individual ou coletiva, conforme opina Calmon de Passos (ob. cit., p. 70).

16. Conclusões

1.º) É difícil uma definição do que é *partido político*, máxime em razão da pluridimensionalidade enfrentada por tal instituição. Entretanto, como síntese das opiniões oferecidas por renomados doutrinadores, arrisca-se conceituar o partido político como agrupamento de pessoas, com forma jurídica pré-determinada, que comungam de uma linha ideal maior, objetivando ocupar, conservar ou influir estruturas de poder do Estado.

2.º) A teor do que dispõe a CF, art. 17, § 2.º, no Brasil os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, caracterizados como associações, já que, *para existirem, em primeiro* adquirem personalidade na forma da lei civil e posteriormente são registrados no Tribunal Superior Eleitoral.

3.º) Tomando-se em conta que a Constituição Federal, art. 17, § 1.º, consagrou a *autonomia* dos partidos políticos "para definir a sua

estrutura interna, organização e funcionamento, devendo os seus estatutos estabelecer normas de fidelidade partidária", não cabe ao diploma infraconstitucional regular quais os órgãos e as atividades destes no seio da agremiação. Destarte, entendo que não foi recepcionado pela vigente Carta Magna o art. 22 e seus parágrafos, da Lei n.º 5.682/71.

4.º) O mandado de segurança coletivo não é mais que um mandado de segurança individual com a legitimação ativa espalhada por entes dotados de representatividade social, elencados no art. 5.º, inciso LXX, *a e b*, da Constituição Federal.

5.º) Em razão da legitimação ativa excepcional do mandado de segurança coletivo, não há que confundir-se este com o mandado de segurança individual *phirimo*.

6.º) Os partidos políticos são legitimados extraordinariamente para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, na busca de proteção para direito líquido e certo, de cunho transindividual ou individual homogêneo. Inobstante, o objeto da impetração deverá estar contemplado, ainda que genericamente, no estatuto partidário. É desse liame entré o programa do partido e o direito material aviltado, que surge a *legitimação extraordinária excepcionada* na parte final do art. 6.º do Código de Processo Civil e conferida ao substituto processual.

7.º) *Legítimo*, na acepção laica da palavra, é tudo aquilo que é *autêntico e genuíno*. Daí a construção do instituto da *legitimidade "ad causam"*, que significa o direito que a parte tem de pedir ao Estado-Juiz a proteção jurisdicional para os seus interesses. Portanto, para deter a legitimação extraordinária para postular, em *nome próprio, a tutela de um direito material* alheio, em sede de mandado de segurança coletivo, é necessário que o partido político tenha em seu programa elementos de identidade com os interesses malferidos dos substituídos. Não deterá a legitimidade em comento, por exemplo, um partido que pregue a liberalização dos meios de produção e ajuize mandado de segurança coletivo tendente a obstar um plano governamental de privatização das empresas estatais.

8.º) É pressuposto processual da impetração do mandado de segurança coletivo a demonstração, já na inicial, do direito líquido e certo agastado pela ação ou omissão da autoridade. Fundado nessa exigência, é mister que o partido político impetrante acoste à exordial cópia dos seus estatutos, registrados no TSE

(art. 17, § 2.º, CF), demonstrando assim a identidade dos seus princípios com os interesses dos seus substituídos.

9.º) Pode representar judicialmente o partido político na impetração do mandado de segurança coletivo, qualquer órgão para tanto escolhido no estatuto partidário.

10.º) O partido político *sem* representação no Congresso Nacional pode impetrar mandado de segurança coletivo, como "associação legalmente constituída", nos termos do art. 5.º, LXX, *b*. Só que deverá estar constituído há pelo menos um ano e haverá que postular o *writ* em defesa dos interesses dos seus filiados.

11.º) Os partidos políticos podem impetrar mandado de segurança coletivo em prol de *interesses difusos*, desde que a matéria em questão esteja contemplada, pelo menos genericamente, no programa partidário.

12.º) É desnecessária a *autorização* dos substituídos processuais no mandado de segurança coletivo, para que o remédio seja requerido por partido político. A autorização é imprescindível em casos de *representação*, como por exemplo os do art. 5.º, XXI, CF, e não quando ocorra *substituição processual*, como acontece no art. 5.º, LXX, *a*, da Constituição Federal.

13.º) Não é exigida a existência ânua do partido político para impetrar mandado de segurança coletivo, a menos que aja como simples *associação*, consoante dito na 10.ª conclusão, *supra*.

14.º) O partido político pode figurar no pólo passivo do mandado de segurança coletivo, mesmo sendo pessoa jurídica de direito privado, pois atua no mundo jurídico-institucional por delegação estatal.

15.º) É competente para conhecer e julgar o mandado de segurança coletivo impetrado por partido político, o órgão judiciário que guardar *simetria com o órgão partidário em nível da estruturação de ambos*. Em regra, *v.g.*, o Diretório Nacional aforará mandado de segurança coletivo perante os Tribunais Superiores ou o STF e caberá aos Tribunais Regionais e aos Tribunais de Justiça conhecer de segurança coletiva buscada por Diretórios Regionais. Inobstante, tendo-se em conta o caráter nacional atribuído aos partidos políticos pelas Constituições, acho perfeitamente possível o Diretório Nacional de um destes ajuizar mandado de segurança coletivo em defesa apenas de interesses de substi-

tuídos domiciliados em certo Município, desde que atendidos os demais pressupostos do remédio.

16.º) Sempre que presente a possibilidade de ser atingido pela concessão do mandado de segurança coletivo, o partido político deverá integrar o pólo passivo da demanda, pena de nulidade e extinção do processo (Súmula 145 do ex-TFR).

17.º) O partido político pode aproveitar um mandado de segurança coletivo já ajuizado e nele ingressar como *litisconsorte ativo voluntário*, desde que satisfaça os demais requisitos para ser titular do *writ*. Da mesma sorte, pode o mandado de segurança que foi aforado individualmente transformar-se em coletivo, caso exista identidade entre o direito do impetrante singular e o direito da coletividade que será substituída pelo partido político.

18.º) Ao invés de figurar como autor da ação mandamental coletiva, pode o partido político apenas prestar *assistência* à parte ajuizante de *mandamus* (CPC, art. 50). Não pode, entretanto, ser *assistente litisconsorcial*, por não ser plausível que utilize a sede do mandado de segurança coletivo para obter, obliquamente, sentença que venha a "influir na relação jurídica entre ele e o adverso do assistido" (CPC, art. 54).

19.º) No mandado de segurança coletivo a *coisa julgada* produz efeitos *ultra partes*, sem que deva, entretanto, atingir indiscriminadamente os terceiros alheios à ação. Aplica-se, à extensão do julgado em mandado de segurança coletivo, o princípio *secundum eventum litis* de modo a permitir, em caso de sentença desfavorável, que os interessados ajuizem demandas pessoais, individualmente.

Bibliografia

- ACKEL FILHO, Diomar. "Writs constitucionais: "habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "Habeas Data", 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991.
- BARBI, Celso Agrícola. "As novas dimensões do mandado de segurança", in *Seleções Jurídicas, ADV/COAD*, Rio de Janeiro, abril/1989.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1988.

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, Rio de Janeiro, FGV, 1967.
- CALMON DE PASSOS, Elizabeth Nogueira. "Mandado de segurança coletivo, in *Informativo ADV/COAD*, Rio de Janeiro, 1992.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança, mandado de injunção, "Habeas Data"*, Rio de Janeiro. Forense, 1989.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. "Aspectos do mandado de segurança coletivo", Brasília. Direito e Justiça, *Correio Braziliense*, 24/8/92.
- . *Liminar na segurança individual e coletiva*, São Paulo, Revista Ajufe, março/junho de 1992.
- COSTA, Antônio Tito. *Recursos em matéria eleitoral*, São Paulo, RT, 1968.
- COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro. Liber Jus, 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Apontamentos sobre mandado de segurança*. Natal, CERN, 1984.
- DELGADO, José Augusto. "Aspectos da substituição processual". *Revista de Processo* n.º 47, São Paulo, RT, 1988.
- DIAS, Francisco Barros. "Substituição processual (algumas hipóteses da nova Constituição)", *Jurisprudência Brasileira*, v. 143, Curitiba, Juruá Ed., 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 8.^a ed., 1.º v., São Paulo, Saraiva, 1991.
- DIVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*, tradução de Cristiano Monteiro Oiticica, 2.^a ed., Rio de Janeiro, co-edição da Zahar Editores e da Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. "Mandado de segurança coletivo - legitimação e interesse", *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 103, São Paulo, Vellenich, 1992.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) aspectos polêmicos*. São Paulo, Malheiros, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991.
- GUIMARÃES, José Lázaro Alfrêdo. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*, Salvador.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Manual de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.
- MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no Direito Processual Civil*, São Paulo. RT 1983
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção*. "Habeas Datas", 13.^a ed., São Paulo, RT, 1989.
- MELO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 22.^a ed., São Paulo, Malheiros, 1992.
- NOBRE Jr., Edilson Pereira. "Algumas considerações sobre a medida, liminar em mandado de segurança", in *Jurisprudência Brasileira*, v. 163, Curitiba, Juruá, 1992.
- NUNES JÚNIOR, Walter. *Mandado de segurança contra ato judicial*. Natal, Nordeste Gráfica Ltda., 1990.
- PACHECO, José da Silva. *Ações constitucionais típicas*, 2.^a ed., São Paulo, RT, 1991.
- . "As ações constitucionais típicas na Constituição de 1988", in *Seleções Jurídicas ADV/COAD*, Rio de Janeiro, janeiro de 1989.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado das ações*, t. I, São Paulo, RT, 1970.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- SANTOS, Moacyr Amaral. "Natureza jurídica do mandado de segurança", *RDP*, v. 17.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 4.^a ed., São Paulo, RT, 1988.
- . *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8.^a ed., São Paulo, Malheiros, 1992.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Mandado de segurança: uma visão de conjunto", in *Mandados de Segurança e Injunção*, São Paulo, Saraiva, 1990.

———. *Código de Processo Civil anotado*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1992.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 7.^a ed., São Paulo, RT, 1990.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, introdução e parte geral*, 6.^a ed., v. I. São Paulo, RT, 1989.

A recente evolução da ação civil pública

Usos e abusos

Análise de sua patologia

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO

1. Da importância e das características do instituto. 2. Da recente patologia das ações civis públicas. 3. Conclusões.

1. Da importância e das características do instituto

Como vimos, a ação civil pública, na sua atual regulamentação constitucional e legal, constitui uma inovação e uma conquista para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à justiça de todas as classes sociais.

Cabe indicar, inicialmente, a existência de um certo parentesco entre o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, por serem remédios especiais, de natureza e origem constitucional, que se destacam e dissociam da técnica e até da filosofia tradicionais do processo civil clássico. Essa analogia entre os três institutos é, ao mesmo tempo, técnica e filosófica por se caracterizarem, todos eles, pelo fato de serem instrumentos de conteúdo mais denso¹, refletindo o aprimoramento institucional do Estado de direito, com alguma vinculação histórica com o *habeas corpus*, e destinando-se à proteção do indivíduo contra o poder público, no caso do mandado de segurança, ou para a defesa da sociedade, ou de seus membros, em casos especiais que justificam um procedimento mais rápido e a legitimidade extraordinária, como ocorre nas hipóteses das ilegalidades que ensejam a lesão do patrimônio público, justificando a propositura da ação popular, e da defe-

Arnoldo Wald é Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

¹ WALD, Arnoldo. *O Mandado de Segurança na Prática Judiciária*. 3.ª ed., Rio, Forense, 1968, n.º 40, pp. 111 e ss.

sa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos individuais, no caso da ação civil pública.

São institutos que honram a ciência jurídica brasileira e revelam a sensibilidade do legislador e do Poder Judiciário, em questões básicas ligadas à proteção dos direitos individuais, à moralidade administrativa, à ecologia, à proteção do consumidor e ao patrimônio cultural e artístico. Já tivemos o ensejo de afirmar que, do mesmo modo que um país adquire dimensões internacionais pela sua produção industrial ou pelo trabalho científico ou artístico nele realizado, a introdução de técnicas jurídicas mais sofisticadas para a proteção do indivíduo e o desenvolvimento da ciência jurídica, para este fim, constituem elementos indiscutíveis da grandeza e da importância de uma nação.

É por este motivo que um ilustre processualista espanhol já disse em relação ao mandado de segurança — mas a lição também se aplica, por analogia, à ação civil pública — que “os processualistas brasileiros sentem um verdadeiro fervor cívico em relação a esta instituição, comparável ao orgulho que os espanhóis sentem pelos processos forais de Aragão, os ingleses pelo *habeas corpus* e os mexicanos pelo amparo. Este entusiasmo se justifica plenamente e tem levado os juristas brasileiros a estudar o assunto sempre que lhes é dado apresentar teses ou relatórios em congressos internacionais ou colaborar em obras estrangeiras”.²

Na realidade, as várias novas técnicas processuais surgiram em virtude da necessidade de atender ou corrigir certas situações fáticas e determinados imperativos sociais. Assim, encontram a sua razão de ser:

a) na desigualdade das partes (enquanto o processo tradicional pressupõe a sua igualdade — que, em certos casos, se torna não mais uma presunção, mas uma ficção);

b) na necessidade de criação de mecanismo para a defesa dos grupos sociais (corpos intermediários), que são cada vez mais importantes na sociedade contemporânea, com substituição dos indivíduos pelos grupos e respectivas entidades representativas;

c) no papel que o processo assume como “instrumento de participação popular” na fis-

calização da aplicação do direito;

d) na necessidade de atendimento eficaz e rápido à justiça social.

Assim sendo e em virtude da sua finalidade, a ação civil pública já foi definida como sendo um “instrumento avançado da tutela jurisdicional”.

Houve, na realidade, uma revolução renovadora do processo, que se realizou meio século após a revolução que transformou o direito privado, ensejando a sua socialização e modernização.

É uma revolução que consistiu na criação de um novo direito processual, e surgiu, ao lado do direito tradicional, rompendo com alguns dos princípios, que tinham sido sedimentados, nos conflitos inter-individuais (Mauro Cappelletti).

Em determinados casos e áreas, sentiu-se a insuficiência das soluções tradicionais para assegurar a adequada tutela aos novos direitos que foram surgindo.

Os contratos de massas, vinculados à informática e à mudança de tipo de civilização, à concentração urbana e às relações cada vez mais desiguais entre as partes, passaram a exigir remédios de maior densidade e eficiência, sob pena de frustração da justiça.

Conseqüentemente, conceitos tradicionais, que eram válidos e importantes, para o direito clássico, foram renovados, pelo direito processual. Foi o que aconteceu com:

a) a legitimidade e a substituição processual;

b) os efeitos da sentença e a coisa julgada.

Essa revolução processual viabilizou a proteção dos direitos coletivos, anteriormente esquecidos ou cuja proteção estava sendo frustrada no esquema clássico.

Existe uma analogia entre essa renovação do processo e as evoluções que ocorreram, no direito privado, em relação a institutos como:

a) a responsabilidade civil, especialmente no tocante aos seus fundamentos, como a culpa e o risco;

b) a propriedade à qual se atribuiu função social;

c) o contrato, que sofreu maior flexibilização e passou, em certos casos, a ter efeitos eventuais contra terceiros e a ser suscetível de revisão judicial, etc., dele se destacando o contrato de trabalho, o contrato administrativo e a relação de consumo, que passaram a ter regimes especiais.

² ZAMORA, Niceto Alcalá. “El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero” in *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, publicação do Instituto de Derecho Comparado da Universidad Autónoma de México, 1963, p. 100.

As transformações sofridas pelo direito privado, como as decorrentes do direito judiciário, não significam o desaparecimento do direito clássico, mas a criação de um certo número de exceções às regras tradicionais. Assim, por exemplo, no tocante à responsabilidade civil, a culpa do autor do dano continua sendo o fundamento básico para que seja atribuída uma indenização à vítima, especialmente nas relações inter-individuais. A individualização da responsabilidade e da pena, que é conquista da civilização ocidental, com base em textos bíblicos, na filosofia grega e no direito romano, tornou-se, atualmente, imperativo constitucional (art. 5.º, incisos XLV e XLVI). Mas, nas relações entre os grupos ou entre o indivíduo e o grupo, a culpa deixou de ser o único fundamento para o ressarcimento do dano, admitindo-se o risco profissional e até a obrigação de indenizar em virtude do exercício de determinadas atividades. A necessidade da proteção da vítima ensejou a adoção excepcional da responsabilidade objetiva, quando o dano é causado pelas pessoas jurídicas de direito público e, ainda nas relações de transporte, nos danos causados pela energia nuclear etc...³

Temos, assim, no campo do direito civil, como no direito judiciário, a possibilidade da vigência simultânea, em áreas distintas, de normas jurídicas de natureza e estrutura diversas refletindo princípios jurídicos que nem sempre são os mesmos. Essas normas de conteúdo divergente e destinadas a reger, algumas, as situações gerais e, outras, as situações especiais ou específicas, não se contaminam, nem se comunicam necessariamente, embora possam exercer, umas sobre as outras, uma influência recíproca.

Assim, no decorrer da História, tivemos direitos comuns ou gerais, ao lado de direitos especiais. Foi o que aconteceu em Roma, quando, ao lado do *jus civile*, surgiram o direito pretoriano, de origem jurisprudencial, e o *jus gentium*, aplicável aos estrangeiros. Do mesmo modo, na Inglaterra, tivemos, por longo tempo, e ainda temos, a convivência da *common law* e da *Equity*. No direito continental europeu e no Brasil, o direito privado, que se concentrava tradicionalmente no direito civil, passou a se desmembrar de tal modo que este tornou-se o direito comum enquanto o direito comercial e o direito do trabalho passaram a ser os direitos

especiais, o último chegando a sair da órbita do direito privado para constituir, para alguns autores, um terceiro gênero, integrando o direito social.

A situação em matéria de direito processual é análoga, pois as novas normas não devem abalar, nem afastar as antigas, cada uma delas tendo uma área própria de incidência. Podemos, pois, afirmar que a socialização e modernização do direito material correspondeu a criação de um direito de ações coletivas no campo do processo. Foi o que o Professor Watanabe denominou a *molecularização* do direito judiciário, em oposição à anterior atomização do mesmo.⁴ Do mesmo modo que em determinados setores, os conceitos tradicionais do direito privado não mais atendiam plenamente à adequada proteção da vítima, como aconteceu em certos campos da responsabilidade civil⁵, também no plano processual, para assegurar a defesa de certos bens, valores e pessoas, foi necessário recorrer às ações coletivas.⁶

Do mesmo modo que a revolução do direito privado, que foi analisada por autores como Ripert, Savatier Morin e outros, a revolução processual é necessária e indispensável, mas, criando novos instrumentos, exige que sejam manejados com prudência, do mesmo modo que o são os antibióticos, pelos médicos, e as armas atômicas, pelos governos, e que sejam

⁴ WATANABE, Kazuo. "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense", in *As garantias do cidadão na Justiça*, obra coletiva organizada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, S. Paulo, Saraiva, 1993, p. 196.

⁵ Na década de 30, o Professor e Desembargador Virgílio de Sá Pereira clamava contra as injustiças decorrentes da não reparação dos danos causados pelos acidentes de bondes, ponderando que a vítima não recebia indenização, pois "os motomeiros (dos bondes) têm culpa, mas não têm dinheiro e a *Light* tem dinheiro mas não tem culpa" (*Decisões e Julgados*, p. 18 e WALD, Arnoldo. *Questões de Responsabilidade Civil*, Edições Cejup, 1990, p. 18). Deslocando-se da análise do comportamento do autor do dano para apreciar o direito da vítima, a teoria moderna assegura, a todos, a integridade física, à saúde e o direito à segurança (WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*, 10.ª ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1992, p. 512).

⁶ WATANABE, Kazuo. Artigo citado na nota 4. No mesmo sentido, MONIZ DE ARAGÃO, E.D. "O Código de Processo Civil e a Crise Processual", in *Revista de Direito Administrativo*, v. 187, pp. 37 a 47 e numerosos outros estudos sobre a importância crescente das ações coletivas.

³ WALD, Arnoldo. *A influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*, Rio. Imprensa Nacional, 1953, pp. 70 e ss.

mantidos, nos seus campos próprios de atividade, os instrumentos tradicionais e a dogmática clássica, que continuam a prestar relevantes serviços à ciência jurídica.

O uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas, como outrora do *habeas corpus*, dos interditos possessórios e do próprio mandado de segurança, podem constituir séria ameaça à ordem jurídica, e ensejar um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada, que é nocivo ao desenvolvimento do país. O risco apresentado é proporcional à densidade e efetividade do remédio, como está ocorrendo em relação às armas atômicas e aos antibióticos já antes referidos.

O uso desenfreado dos novos remédios pode ameaçar a manutenção da ordem jurídica e impedir o bom funcionamento da administração, da justiça e da economia. Já o insuspeito defensor das instituições democráticas e dos remédios processuais de maior densidade, que foi Hely Lopes Meirelles, teve o ensejo de salientar, há alguns anos atrás, na presente obra que:

“a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger.”⁷

E em nota de rodapé, acrescenta que:

“A experiência vem demonstrando que a vigente Lei de ação popular está a exigir uma completa reformulação em seu texto não só para conceituar melhor os seus objetivos como para agilizar o seu processamento e impedir que tais causas se eternizem na Justiça, sem julgamento numa perene ameaça aos administradores chamados a julgar.”⁸

A lição de Hely Lopes Meirelles aplica-se perfeitamente à atual utilização da ação civil pública na prática forense, como aliás demonstrou recentemente, em excelente artigo, intitulado “Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público”, o eminente Professor Rogério Lauria Tucci, que acaba de conquistar uma das cátedras de processo na Faculdade de Direito da USP.⁹

⁷ Ver o fim do capítulo 1 da 2ª parte.

⁸ Ob. e loc. cit. na nota anterior.

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. “Ação civil pública e

O mencionado artigo se inicia com as seguintes considerações:

“Este estudo resulta da verificação, em nossa vida forense cotidiana, da multiplicação de proposituras de ação civil pública, pelo MP, que parece pretender transformar o importante instituto jurídico numa autêntica “panacéia geral para toda e qualquer situação” nas palavras candentes (empregadas alhures, para o mandado de segurança) e bem apropriadas, de Kazuo Watanabe”.

Feitas essas ponderações, cabe lembrar que a introdução em nossa legislação da ação civil pública e dos seus princípios básicos não deve, nem pode atingir:

A) Os princípios constitucionais que garantem:

- a) o devido processo legal e o contraditório (devido processo legal substantivo e adjetivo);
- b) a separação dos poderes;
- c) as competências respectivas da União, dos Estados e Municípios;
- d) a área de competência de cada magistrado.

B) O resto do sistema processual tradicional, que continua em vigor, com as suas premissas e regras de procedimento, pois o direito especial não revoga o direito geral.

Como já assinalamos, do mesmo modo que houve o abuso do mandado de segurança, do qual se pretendeu fazer uma panacéia, há uma certa tendência, atualmente, de generalizar o uso da ação civil pública, sem que se atenda à sua verdadeira finalidade. No mandado de segurança, aos poucos, a lei, a jurisprudência e a doutrina foram firmando parâmetros para impedir o seu abuso, ou seja, a sua utilização como substituto de todas as demais ações, como modo de cobrança ou de restituição e como forma de modificar decisão judicial (a não ser nos casos de aberrações jurídicas ou para o fim de concessão de efeito suspensivo a recursos, em situações especiais), conforme se verifica pelas várias súmulas do Supremo Tribunal Federal que trataram da matéria (Súmulas n.ºs 101, 266, 268, 269, 271, 304, 429, 474 e 511). Uma condenável legislação recente de duvidosa constitucionalidade está até ameaçando a integridade do instituto, chegando ao extremo oposto.

Pode-se afirmar que a tendência de generalizar o uso do mandado de segurança fez com sua abusiva utilização pelo Ministério Público”, in *Ajuris* n.º 56, novembro 1992, pp. 35 a 55.

que perdesse a sua densidade e eficiência, ocorrendo, em certo sentido, uma aplicação da *Lei de Lavoisier* no campo jurídico. Efetivamente, a maior generalização no uso do remédio enseja a maior eficiência. Ficou, assim, ameaçado o instituto de se transformar numa verdadeira ação ordinária, em todos os sentidos. Na realidade, com a sobrecarga de processos, o mandado de segurança acabou só podendo ter efeitos imediatos, ou em tempo hábil, em virtude da concessão da medida liminar pois, para o julgamento do mérito do pedido a demora tornou-se, evidentemente, excessiva.

Cabe salientar, finalmente que, a defesa do mandado de segurança, que estamos fazendo há cerca de 40 anos, quando publicamos o nosso primeiro livro a respeito, e tanto da ação popular como de ação civil pública, é no sentido de *prestigiá-las, sem deturpá-las*.¹⁰

2. Da recente patologia das ações civis públicas

Ao examinar a recente evolução jurisprudencial das ações civis públicas, quatro aspectos merecem um exame especial:

1) as ações civis públicas intentadas com base na equidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação;

2) as ações civis públicas intentadas como substitutas das ações diretas de inconstitucionalidade;

3) as ações civis públicas nas quais o juiz se atribui jurisdição nacional;

4) as ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis, fora dos casos expressamente previstos pelo legislador.

A. As ações civis públicas e o direito material

A função do poder judiciário consiste em fazer observar em concreto as normas jurídicas existentes (Calamandrei)

A função judicante manifesta-se em dois atos, na lição de Kelsen, consistindo em:

a) estabelecer a existência de um ato qualificado como *antijurídico civil e penal*, por uma norma jurídica aplicável ao caso;

b) aplicar a sanção civil ou penal prevista em lei.

¹⁰ WALD, Arnoldo. *O mandado de segurança*, publicação do DASP, Rio de Janeiro, 1955.

Conclui-se que *o ato jurisdicional não é inovativo* (Calamandrei), constituindo tão-somente na especificação de norma preexistente (donde a irretroatividade da lei).

Existem, evidentemente, algumas exceções, tais como:

a) os dissídios coletivos previstos pela Constituição (art. 114, § 2.º);

b) outros casos específicos em que o próprio legislador manda expressamente aplicar a equidade (arts. 127 e 1.109 do CPC, art. 165 da Lei de Luvas, normas sobre arbitragem no CPC, art. 5.º da Lei das Pequenas Causas, art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor).

Mas, em princípio, a sentença não tem o conteúdo e o alcance da norma geral. Tal situação surge, todavia, na ação civil pública (ACP) em virtude do que dispõe o art. 11 da Lei n.º 7.347, que previu a possibilidade para o juiz de determinar, *erga omnes*, a prestação de uma atividade devida ou a abstenção de uma atividade nociva. Acontece que o art. 11 deve ser interpretado sistematicamente com o art. 5.º, II, da Constituição, de acordo com o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (em sentido formal). Assim, a *atividade devida, à qual se refere o texto legal, é a determinada por lei e a atividade nociva é tão-somente a ilegal e lesiva*.

Conseqüentemente, a ACP não é instrumento de equidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados pela lei. Por mais que a nossa legislação se refira a interesses difusos, aplica-se a lição de Cappelletti de acordo com a qual a ação pública protege:

“o interesse difuso, na medida em que a lei substantiva o transforma em direito.”

Neste sentido, também se manifesta a doutrina pátria, conforme se verifica pelo entendimento dos nossos mais eminentes administrativistas tais como:

1) Hely Lopes Meirelles:

“A Lei n.º 7.347 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em alguma norma de direito substantivo...” (terceira parte, capítulo 1.º da presente obra);

2) Caio Tácito:

“É lícito ao juiz, no desempenho da atividade jurisdicional, do controle dos atos administrativos, proceder ao exame

do ato, podendo anulá-lo... Fica-lhe vedado, porém, decidir quanto ao mérito do ato administrativo." (RDA 153/258).

Na jurisprudência, a matéria ficou muito clara em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no CA n.º 35, do qual trataremos logo em seguida, já referido na nota 10 no capítulo 1.º da 3.ª parte (RT 690/184).

O que se reconhece, no direito pátrio e estrangeiro, é a necessidade de leis de proteção a determinados bens jurídicos (consumidor, meio ambiente, direitos civis, mercado de capitais, criança e adolescente) para que possa funcionar o sistema processual em relação aos direitos coletivos e difusos. A modificação processual, por si só, não importou em alteração do direito substantivo, nem em criação de direito material, mas tão-somente na estruturação de instrumento adjetivo para a adequada e eficaz proteção dos direitos substantivos já existentes e legalmente consagrados.

Concluimos, pois, que a regulamentação processual da ACP não é auto-alimentável. Trata-se da criação e consagração de um instrumento processual da ordem jurídica, na qual o adjetivo, por mais importante que seja, não pode prescindir do substantivo.

Neste sentido, o pronunciamento do então Procurador-Geral e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no CA n.º 35, quando afirma:

"Não basta o equipamento processual para viabilizar a proteção daqueles interesses sociais que, sem lei, que os converta em direitos coletivos, o juiz entenda merecedores da proteção, ou, o que é pior, contra a lei que os proteja em determinada medida".¹¹

Na ementa do Parecer do Ministério Público, no CA n.º 35, consta o seguinte:

"Proteção jurisdicional dos interesses difusos, Lei n.º 7.347/85: limitação ao âmbito da função jurisdicional, que não permite ao juiz prestar tutela na ausência, em contrário, ou além da autorizada pela norma de direito material incidente."

O entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal acompanhou o parecer, tendo concluído que descabia a ação civil pública baseada na equidade.

¹¹ Ap. Memorial apresentando ao Supremo Tribunal Federal por Arnaldo Wald no "Conflito de Atribuições" n.º 35, p. 106.

No mencionado caso (CA n.º 35), em brilhante voto, com um certo sabor anecdótico, mas que bem retrata os riscos que a generalização ou o uso indiscriminado da ACP pode ensejar, o eminente Ministro Francisco Rezek teve o ensejo de salientar que não admitia a ação civil pública sem que fosse embasada em norma expressa de direito material. Afirmou S. Ex.ª que:

"Figuro a situação seguinte: amanhã o curador de interesses difusos, no Rio de Janeiro, dirige-se a uma das varas cíveis da capital, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o Ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso *curriculum* viria anexo.

Não é o fato de alguém dirigir-se ao foro que indica, a meu ver, que este alguém esteja pedindo a prestação jurisdicional, e sim o exato teor daquilo que se pede. Atenci, como de hábito, ao voto do eminente Ministro Célio Borja. Grande parte do meu convencimento, que se formou durante o debate, deve-se a elementos trazidos à mesa por Sua Excelência. Entretanto, o Ministro relator distinguiu, à luz do parecer do Ministério Público, no pedido vestibular, aquilo que teria por alvo uma forma qualquer de prestação jurisdicional, e aquilo em que a parte postulante não pediu ao magistrado que aplicasse a legislação existente – o produto do labor legislativo – ao caso concreto, mas que criasse a norma. Tal a hipótese, tendo sido possível fazer essa distinção, apreciaria acompanhar o voto do eminente relator."

A impropriedade da ação civil pública quando não fundada em norma legal expressa também tem sido reconhecida em despachos do eminente Presidente do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, Dr. Homar Cais, que, na suspensão de execução de *Liminar* n.º 1.336-SP (Reg. n.º 9303.25522-4), em 4-3-93 cassou liminar concedida em ação civil pública, movida pelo Ministério Público, contra a Caixa Econômica Federal, objetivando a revisão dos critérios de reajuste das prestações de financiamento pelo Plano de Equivalência Salarial (PES). Na sua decisão, salientou o douto magistrado que, considerando o pedido, tinha

"fundada dúvida quanto à idoneidade da ação civil pública para a obtenção

do pretendido resultado, bem como quanto à legitimação ativa do Ministério Público para intentá-la na defesa de interesses nitidamente privados.”

O mesmo ilustre magistrado também decidiu, em 10-3-93, na Suspensão de Segurança n.º 1.337-SP (Registro n.º 93.03.24380-3), sustar os efeitos de medida liminar concedida em ACP, na qual se alegava a inconstitucionalidade do art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 8.162, autorizando a movimentação, pelos servidores públicos federais dos saldos das contas vinculadas ao FGTS. No seu despacho, esclareceu o Juiz Homar Cais que:

“Inexistente litispêndência entre *ação direta de inconstitucionalidade* proposta perante o *Tribunal competente* e *ação civil pública* intentada perante juízo de primeiro grau, conquanto se procure por meio desta inserir-se em nosso sistema uma nova e inconveniente forma de controle de constitucionalidade. A verificação de tal ocorrência levou Arnaldo Wald a observar:

“Como a sentença proferida na ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*, entendemos que ela não pode ser utilizada com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, criando uma nova forma de controle não prevista, pela Constituição e que violaria os princípios básicos da Federação. Efetivamente, no sistema vigente admite-se o controle da constitucionalidade, no caso concreto, pelo juiz singular e, de forma geral e abstrata, pelo STF, ao julgar a ação de arguição de inconstitucionalidade. Ocorre que, recentemente, especialmente nos casos de liberação de cruzados bloqueados pelo Plano Collor e na discussão dos efeitos da Lei n.º 8.177, que regulamenta a correção monetária dos créditos do Sistema Financeiro da Habitação, vários juízes federais concederam *liminares* para suspender a aplicação da lei no âmbito de sua jurisdição. Tivemos, assim, leis federais que deixaram de ser aplicadas em vários Estados, *erga omnes*, infringindo-se as normas constitucionais que asseguram a identidade do direito federal aplicado em todo o País. Várias decisões dos Tribunais Regionais e do STJ acabaram suspendendo essas *liminares*. Na realidade, entendemos que a ação civil pública não pode ser um sucedâneo

local da ação de arguição de inconstitucionalidade, que tem foro próprio e exclusivo.” (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injução, Habeas Data*, 14.ª edição atualizada por Arnaldo Wald, pp. 126/127).

No caso específico não se pode deixar de atentar para o ato de que o Supremo Tribunal Federal está prestes a concluir o julgamento da ADIN n.º 613-4-DF, que examina a representação do Procurador-Geral da República sobre o § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 8.162/91. Tal circunstância, por evidente, não tem o condão de paralisar eventuais julgamentos de ações que versam o controle concentrado daquela regra, efeito não previsto em nosso sistema jurídico. Mas tratando-se, como se trata, de medida liminar de caráter nitidamente satisfatório, tudo aconselha a que se suspenda sua execução, em nome do princípio da segurança jurídica.”

Conclui-se que, somente em virtude de norma expressa de direito substantivo, é que pode ser proposta a ação civil pública, não cabendo extravazar desses limites, sob pena de deturpação do instituto.

B. *A ação civil pública não é forma paralela de declaração de inconstitucionalidade*

Acresce que, em várias oportunidades, a ação civil pública tem sido utilizada como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para o seu julgamento do juiz singular e não do Supremo Tribunal Federal, como manda a Constituição Federal.

Ora, conhecemos no direito brasileiro os controles abstrato e concreto. O abstrato é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e o concreto só se aplica em casos específicos ou de modo incidental. Como a decisão da ACP tem efeitos *erga omnes*, não pode ensejar o controle da constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Essa impossibilidade decorre da inviabilidade das duas conseqüências alternativas:

a) ou a inconstitucionalidade é *declarada localmente*, tão-somente na área de competência do juiz e, aplicando-se *erga omnes*, cria um direito substantivo estadual diferente do nacional e viola a Constituição que estabelece a

unidade do direito substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná;

b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo juiz, da função do Supremo Tribunal Federal.

O caráter excepcional do controle de constitucionalidade *in abstracto* foi salientado, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Moreira Alves, que a respeito afirmou:

“O controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o incidente *tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consecutório, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado.”¹²

O mesmo magistrado teve, ainda, o ensejo de esclarecer, em recente trabalho doutrinário, que:

“Por fim, a Constituição de 1988 – ao contrário da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que silenciaram sobre preceito semelhante existente na Emenda Constitucional n.º 16, de 1965 – declarou, no § 2.º do art. 125, que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”. Com isso, não há mais dúvida sobre se os Estados – como já o faziam sob o império da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 – podem adotar, na defesa das Constituições estaduais, o controle de constitucionalidade das normas estaduais e municipais em abstrato. E, na Reclamação n.º 337, julgada em 23.8.1990, o Supremo Tribunal Federal manteve sua jurisprudência anterior, no sentido de que não cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados processar e julgar ação direta em que se argúi a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, pois, em caso contrário, tendo

os acórdãos nessas ações eficácia *erga omnes*, a eles estaria vinculada a Suprema Corte, que, assim, não poderia exercer seu papel de guardião da Constituição Federal no controle difuso de constitucionalidade da lei municipal declarada inconstitucional em ação dessa natureza.”¹³

A tese do descabimento da utilização da ação civil pública para afastar normas inconstitucionais teve, aliás, o ensejo de ser defendida, em congresso do Ministério Público e em outros pronunciamentos, pelo Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes.

Por sua vez, vários acórdãos consideraram a ação imprópria para esse fim, destacando-se os acórdãos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que se manifestaram em ações civis públicas intentadas para que fosse devolvido aos contribuintes o IPTU inconstitucionalmente aumentado pelo Município. Neste sentido, decidiu a Egrégia Primeira Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ao apreciar a Apelação Cível n.º 191130194, em 10.12.1991, esclarecendo na ementa do acórdão que:

“Ação civil pública. Ação direta de inconstitucionalidade de tributo travestida de ação civil pública. Descabimento.”

O acórdão reconheceu que inexistia viabilidade da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos e acrescentou que também era imprópria a ação por pretender que fosse reconhecida uma inconstitucionalidade *erga omnes*. Foi a seguinte a conclusão da decisão:

“Existe ainda uma outra razão a conduzir o raciocínio para idêntico resultado. É que, em se tratando de tributo acobimado de inconstitucional, há a previsão constitucional da ação direta de inconstitucionalidade. O art. 102 da Constituição da República atribui ao STF, competência para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O art. 97 da Constituição estadual atribui ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato nor-

¹² RE n.º 91.740. RS in RTJ 93 (1) 461-462.

¹³ Ap. *As garantias do cidadão na Justiça*, obra coletiva coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ed. Saraiva, 1993, p. 14

mativo estadual perante a Constituição estadual e de lei municipal, perante a mesma e a Constituição Federal, inclusive por omissão. Ora, tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos produzem efeitos *erga omnes*.

Admitida, portanto, ação civil pública para obstar a cobrança de tributo havido por inconstitucional, abre-se a possibilidade de prolação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes*, o que resulta absurdo. Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação civil pública, julgada pelo Tribunal de Alçada, afirmando a inconstitucionalidade de um tributo municipal e uma outra ação, direta de inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça. Qual decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro lugar? A proferida por último? A proferida pelo Tribunal Superior? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade de se admitir a ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴

No sentido do descabimento da ação civil pública como substituta da ação de inconstitucionalidade, também manifestou-se o ilustre Presidente do TRF da 3.^a Região, Dr. Homar Cais, na já mencionada Suspensão de Segurança n.º 1.337 referente à ação civil pública, na qual foi alegada a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 8.162/91, no tocante à movimentação de saldos vinculados ao FGTS por funcionários públicos, em que nos honrou com citação de trecho que escrevemos a respeito (DOE, Poder Judiciário, Estado de São Paulo, de 12.3.1993, 63 (47), p. 107.

Por sua vez, a Juíza Annamaria Pimentel, da 3.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, concedeu, em 17-12-1990, medida liminar em mandado de segurança contra medida liminar concedida por juiz federal, em ação civil pública, que considerara inconstitucional a regulamentação do Banco Central, que fez depender a aplicação do art. 192, § 3.º da Constituição da promulgação de lei complementar (MS n.º 90.03.45384-5).

Na realidade, foram numerosas as ações ci-

vis públicas intentadas, em todo o País, seja para exigir a aplicação imediata do art. 192, § 3.º, da Constituição, alegando a inconstitucionalidade da regulamentação do Banco Central, que considerou que a mencionada norma não era auto-aplicável, dependendo de regulamentação legal, seja para o reconhecimento *erga omnes* da inconstitucionalidade dos vários diplomas legais, que regulamentaram a correção monetária nos últimos anos, e, em particular, em relação ao Plano Collor.

C. Extensão da jurisdição na ação civil pública

Problema mais delicado é o da extensão da jurisdição do magistrado na ACP, em virtude da redação da lei, que pode parecer ambígua, ao deixar de compatibilizar expressamente os princípios da competência funcional e territorial e a extensão de jurisdição do magistrado na ACP, ensejando interpretação divergentes na doutrina e na jurisprudência.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078/90, estabelece, em relação à justiça estadual, a competência do juiz do local onde ocorre o dano e, no caso de dano nacional ou regional, o da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93), aplicando-se a norma, em tese, a todos os casos de ACP, em virtude do disposto no art. 117 do CDC.

Se um único ato enseja danos nacionais ou regionais, a competência é do local onde foi sofrido o dano, ou da capital do Estado, mas se os prejuízos atingirem vários Estados, a liberdade de escolha de foro não deve ser ilimitada, quando pleiteada a indenização pela totalidade dos danos.

Assim, se, uma série de atos idênticos ou análogos são praticados em vários Estados ou Municípios e ensejam danos, a competência deve ser dos vários juizes, cada um competente, em relação aos atos praticados e danos sofridos na sua circunscrição judiciária, não se admitindo que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que a sua sentença proferida *erga omnes* possa alcançar os réus em todo o território nacional.

Há, aliás, decisão do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que não há conexão entre as ACP intentadas para o mesmo fim, nas várias regiões, que foi proferida no CC n.º 971 e cuja ementa é a seguinte:

“Inexiste conflito de competência quando juizes federais, ainda que vincu-

¹⁴ Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, n.º 81, pp. 216 a 219.

lados a Tribunais Regionais diversos, apreciam causas conexas em matéria de interesses difusos.”

Possibilidade de repercussões diferentes nos vários Estados. (Ementário do STJ n.º 2, ano 2, janeiro/abril 1992).

No mencionado acórdão, que se acha transcrito na obra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O Processo Civil no STJ*, e que trata da proibição do uso do metanol, prevaleceu o voto do Ministro Vicente Cernicchiaro, para quem:

“Dessa forma, considerando, especificamente, ainda que haja unidade entre as partes que estão litigando, argüem fato semelhante e buscam a mesma solicitação, eventual contradição, julgamentos diferentes, tanto no Primeiro Grau como no Segundo Grau de Jurisdição, através dos juízes dos Tribunais Federais Regionais, poderão ser revistos e unificados no Superior Tribunal de Justiça. Apenas para dar um exemplo, seria inteiramente lícito e perfeito que alguém promovesse demanda no Rio de Janeiro contra a União Federal, e outra pessoa, deduzindo a mesma causa de pedir, o fizesse em Brasília ou qualquer outra jurisdição federal. Isso não atrai necessariamente a prevenção; não atrai a unidade de juízos. As decisões poderão ser unificadas, agora, no Superior Tribunal de Justiça. Assim dispõe o comando constitucional.

Os processos desenvolver-se-ão separadamente. As respectivas decisões terão eficácia na jurisdição de cada juízo. Acrescente-se. Apesar de manifestações de dois Tribunais Regionais, que se restringiram a apreciar liminares, têm alcance apenas na jurisdição de cada juiz federal.”¹⁵

No mesmo sentido se pronunciou o Ministro Carlos Mário Velloso, reconhecendo implicitamente que a LACP e o CDC não tinham ampliado a jurisdição do juiz, ao afirmar que:

“O que deve ser dito é que temos, no momento, decisões divergentes proferidas por juízos competentes. Essas decisões divergentes, entretanto, haverão de existir, dada a regionalização da justiça federal. Oportunamente, esses entendimentos serão uniformizados por este

Superior Tribunal de Justiça, quando a matéria aqui chegar através dos recursos apropriados.

Enquanto isso não ocorre, repito é legítima a divergência, convindo a acentuar que foi o constituinte que o desejou, ao regionalizar a justiça federal. Lembro-me de que, nos trabalhos que antecederam à reforma judiciária – eu mesmo tive a oportunidade de participar de alguns deles, inclusive no âmbito do antigo Tribunal Federal de Recursos – essa questão veio à baila, e se dizia que essa questão pesava contra a regionalização: poderiam os Tribunais Regionais divergir entre eles, e enquanto o STJ não fosse chamado a se pronunciar, através dos recursos próprios, a divergência poderia causar problemas. Não obstante, o constituinte quis a regionalização, e agiu bem, pois as vantagens são muito maiores.

De modo que, Senhor Presidente, é possível entendimentos divergentes nas diversas regiões da justiça federal. Aliás, isso não é apenas da justiça federal. Também na justiça comum estadual isto poderá ocorrer, por isso que cada Estado tem o seu Tribunal de Justiça. E pode acontecer, também, na Justiça do Trabalho, porque também ela está regionalizada.”¹⁶

No mesmo sentido, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, Juiz Homar Cais, em despacho de 28.5.92, no Processo n.º 92.03.35198-7 (SS, 1307), salientou que não havia a possibilidade da decisão, proferida em ação civil pública, abranger os interessados em todo o território nacional, pois “há que se ter presente que jurisdição nacional têm apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A jurisdição dos juízes federais circunscreve-se ao âmbito do respectivo Estado e a dos Tribunais Regionais Federais espraia-se pela correspondente região, como decorre da Constituição Federal.”

Podemos, pois, concluir que nem a LACP, nem o CDC, afastam os princípios referentes à competência e jurisdição e as normas da organização judiciária, limitando-se a estabelecer normas especiais, para proteção do economicamente mais fraco (parecidas com as referentes à proteção do autor nas ações de alimentos etc...), não tendo criado uma competência naci-

¹⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, ob. cit. Ed. Saraiva. São Paulo, 1992, p.135.

¹⁶ Ob. cit. p. 137.

onal do juiz de 1.ª instância, quer pertença aos quadros da justiça federal ou estadual, quando julga as ações civis públicas.

No particular, diante das dúvidas suscitadas, impõe-se a necessidade de melhorar a legislação existente. Neste sentido, manifestou-se, aliás, recentemente, o Instituto de Estudos Avançados da USP, nas suas propostas para modificar alguns aspectos da estrutura do Poder Judiciário, propondo "centralizar, em Brasília, a competência para julgamento das ações coletivas, cujas decisões possam ter eficácia nacional ou interestadual" (*Gazeta Mercantil*, 1-7-93).

D. *Do descabimento da ACP para a defesa de direitos individuais homogêneos fora das hipóteses previstas nos três primeiros incisos do art. 1.º, da LACP (meio ambiente, consumidor, patrimônio público e social).*

Pela sua natureza, a ação civil pública só pode ser utilizada quando prevista legalmente, aplicando-se-lhe o princípio do *numerus clausus*. Assim, não cabe estender a sua atuação fora dos limites fixados pelo legislador, que não admite interpretações extensivas, nem analógicas.

Como o art. 1.º da LACP, com a redação que lhe deu o CDC, caracteriza as finalidades da ação civil pública nos seus três primeiros incisos (meio ambiente, defesa do consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) em relação a esses casos cabe a ACP para defesa de todos os direitos previstos pela legislação e em particular pelo CDC, abrangendo, pois, tanto os interesses difusos, quanto os coletivos e os individuais homogêneos, todos bem definidos e caracterizados no art. 81 do CDC.

A *contrário sensu*, o inciso IV do art. 1.º não determina a finalidade que deve ser protegida pela ação civil pública, admitindo que todas elas o seja, mas se refere tão-somente aos interesses que justificam a sua propositura ao reconhecer o seu cabimento no caso de danos causados tão-somente.

"IV. a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."

Assim sendo, o inciso IV exclui do âmbito da ação civil pública os interesses individuais homogêneos nos outros casos, ou seja, aqueles não previstos nos três primeiros incisos, acima referidos.

O problema abrange dois pontos:

a) a incompetência do Ministério Público

para intentar as ações para defesa de direito individual homogêneo (arts. 127 e 129, III da Constituição) que só se refere aos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, matéria da qual já tratamos no capítulo 2 da 3.ª parte (na nota 1);

b) a impropriedade da ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos, que não se enquadrem nos três incisos pela interpretação sistemática do art. 1.º, inciso IV, e do art. 81, que define os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, só se referindo o inciso IV, do art. 1.º aos dois primeiros (difusos e coletivos) e não aos direitos individuais homogêneos.

Alguns autores e membros do Ministério Público consideram que também os direitos civis homogêneos, fora dos casos dos três primeiros incisos do art. 1.º, poderiam ser defendidos em ação civil pública, invocando o art. 117 do CDC que introduziu, na LACP, o art. 21, com a seguinte redação:

"Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, *no que for cabível*, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

Esquecem-se, todavia, que a aplicação supletiva das normas do CDC à LACP só deve ocorrer, conforme determinação expressa do legislador, no que couber, ou seja, nos casos em que o mencionado diploma (LACP) admite a proteção de uma das espécies de direitos aos quais se refere o seu art. 1.º. Deve, pois, prevalecer a interpretação lógica e sistemática, que, em relação aos outros interesses e direitos (art. 1.º, IV), só admite a utilização da ação civil pública quando os mesmos forem coletivos ou difusos. Não há, pois, como aplicar, por analogia, o CDC para justificar a propositura da ação pública para defesa de direitos individuais homogêneos na hipótese do art. 1.º, IV, da LACP.

Descabe, assim, a ação civil pública, entre outros casos, para:

a) recuperação de imposto pago indevidamente (defendendo-se interesses individual homogêneo tributário do contribuinte);

b) anulação de operações financeiras (matéria que, conforme o caso, pode ser do âmbito da ação popular);

c) operações bancárias não referentes ao consumidor e, em particular, ações referentes a

depósitos feitos em bancos, sob qualquer forma, inclusive caderneta de poupança, por inexistir, no caso, serviço prestado pelo banco e remunerado pelo cliente, não sendo pois o banco um fornecedor, nem o cliente um consumidor. Examinando a operação de depósito, poder-se-ia até chegar à conclusão contrária, de que a pessoa que fornece o numerário é o cliente e quem o utiliza ou consome, do ponto de vista jurídico, é o banco, embora na realidade não haja o consumo do dinheiro emprestado, não se podendo confundir o consumo e a poupança.

d) obtenção e restituição de dinheiro desviado por funcionário ou autoridade pública.

É relevante a jurisprudência existente no sentido da interpretação que ora defendemos. Há vários acórdãos e sentenças que consideram o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) parte ilegítima *ad causam* e a ação civil pública como sendo imprópria no caso de discussão de questões fiscais, de financiamentos e de complementações de correção monetária.

Assim, um acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul considerou incabível a ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos, ao mesmo tempo que nela se discutia a constitucionalidade de normas locais. No referido julgado (AC 191130194 in JTARGS 81/216 e ss.) foi salientado que:

"A questão primordial, aqui, é outra e diz respeito ao próprio cabimento de ação civil pública, intentada com vistas à sustação da cobrança de tributo. O art. 1.º da Lei n.º 7.347, de 24.7.85, que disciplina a ação civil pública, dispõe: 'Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo'

(este inciso quarto, que restara excluído da Lei n.º 7.347, em decorrência de veto, veio a ser introduzido pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor - Lei n.º 8.078, de 11-9-90).

Da conjunção desses textos da Constituição e das leis, resulta indubitável o cabimento de ação civil pública para a

tutela do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor cultural e de outros interesses difusos ou coletivos. Com referência aos últimos, os únicos que importam aqui, é ineliminável a exigência de que se trata de interesses qualificáveis como difusos ou coletivos. A matéria já não apresenta, hoje, as dificuldades que apresentou no passado, em virtude de definição legal.

Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor, vem se preocupando com traçar limites entre direitos subjetivos e meros interesses, no que seguiu, aliás, a tendência da doutrina e jurisprudência modernas, traçou nitida distinção entre interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos individuais homogêneos.

Efetivamente, o art. 81, parágrafo único, do Código do Consumidor dispõe: "A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Destaca-se, assim, que os interesses ou direitos difusos e coletivos têm de comum a característica de serem transindividuais, de natureza indivisível. A divisibilidade apresenta-se, pois, como marco divisório entre os interesses difusos ou coletivos e os direitos individuais, homogêneos ou não. Interesses divisíveis, individualizáveis, podem qualificar-se como direitos individuais homogêneos jamais como interesses difusos ou coletivos.

Essa observação tem enorme importância no caso em exame, porque a Lei n.º 7.347/85 apenas admite ação civil pú-

blica nos casos acima indicados, ou seja, para a tutela do meio ambiente, para a tutela do consumidor, para a tutela de bens de valor cultural e para a tutela de "outros interesses difusos ou coletivos."

No âmbito dessa lei, não há lugar para ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos. Apenas no âmbito da defesa do consumidor, regulada pela Lei n.º 8.078, de 11-9-90, é que tem lugar essa extraordinária inovação que é a ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos."

Por sua vez, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teve o ensejo, ao julgar a Ap. Civ. n.º 88.156/2, da qual foi relator o Desembargador Bernardino Godinho, de decidir que:

"A via processual adequada para se obter a restituição de dinheiro desviado por prefeito municipal é a ação popular e não a ação civil pública..."

No seu voto, esclareceu o douto relator que:

"A Lei n.º 7.347/85 trata, portanto, de uma ação especial, destinada a proteger certos interesses difusos antes não amparados pelas ações já existentes, não obstante a evidência de que a todo direito corresponde uma ação. Mas é certo que, especificamente, inexistia disposição legal expressa que especificamente amparasse, com ação própria, os bens e direitos protegidos pela Lei n.º 7.347/85.

Ao determinar a que interesses se destinava especialmente garantir, nominando-os, e ao se referir, em seu art. 2.º, às ações a eles correspondentes, é óbvio que a lei não veio para amparar direitos já determinadamente objeto de ações já instituídas, como ocorre com a ação popular, por exemplo, de objetos tão claramente definidos como os da lei da ação civil pública.

Assim como a ação civil pública respondeu à evolução do tempo e da doutrina no sentido de dar tutela forte e explícita aos interesses difusos, mediante instituição de ação e autor institucional (CF, art. 129, III) à proteção do meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ação popular se destina já à invalidação de atos ou contratos administrativos, ou a eles equi-

parados, com resultados, que integram seu objeto, de natureza também repressiva e reparadora do dano decorrente daqueles abusos administrativos.

Na espécie, é lógico que o objeto da ação proposta – condenação do réu a reparar o dano, repondo o valor despendido – pressupõe a anulação do ato ou contrato por sua lesividade, e isso é próprio da ação popular, não se incluindo, outrossim, na previsão do art. 1.º da Lei n.º 7.347/85, a qual não veio para aperfeiçoar a Lei n.º 4.717/65, mas trouxe objeto próprio, inconfundível com o daquela.

A condenação em dinheiro prevista pelo art. 13 da Lei n.º 7.347, não é aquela de reposição aos cofres públicos de valores em dinheiro deles ilícitamente retirados; antes tem natureza mais ampla, que pode atingir conotação de mera sanção isolada ou cumulada com outro tipo de cominação na sentença.

Com razão a r. decisão recorrida, ao reconhecer a impropriedade da ação e ao fazer referência à ilegitimidade ativa, no caso de propositura da ação própria, ressalvado o direito do cidadão, como titular da ação. Confirmo-a, por seus próprios fundamentos, assim desprovenido o recurso."

São numerosas as decisões no mesmo sentido, inclusive em primeira instância, cabendo citar, entre outras, a decisão de 4.6.92, do juiz federal Roberto Luiz Ribeiro Haddad, que, no processo 92.0056114-4, em ação civil pública do IDEC para indenizar os contribuintes que pagaram o empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina ou álcool, extinguiu a ação, sem julgamento de mérito, em virtude da

"impossibilidade jurídica do pedido de ação civil pública para proteger direitos individuais".

Mais recentemente, em 23-7-93, o juiz de direito Osvaldo Capraro, em exercício na 11.ª Vara Cível, em São Paulo, considerou o IDEC parte ilegítima para propor ação civil pública na qual pleiteou a complementação da correção monetária que seria devida aos depositantes em caderneta de poupança, em virtude do Plano Collor (Processo n.º 622/93-1).

Os argumentos em sentido contrário, por mais cultos que sejam os seus autores, pretendem hipertrofiar o novo instituto e esquecem que, na medida em que ampliam desmedida e

injustificadamente a sua área de atuação, perde o mesmo em credibilidade, pureza e eficiência.

Nesse sentido, são muito oportunos os já invocados comentários do Professor Rogério Lauria Tucci, que após citar a jurisprudência mais ortodoxa que existe na matéria, condena a utilização abusiva da ação civil pública pelo Ministério Público (*Ajuris*, 56/49 e ss.).

Dessa orientação, aliás, não discrepa o Professor e Desembargador Kazuo Watanabe, quando afirma que

“da correta propositura das demandas coletivas dependerá o êxito de todo o instrumental processual criado pela Lei nº 7.347/85, pelo CDC e por outras leis especiais.”¹⁷

3. Conclusões

Assim sendo e resumindo a evolução recente da melhor doutrina e jurisprudência a respeito da matéria, podemos concluir que:

1. *A ACP não deve substituir outras ações, só devendo ser usada quando inexistente outro instrumento processual para o fim almejado.*

2. *Não deve ser “panacéia para toda e qualquer situação”.*

3. *A sua utilização é excepcional (RTJ ESP/117/42), “devendo ser entendida nos seus justos limites.”*

4. *Sendo um remédio excepcional, não deve ser ampliada a sua atuação fora dos casos legalmente previstos, que constituem em verdadeiro numerus clausus, aplicando-se o princípio da taxatividade.*

5. *Não pode a decisão proferida ultrapassar a área de jurisdição do juiz que julga o feito.*

6. *Conseqüentemente, uma atenção especial deve ser dada ao deferimento ou indeferimento da petição inicial na ACP, ocasião na qual já deve ser apreciada, numa visão preliminar, a competência do juiz, a possibilidade jurídica do pedido, a improriedade da ação e a legitimação das partes, até pelos prejuízos irreparáveis ou dificilmente reparáveis que podem advir da simples propositura da ação.*

7. *Como a nova legislação criou um direito especial, que vigora paralelamente com o direito comum, a sua interpretação deve ser restrita aos casos que abrange, não se devendo aplicar*

as suas regras – nem mesmo por analogia – ao direito tradicional, que continua com uma sistemática própria de normas e valores.

8. *As decisões judiciais, em ACP, devem dar especial atenção ao respeito ao princípio do devido processo legal substantivo e adjetivo.*

9. *Sempre que o interesse público for federal, a ação deve correr na justiça federal (matéria monetária regida pelo Banco Central, decisão contra o Banco Central nos casos de bloqueio de cruzados novos em que se pedia também a isenção do IOF e a diferença da correção monetária, assim como casos que envolvem a jurisdição administrativa do Banco Central e da CVM e interesses individuais, nos chamados casos de atos bifaces, como a incorporação de bancos etc...).*

10. *A interpretação do conceito de patrimônio público e social ao qual se refere o art. 129, III, da Constituição pode ser ampla, abrangendo interesses materiais e morais, ou seja, direitos “espiritualmente valiosos” (RTJRGS, 151, p. 611 e ss.).*

11. *Como salientado por Rogério Tucci, estamos numa fase em que ocorre “a imperiosidade da conscientização da verdadeira utilidade da ação civil pública” (Ajuris 56/54).*

Dizia Ripert que as grandes revoluções somente se concretizam com a elaboração de leis que consolidam as suas conquistas. Podemos acrescentar que essas conquistas legislativas de nada valem se não se transformarem em realidades asseguradas pelas decisões do Poder Judiciário.

Cabe, pois, a interpretar a lei, em sentenças e acórdãos que revelem, ao mesmo tempo a firmeza, energia e a independência dos magistrados e, por outro lado, a serenidade do julgador, a visão social e econômica dos problemas e o respeito à lei e à Constituição.

Só assim poderemos, numa época em que necessitamos restabelecer a prevalência dos princípios éticos, fazer com que o direito exerça a sua função primordial, que consiste em subordinar a economia e o poder público aos princípios básicos da moralidade administrativa e da justiça comutativa e distributiva, num clima de ordem e segurança jurídica.

¹⁷ “Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”, in *As garantias do cidadão na justiça*, já citado, p. 196.

Honorários advocatícios em mandado de segurança

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

SUMÁRIO

A Súmula n.º 512 do STF. Antecedentes. Sucumbência e mandado de segurança. Ação sem réu? Parte passiva na ação de segurança. Argumentos favoráveis e contra à aplicação da regra da sucumbência. Conclusão no sentido da manutenção do verbete.

Há mais de duas décadas o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula n.º 512, segundo a qual “não cabe condenação em honorários na ação de mandado de segurança”.

Trata-se de verbete com o qual nunca se conformou a doutrina majoritária. De tempos em tempos, doutrinadores, juízes e tribunais, estes, através de acórdãos ou votos vencidos, têm revelado posicionamento contrário à orientação por ele adotada.

Agora, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo da interpretação da lei federal, a matéria voltou à baila.

Toda controvérsia surgiu com a edição da Lei n.º 4.632, de 16.5.65, que deu nova redação ao art. 64 do CPC/39, adotando o princípio da sucumbência ou sucumbimento, mantido pelo art. 20 da atual Lei Adjetiva Civil. Eis o seu texto:

“A sentença final da causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários de advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55”.

Na sua redação primitiva, o transcrito dispositivo vinculava a condenação em honorários à existência de “dolo ou culpa, contratual ou extracontratual”.

Acontece que o mandado de segurança foi, inicialmente, regulado pelo CPC/39 (arts. 319 a 331). Posteriormente, passou a ser regido pela

Antônio de Pádua Ribeiro é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor Titular de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da AEU-DF (licenciado).

Lei n.º 1.533, de 31.12.51, cujo art. 20 revogou expressamente "os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto e mais disposições em contrário".

Daí a indagativa: a regra codificada da sucumbência é extensiva ao mandado de segurança?

Exposição feita em 27.5.93, no auditório do Instituto dos Advogados de São Paulo.

A resposta à questão pressupõe diversas considerações, muitas das quais com significativos reflexos doutrinários.

Saliente-se, de início, que, segundo o art. 322 do CPC/39, o juiz, ao despachar a exordial do mandado de segurança, ordenava não somente a notificação do coator, mas também a citação do representante legal da pessoa de direito público interessada. Já a Lei n.º 1.533/51 cinge-se a determinar que o juiz, ao despachar a inicial, deve apenas notificar o coator para que preste informações (art. 7.º, I). Terá o novo dispositivo eliminado a figura do réu?

Sustentam alguns, como Cândido de Oliveira Neto, que o mandado de segurança é uma ação sem réu, porquanto "o coator não é réu, e assim suas informações não são ato de defesa, não precisando ser subscritas por advogado". "A pessoa jurídica de direito público está decididamente proibida de intervir no processo até a sentença definitiva"¹. "Somente na instância de recurso é que a Lei n.º 1.533 cogita da existência das partes recorrentes, ou seja, o próprio autor sucumbente, ou os terceiros interessados, entre os quais a pessoa de direito público ou delegada", acrescenta o Desembargador Bulhões Carvalho, aduzindo a seguir: "Essa singular situação em que foi estruturado o mandado de segurança em que, na primeira fase, até a sentença, não cogita de réu nem de partes, impossibilita, evidentemente, a aplicação do art. 64 do CPC, e que ordena que a parte vencida seja condenada a pagar honorários à parte vencedora"². Seria, como assinala Celso Agrícola Barbi, como a lei tivesse "transformado o mandado de segurança em processo inquisitório, sem partes, no qual a autoridade pública, em

vez de defender, apenas informa"³.

Será, porém, admissível ação sem réu? Para os que respondem negativamente à pergunta, e que hoje integram a corrente majoritária, cumpre definir qual a parte passiva no mandado de segurança: a autoridade coatora ou a pessoa jurídica a que integra como órgão?

Essa definição é relevante, pois se condenada a pagar honorários advocatícios é a parte vencida, quem deverá ser condenada a pagá-los, a autoridade coatora ou a pessoa jurídica de direito público?

Sobre a palpitante questão, em trabalho que escrevi sobre o tema, após filiar-me à doutrina no sentido de que o mandado de segurança é uma ação que, como qualquer outra, assume a feição declaratória, constitutiva ou condenatória, disse:

"O impetrado é a autoridade coatora, que figura no processo como *substituto processual* da pessoa jurídica de direito público, e, portanto, como parte em sentido formal. Parte em sentido material é a pessoa jurídica da qual a autoridade coatora é órgão. Tal colocação da autoridade coatora como substituto processual não é referida, em geral, pelos doutrinadores. Quem a propôs, de forma magistral, foi o insigne Amaral Santos.

Tal posicionamento da autoridade coatora é convincente, pois, na verdade, não funciona em defesa de direito próprio, mas alheio. Ademais, permite resolver importantes questões processuais. Primeiramente, é de ver-se que a sentença contra o *substituto processual* atinge o *substituído*. De outra parte, nada impede que a pessoa jurídica ingresse no processo como litisconsorte da autoridade coatora.

Aliás, há caso em que a autoridade coatora pode-se confundir com o próprio representante do ente público; é o caso dos prefeitos. Isso não se dá quanto aos chefes dos Executivos, federal e estaduais, pois estes não representam em juízo as entidades que governam; quem as representa são os seus procuradores (CPC, art. 12, I)."⁴

¹ "Mandado de Segurança", in *Dicionário Enciclopédico do direito Brasileiro*, verbete citado.

² Voto vencido no Mandado de Segurança n.º 3.129, proferido no Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, in *Revista de Direito Público* n.º 19, pp. 215-225 e *Revista dos Tribunais*, v. 438, pp. 297-305.

³ *Do Mandado de Segurança*, pp. 107 e seguintes, Forense, 2.ª ed., 1966.

⁴ "Mandado de Segurança: alguns aspectos atuais" in *Mandados de Segurança e de injunção*, p. 154, Saraiva, 1990.

Para os que assim entendem, sob tal aspecto substancial, não há óbice para que haja condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança. Todavia, empecos à tal conclusão são alinhados com apoio na legislação.

Sustenta-se, quanto aos processos regulados por lei especial, que só se aplica subsidiariamente o CPC quando expressamente o Diploma Legal pertinente determinar. Com tal entendimento, o Supremo aprovou a Súmula n.º 519, concluindo que se aplica "aos executivos fiscais o princípio da sucumbência a que se refere o art. 64 do CPC". Decidiu aprová-la à vista do art. 76 do Decreto-Lei n.º 960, de 1938.

Acontece que tal argumento não pode ser acolhido quanto ao mandado de segurança, pois, como antes assinalado, a lei que o regula diz, no seu art. 19, que "aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio", sendo expresso o seu art. 20, no sentido de que "revogam-se os dispositivos do CPC sobre o assunto e mais disposições em contrário".

Contra argumenta o culto Barbosa Moreira aduzindo que "o direito processual civil cristalizado no Código é *direito processual civil comum*, que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre a área deixada em branco pela legislação específica, na medida em que seja com esta compatível". Em reforço dessa fundamentação, colaciona a citada Súmula n.º 519 do Supremo, mas que, pelos motivos antes assinalados, não serve de suporte *data venia* à sua conclusão. Trata-se, pois, de importante argumento doutrinário apenas.

Há, ainda, argumento contrário à condenação em honorário advocatícios em mandado de segurança, resumido por Barbosa Moreira e por ele próprio bem respondido. Afirma-se que "o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, na qualidade de funcionário, já recebe dela o *estipêndio correspondente ao seu cargo*, e com isso está recompensado de todos os serviços nos processos em que a defende". Após analisar esse argumento, aduz, com total razão, que é falso em si mesmo, porquanto "a obrigação de pagar honorários, resultante do sucumbimento, não se caracteriza como obrigação de recompensar serviços prestados. O advogado da parte vencedora presta acaso serviços à parte vencida? É óbvio que não. "O fato constitutivo do dever de pagar honorários, para a parte vencida, não se há identificar, senão no

próprio fato de ter sido derrotada".

Favoráveis à condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança, argumentam outros, como o ilustre Ministro Garcia Vieira, que "na ação civil pública e, na ação popular, ambas de índole constitucional, é prevista a condenação em honorários advocatícios, até do autor"⁵. Todavia, esse argumento não pode ser aceito, salvo quanto aos aspectos doutrinários que encerram, porquanto, nas citadas ações, a matéria é expressamente regulada nas leis de regência e na própria Constituição.

No contexto assinalado, divisamos, até o momento, escólios doutrinários relevantes, mas que, a nosso ver, não infirmam, os argumentos que ensejaram a edição da Súmula n.º 512 do Supremo. Com efeito, compulsando os debates travados por ocasião do julgamento do RE 61.097-SP (RTJ 51/805) e RMS 17.847 (E. Decl.) (RTJ 47/777), deduz-se que os argumentos doutrinários, brilhantemente sustentados pelos insignes Ministros Amaral Santos, Aduauto Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro, ficaram vencidos. Prevaleceram, em suma, os argumentos contrários, no sentido de que "a regra da sucumbência, inscrita no art. 64 do Código do Processo Civil, não se pode estender, a não ser quando a lei especial manda aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, como acontece nos executivos fiscais. O Decreto-Lei n.º 960, de 17.12.68, no seu art. 76, determina a aplicação subsidiária da legislação processual. Mas isso não acontece no mandado de segurança, pela natureza especial dessa ação", argumentou o insigne Ministro Eloy da Rocha, para acrescentar que "não há condenação, em nenhuma hipótese, ao pagamento de honorários advocatícios, no mandado de segurança, como no *habeas corpus*, duas medidas que constituem duas garantias constitucionais irmãs".

Em tal panorama, penso que o melhor posicionamento é o de manter a orientação consagrada *no verbete*, porquanto, quando da sua edição, todos os argumentos, ora renovados, foram, em linhas gerais, considerados, prevalecendo a orientação nele traduzida.

Para encerrar, trago um argumento a mais pela manutenção da Súmula, embora de ordem

⁵ "Mandado de Segurança e Condenação em Honorários de Advogado", in *Revista de Direito Público do Estado da Guanabara*, n.º 23, pp. 50-59, 1970.

⁶ Estudo anexo ao voto proferido no "Mandado de Segurança n.º 335-DI", in *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n.º 10, pp. 271-276.

prática: admitir-se a condenação em honorários em mandado de segurança ensejará, em última análise, o congestionamento do Judiciário. Tantas serão as condenações quanto as seguranças impetradas. Todos os feitos pertinentes, concessivos ou não da ordem, ou mesmo extintivos do processo, passarão sempre a ensejar a liquidação de sentença para a execução dos honorários, com todos os problemas daí derivados: expedição de precatórios, atualização sucessiva de cálculos, impugnação às contas, recursos, etc. Nesse contexto, resulta claro que, embora as ações de segurança não percam a sua magnitude de garantia constitucional, despir-se-ão de parte da sua grandiosidade, por-

quanto o seu respectivo processo deixará sempre um resíduo, de alto poder poluidor, cujo saneamento só poderá ser feito a custa do alto preço decorrente da maior demora na administração da justiça.

Em conclusão: não há olvidar que o direito é dinâmico e que as súmulas da nossa jurisprudência refletem apenas a orientação prevalente dos Tribunais sobre a deslinde de determinada controvérsia; não têm força vinculativa e, por isso, em certos casos, têm sido alteradas ou revogadas. Na hipótese, porém, creio que a melhor solução a seguir é a adotada pelo direito anglo-saxônico: *stare decisis et quieta non movere*.

A questão da autonomia do direito aeronáutico

RONALDO POLETTI

SUMÁRIO

1. O problema na Teoria Geral do Direito. Tópica e sistema. 2. Nome e conceito da disciplina. Definições restritas. 3. A complementariedade das normas. 4. A discussão da autonomia do Direito Comercial. 5. A dicotomia direito público/privado. 6. Autonomias legislativa, didática e científica. 7. A problemática das fontes. 8. A evolução histórica do direito aeronáutico. 9. Os princípios aplicados à questão da autonomia. 10. A tensão entre o sistema romanista e o do "Common law". 11. O conteúdo do direito aeronáutico (civil, comercial, processual, administrativo). 12. Direito de navegação marítima e aeronáutica. 13. A publicização do direito aeronáutico. As fontes formais. A formulação dos princípios. A internacionalização. 14. Conclusões.

1. O problema na Teoria Geral do Direito. Tópica e sistema

Qual a colaboração possível da Teoria Geral do Direito para a discussão da autonomia do direito aeronáutico? O interesse de cuidar-se do direito aeronáutico, não do prisma de um especialista, mas de um teórico, somente se justifica no campo metodológico e epistemológico.

Na verdade, há duas maneiras de fazer-se ciência do direito: a tópica e a sistemática. Há uma técnica voltada para o pensamento problemático e outra para o sistemático. Pela primeira, o estudo teórico, i. e., dos problemas, leva-nos a determinadas conclusões, as quais, sem encontrarem uma sistematicidade abrangente, nos oferecem material para a invenção. Pelo sistema, aplicamos a lógica tradicional, utilizando-nos basicamente da dedução, de maneira que a partir de determinados axiomas e princípios, postos mais ou menos por uma razão apriorística, sejam desdobrados outros corolários, em um todo harmônico, possibilitando-nos uma

Ronaldo Poletti é Professor da Universidade de Brasília, Advogado, Diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da UnB, Antigo Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Ex-Consultor Geral da República, Ex-Consultor Jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

Texto básico de conferência proferida na Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial, no Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1993

compreensão coerente daquele setor do conhecimento jurídico.

No entanto, a *tópica* e o sistema dependem da existência de um campo cognoscível definido ou, em outras palavras, sua efetivação está condicionada à existência da disciplina jurídica a que se referem. Em nosso caso, o método depende da existência do direito aeronáutico, ou da sua autonomia em relação aos outros campos do conhecimento científico do Direito. Como de qualquer maneira a ciência do direito aeronáutico é incipiente, pois se discute mesmo a sua existência, o método teórico de pensar problemas, dentre eles o da própria autonomia, parece ser o caminho mais seguro antes de qualquer tentativa de sistematização. Esse segundo caminho implica a formulação de axiomas-base sobre os quais, ou dos quais, são deduzidas as conseqüências necessárias. Assim, se aquela base ruir, toda a estrutura cairá. A discussão de problemas específicos, todavia, sempre possibilitará uma continuidade na formulação teórica de uma disciplina jurídica.

Dessa maneira, a contribuição possível da Teoria Geral do Direito restringe-se à discussão sobre o problema *tópico* da autonomia do direito aeronáutico, partindo de certo panorama de seu desenvolvimento histórico, de algumas considerações sobre as fontes, dos critérios para lograr-se a autonomia, tendo em vista os seus variados aspectos, visando, como objetivo final, traçar notas suscetíveis de traduzirem a autonomia do direito aeronáutico, ou, pelo menos, suscitarem a sua construção dogmática.

2. Nome e conceito da disciplina. Definições restritas

Com isso, afastem-se, desde agora, as questões do nome e do conceito.

A primeira por parecer irrelevante salvo a referência, ou não, ao termo "espacial", porque isso inclui a discussão sobre o objeto da ciência mesma e a fusão dos campos "aeronáutico" e "espacial". Assim, se o direito, a que nos estamos referindo, deve chamar-se "direito aeronáutico" ou "direito aéreo" não tem maior relevância, mas se ao nome acrescentar-se "espacial", ou "astronáutico", ou "telecomunicações", a denominação passa, em si, a constituir outro problema consistente na abrangência do objeto do estudo, com os seus desdobramentos no tocante à discussão da autonomia.

Quanto ao conceito, nunca é demais lembrar o conselho dos latinos: definir as coisas

em direito é sempre perigoso. A definição é uma operação da lógica, que implica necessariamente um rigor, o qual é incompatível com a própria problemática da autonomia. Definir significa, exatamente, estabelecer os limites; envolve a diferença específica entre as coisas classificadas no gênero próximo: pressupõe uma oração reveladora do que a coisa é e porque ela se distingue das outras. A definição é, invariavelmente, uma revelação da essência. Ora, se o conceito for possível, a questão da autonomia do direito aeronáutico estará resolvida, porque dele teremos uma *idéia clara e segura*. O enigma estará resolvido, uma vez que, partindo do pressuposto de que o conceito está correto, a existência do direito aeronáutico estará demonstrada. Com o conceito, a autonomia estará demonstrada, enquanto a crítica vitoriosa, em relação a cada conceito formulado, terá como corolário afastar a celebração da autonomia, ou, pelo menos, não admiti-la por aquele caminho.

Assim, por exemplo, uma definição que afirma o direito aeronáutico como integrado, tão somente por "normas", sofrerá a objeção de que, também, os "princípios" e "os usos e costumes" dele fazem parte. Uma outra, que o classifique como público ou como privado, ou como um e outro conjuntamente, ensejará uma séria *intempérie* que envolve a problemática dessa classificação e, até, seus elementos ontológicos. Restringir o conceito à navegação gerará o seu comprometimento com o direito marítimo; mencioná-lo como tendo por objeto o movimento das aeronaves em relação com as outras coisas, as pessoas e a terra, estar-se-á justificando a existência de outros "direitos" decorrentes do movimento ou não-movimento de coisas nas suas relações com outras coisas, pessoas e terra (v.g. "direito automobilístico", "direito florestal", "direito motociclístico", e assim por diante). Se o conceituarmos como direito "nacional" teremos tantos argumentos contra quantos os contrários à *idéia* de considerá-lo como "internacional". Examiná-lo como conjunto de leis, correríamos o risco de diminuir a majestade do Direito. Vinculá-lo às relações ensejadas pela aeronave, teríamos dificuldade porque, obviamente, aeronave somente poder ser "objeto" de direito, não "sujeito" de relações jurídicas, além do que nem todas "as relações" suscitadas pela utilização e circulação de aeronave seriam disciplinadas pelo direito aeronáutico. (V. Salinas, *Manual de Derecho Aeronáutico*. Barcelona, Bosh, 1944, a propósito dos conceitos de Ambrosini, Cogliolo, Gay de Montellá,

Wegerdt e do próprio Salinas.)

Assim sendo, excluindo o conceito e o nome da disciplina, convém dividir o tema em duas grandes partes, a saber: na primeira, um levantamento do que dispomos em termos de evolução histórica, bem como dos critérios necessários para o estudo da autonomia e da problemática das fontes, i. e., na primeira parte serão colocados os pressupostos; na segunda, as referências à possibilidade de conclusões em face do que se estabeleceu na primeira parte.

3. A complementariedade das normas

A questão da autonomia impõe uma postura crítica necessária, aguçada em face da posição de quem defende a unidade do Direito: nenhuma disciplina seria autônoma, em face da complementariedade das normas inseridas no ordenamento jurídico. No Direito Romano, por exemplo, não havia de falar-se em disciplinas jurídicas, como, hoje, nós as denominamos. Até mesmo a divisão direito público/direito privado, que herdamos dos maiores juristas da história, constitui, ainda, questão tormentosa, na qual se discute a sua compatibilidade com o direito clássico e as fontes pré-justinianéias. Inobstante isso, há a unidade na diversidade, i. e., há uma base única da qual saem os desdobramentos diferentes. A autonomia do próprio direito comercial é discutível, apesar da sua considerável tradição. Isso pode dar uma idéia da dificuldade do tema da autonomia do direito aeronáutico.

4. A discussão da autonomia do Direito Comercial

Quanto ao Direito Comercial, o nosso grande Teixeira de Freitas foi o precursor do movimento unificador do direito privado, precedendo de muitos anos a *Vivante*, segundo concluiu o próprio Tullio Ascarelli.

Vivante, muitos anos depois, retrocedeu e renunciou às idéias de sua juventude, passando a defender a autonomia do Direito Comercial. (Cf. Ferreira, Waldemar Martins, *Instituições de Direito Comercial*, 1.º v., 2.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, pp. 94 e ss.; v. tb. Requião, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, 1.º v. 20.ª ed. São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 17 e ss.).

Indispensável é fixar critérios para justificar-se a autonomia do direito aeronáutico, i. e., discuti-la nos seus fundamentos e pressupostos, afastados os argumentos de autoridade.

5. A dicotomia direito público/privado

Se não houver autonomia, sequer a classificação do direito aeronáutico, como direito pú-

blico ou privado, terá algum significado, inobstante haver muitas disciplinas insuscetíveis de classificação. De qualquer maneira, ser considerado o direito aeronáutico, como público ou privado, repercute praticamente, v.g. na aplicação das normas, fundada em uma interpretação própria, e na adoção do princípio fundamental das normas de ordem pública: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. 2. 14. 38. Papinianus II *questionum*).

A classificação do ramo do Direito em público ou privado, por sua vez, inclui o critério da distinção. Dentre as teorias que explicam a dicotomia, algumas não servem à finalidade de situar o direito aeronáutico, como as que a consideram uma categoria apriorística da razão ou a que a superam, na concepção de Kant, para quem todo o direito é público, após o contrato social gerador do Estado, bem como na teoria de Kelsen, que visualiza no Estado o único produtor da norma-objeto da ciência jurídica. Afaste-se, outrossim, o conceito romano do *ius publicum*, o direito votado pelo *populus*.

As explicações, porém, da dicotomia referidas ao "interesse", às "explicações políticas", à "natureza da relação jurídica", podem ajudar a dogmática do direito aeronáutico, para não falar do eventual caráter didático da distinção direito público/privado, desde a sua origem, conforme o famoso texto atribuído a Ulpiano.

6. Autonomias legislativa, didática e científica

A autonomia de uma disciplina jurídica pode ser visualizada em três níveis: a política legislativa; a de fins acadêmicos e didáticos e a científica.

Quanto à política legislativa, basta examinar a *previsão constitucional de leis especiais* e próprias para disciplinar determinada matéria, bem como a existência dessas leis, independentemente de sua denominação de "código", ou de "consolidação" ou outra qualquer. Na verdade, chamar de código uma lei revela uma certa pretensão injustificável se a matéria legislativa não representar um conjunto harmônico de normas e princípios, vinculado a um assunto a que damos o nome de disciplina jurídica. Assim se explicam os códigos referidos a ramos tradicionais do Direito, como o civil, o penal, o processual, não se justificando outros, como o florestal, o de caça e pesca, o de águas e, talvez, o de aeronáutica. A denominação código pressupõe uma autonomia tradicional, porque compreende não uma reunião de todas as normas,

porém das principais organizadas em um sistema e, portanto, de acordo com princípios. A par disso, conhecida a polêmica entre Savigny e Thibault sobre a codificação alemã, em que o primeiro, em nome da escola histórica a rejeitava porque significaria uma positivação nacional contrária ao direito emanado do espírito do povo e trabalhado pelos juristas, com bases não propriamente nacionais, mas romanas. Nesse aspecto, a codificação do direito aeronáutico pode ter um aspecto negativo a suas pretensões de autonomia (v. adiante a questão da internacionalização). De qualquer maneira, o problema é, aqui, de política legislativa. Reunir a matéria de direito aeronáutico em um só diploma legal parece ter um interesse prático inafastável, além de representar a sua autonomia legislativa.

Do ponto de vista didático ou acadêmico, valem os critérios de conveniência, interesse e oportunidade, em face do eventual caráter pragmático de um curso jurídico, salvo se a autonomia da disciplina, de que se cogita, já estiver imposta por uma tradição dogmática.

A questão mais relevante reside na autonomia propriamente dita, que é a de natureza científica, pois esta compreende aspectos do conteúdo da disciplina, vale dizer do seu objeto, da sua linguagem e do seu método próprio.

No tocante ao objeto, releva a independência em relação aos outros ramos do direito, que não se resume no empréstimo, ou não, de normas de outras disciplinas (cf. Salinas, *op. cit.*, p. 11), sim na dependência dos princípios estabelecidos pelas outras disciplinas. O auxílio sempre é necessário, assim como há as ciências auxiliares do Direito, nada impede que uma disciplina jurídica receba auxílio de uma outra, até na formulação das normas, quanto mais na linguagem, na exegese dos textos e nas regras de hermenêutica. Indispensável, todavia, que a disciplina jurídica possua princípios próprios, decorrentes de sua formulação, da sua aplicação e do seu desenvolvimento doutrinário.

Em relação ao direito aeronáutico, por exemplo, não se poderia deixar de lembrar, sem que isso acarrete uma capitulação, a contribuição do art. 526 do Código Civil: "A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda altura e em toda profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los".

Waldemar Ferreira lembra a conclusão dos glossadores: *qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum*; e o D. 7.2.1 (de *servitutibus praediorum urbanorum*) *coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet*. Assim, o direito civil e os romanos podem ajudar o direito aeronáutico. Esse auxílio se dá, ainda, no direito das coisas e sua classificação: o espaço aéreo é bem imóvel (CC, art. 43, I); deveria ser uma *res omnium communis de usus generale*, limitado na medida de interesse das propriedades e do interesse público. (V. Ferreira, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*, 3.º v. *A Indústria da Navegação Marítima e Aérea*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, pp. 37 e ss.).

O importante é o conjunto de normas especialmente criadas para a solução dos diversos problemas jurídicos, sem precedentes nas ciências afins, se fundamentam na novidade da navegação aérea e seu alcance.

A parte do método envolve o problema da interpretação de suas normas, da compreensão e do seu desenvolvimento científico, a própria busca da autonomia, como a identificação dos fatos jurídicos peculiares que o ramo do Direito qualifica, as relações jurídicas especiais, os sujeitos dessas relações, os interesses protegidos. Saliente-se, aqui, a necessidade de classificar a disciplina em direito público ou direito privado, ao fito de examinar os critérios de sua interpretação e valorizar as suas fontes.

7. A problemática das fontes

A problemática das fontes está intimamente ligada à questão da autonomia, ela não se resume, porém, em arrolar as fontes normativas, classificando-as em internacionais e internas, situando entre aquelas as convenções e a competência normativa dos organismos internacionais, e entre as internas a lei, os atos e acordos bilaterais, as convenções multilaterais celebradas, referendadas pelo Congresso Nacional e promulgadas.

Deve-se distinguir entre fonte de conhecimento do direito e fonte de sua existência, e, também, entre fonte formal e fonte material.

Para a ciência do direito interessam, particularmente, as fontes formais, uma vez que as fontes materiais não integram necessariamente o fenômeno jurídico. Por fontes formais se indicam os processos e os produtos correspondentes, em razão do que o Direito adquire a sua própria qualidade. Costuma-se arrolar dentre as

fontes formais a lei, os usos e costumes, a jurisprudência (repositório das decisões dos tribunais), a vontade negocial, sem excluir-se a discussão sobre a doutrina. A verdadeira discussão, aqui, consiste em indagar da validade dessas fontes formais no direito aeronáutico (v. adiante).

8. *A evolução histórica do direito aeronáutico*

A evolução histórica do direito aeronáutico brasileiro do ponto de vista do direito positivo pode ajudar-nos à compreensão de sua existência como disciplina jurídica.

O Decreto n.º 14.050, de 1920, aprovou o regulamento da Inspeção Federal de Navegação do Ministério de Viação e Obras Públicas. Nesse regulamento, são cuidados os serviços públicos de navegação marítima, fluvial e aérea, estabelecendo as bases para a sua concessão, fiscalização das condições para o transporte de passageiros e mercadorias, estabelecimento de novas linhas, etc.

A Lei n.º 4.911, de 12 de janeiro de 1925, que fixou a despesa geral da República, onde se autorizou a despesa do Presidente da República, pelo Ministério da Marinha, de verba afeta à Diretoria da Aeronáutica, e se dispôs no art. 19: "O Governo regulamentará o serviço de aviação, quer para as linhas internacionais, quer para as interiores, tendo em vista os princípios gerais estabelecidos na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, com respeito à navegação de cabotagem e a não-concessão de privilégios, os regulamentos adotados em outros países e as convenções internacionais existentes, acutelados os interesses da defesa nacional, podendo contratar o transporte da correspondência postal, mediante o pagamento do produto, ou de parte do produto, que for apurado pela venda de selos especiais, cuja tabela poderá organizar."

O Decreto n.º 16.983, de 22 de julho de 1925, aprovou o regulamento para os Serviços Cíveis de Navegação Aérea, tendo em vista o art. 19 supratranscrito. Esse decreto tem um apêndice intitulado "nota das fontes", onde estão referidas as disposições das legislações nacional e estrangeira, convenções e estudos em que os artigos do regulamento encontraram "fundamento ou analogia".

O Brasil compareceu à Convenção de Paris de 1919, assinando-a, porém não a ratificando, embora tenha adotado os seus princípios no

citado Decreto n.º 16.983/25.

Ressalte-se, também, que o Brasil esteve em Varsóvia, na Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, ratificada a 10 de março de 1931, promulgada pelo Decreto n.º 20.704, de 24 de novembro de 1931.

No ano de 1931, foi criado o Departamento de Aeronáutica Civil (Decreto n.º 19.902), subordinado ao Ministério de Viação e Obras Públicas, começando a desempenhar função normativa e fiscalizadora, disciplinando a execução dos serviços aéreos, até a criação do Ministério da Aeronáutica em 20 de janeiro de 1941, passando a denominar-se Diretoria de Aeronáutica Civil.

Em 6 de janeiro de 1932, foi editado o Decreto n.º 20.914, para aperfeiçoamento da legislação existente.

A Constituição de 1934 cometeu à União, privativamente, explorar ou dar em concessão os serviços de navegação aérea, inclusive instalações de pouso, bem como legislar sobre direito aéreo (art. 5.º, VIII e XIX), e, ainda, cobrar taxas de entrada, saída e estadia de aeronave (art. 6.º, II).

A Carta de 1937 reiterou os termos da competência da União para a exploração daqueles serviços, bem como o poder de legislar sobre os transportes por via aérea, desde que tenham caráter internacional ou interestadual, e acerca do direito aéreo (art. 15, VII, art. 16, XI e XVI).

O Decreto-Lei n.º 483, de 8 de junho de 1938, instituiu o Código Brasileiro do Ar, cujas *consideranda* assinalam o dever da legislação brasileira "acompanhar os progressos da aviação civil e comercial em todo mundo" e a necessidade de estar "de acordo com as mais recentes convenções e com as tendências atuais do direito aéreo". Esse código brasileiro do ar tem dois títulos principais: do direito público aéreo e do direito privado aéreo.

A Constituição de 1946, inseriu na competência da União a manutenção do Correio Aéreo Nacional (art. 5.º, XI) e na exploração dos serviços de navegação aérea ao lado da concessão, como forma de exploração indireta, criou a autorização (art. 5.º, XII), usando agora a expressão "direito aeronáutico" em substituição à "direito aéreo", das constituições anteriores.

O Decreto-Lei n.º 32, de 18 de novembro de 1966, instituiu o Código Brasileiro do Ar.

A Constituição de 1967 manteve os termos

da anterior, mas usou a expressão "direito aéreo" (art. 8.º, XI, XV, c, XVII, a) e criou a polícia federal com finalidade de, dentre outras, prover "os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras" (art. 8.º, VIII, a), atribuindo ainda ao Congresso Nacional dispor os limites do território e do espaço aéreo nacionais (art. 43, VI).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, reiterou os termos com que o assunto vinha sendo tratado constitucionalmente, mas voltou a falar de "direito aeronáutico".

A Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica.

A Constituição de 1988 inovou. Estabeleceu princípios sobre as relações internacionais (art. 4.º), mantendo a competência da União para manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional, bem assim para "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão..." e, agora, também, "...permissão... c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária" (art. 21, X, XII). Menciona, também, como o regime constitucional precedente, a polícia federal para exercer a polícia aérea (art. 144, § 1.º) e a competência federal, mais uma vez, para legislar sobre "direito aeronáutico". Diz, ainda, a Lei Maior, que a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre (art. 178, I) e que tal ordenação cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio de reciprocidade (art. 178, I, § 1.º).

No tocante à doutrina, significativa as bibliografias brasileira e estrangeira, versando sobre o direito aeronáutico, conforme se verifica da leitura das primeiras notas às considerações preliminares de José da Silva Pacheco a seus Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Rio, Forense, 1990, 817 p.). Anote-se, pelo valor histórico das datas, a conferência de Carlos Costa, "O Direito Aéreo, seu estado atual", dia 13 de junho de 1929, no Instituto dos Advogados (v. bibliografia utilizada, no final); Trajano Medeiros do Paço, *Direito Aéreo*, 1931; Moitinho Doria, *Direito Aéreo*, 1937.

9. Os princípios aplicados à questão da autonomia

O problema da autonomia do direito aeronáutico, sob os prismas da política legislativa e do interesse curricular no ensino superior do direito, não oferece maiores dificuldades.

Basta uma visão panorâmica sobre a legislação ordinária brasileira, desde a década de 20

até os dias de hoje, considerando também o direito constitucional positivo, que desde 1934 não deixou de, expressamente, referir-se ao direito aéreo ou direito aeronáutico, como competência legislativa da União, para concluir que a política legislativa brasileira sempre separou este amplo setor da legislação para uma disciplina legal específica, até porque o Brasil participou de inúmeros tratados e convenções internacionais, versando sobre direito aeronáutico, ratificando-os e promulgando-os.

Ultrapassada a barreira da legislação própria, não interessando o nome de Código ou de Consolidação ou de Lei Geral, conforme assinalado, abre-se a perspectiva de seu estudo nos cursos superiores, muito embora seja temerário estudar o direito apenas pelas leis. O interesse social dos diversos aspectos legislados pelo direito aeronáutico é suficiente para atrair a juventude ansiosa de uma profissionalização, em um mundo cada vez mais pragmático, em que os valores utilitários se sobrepõem a todos os outros. Lógico é que essa autonomia didática e acadêmica, de cunho pragmático, longe está dos rigores do ensino universitário, os quais exigem para a autonomia das disciplinas jurídicas um critério científico.

Muito claro também é que os esforços de sociedades como a Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial, suas similares internacionais, as diversas publicações existentes, os comitês jurídicos das organizações internacionais, a participação de juristas eminentes nos tratados e convenções, ajudam a formular a teoria da existência autônoma dessa disciplina jurídica.

A Conferência Internacional de Paris criou o Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens (CITEJA), destinado a estudar os problemas de direito privado aéreo, procurando a unificação internacional de suas soluções. O CITEJA projetou a Convenção de Varsóvia sobre transporte internacional (1929), a de Roma (1933), relativa à unificação de certas regras relativas ao seqüestro preventivo de aeronaves e a de Bruxelas (1938), sobre abalroamento aéreo e salvamento das aeronaves no mar. A Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), em funcionamento desde 1947, tem comissões jurídicas semelhantes à CITEJA.

A Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial estimula o estudo do direito aeronáutico nas escolas superiores de ensino jurídico, como matéria optativa no curso de graduação. Mas

melhor do que isso, para o fim de construção da autonomia, seria estimular a criação, a título de extensão universitária, ou de especialização, de cursos de direito aeronáutico, o que, certamente, contribuiria para a construção de sua doutrina.

Impõe-se, de qualquer maneira, uma postura crítica em relação à proposta da autonomia do direito aeronáutico, como aliás, em relação a qualquer outro campo da Jurisprudência, com essa pretensão. Essa postura é um pouco à *Popper*, vale dizer, progredir somente após uma forte tentativa de opor-se aos próprios postulados, sem o que eles não terão maior valor. Em outras palavras, o jurista deve ser rigoroso com as próprias conclusões, sob pena de elas naufragarem diante das primeiras críticas.

10. A tensão entre o sistema romanista e do *Common law*

Nessa parte, não há como deixar de fazer uma referência importante a respeito de certa tensão entre os sistemas jurídicos. Em face da relevância econômica dos países do Norte, notadamente dos Estados Unidos da América e do Reino Unido, as convenções e tratados internacionais que versam sobre os assuntos aeronáuticos são regidos por princípios de um sistema jurídico muito diferente do nosso, i. e., enquanto o nosso direito pertence ao sistema romanista, aqueles atos internacionais se inspiram no *Common Law*. A consequência imediata disso, além de outras considerações cabíveis e igualmente importantes, reside em que o peso da doutrina é diferente. Daí que a preocupação de autonomia científica do direito aeronáutico de um jurista romanista não será, certamente, a do jurista do *Common Law*, onde os precedentes judiciais são mais relevantes para a fixação dos tópicos jurídicos do que a dogmática tradicional de origem romana. A questão mesmo da autonomia das disciplinas jurídicas não é colocada perante o espírito do jurista do *Common Law*.

Há, por exemplo, referências ao fato de o professor argentino Armando Coccoja haver preconizado, em face do Tratado sobre Utilização do Espaço Cósmico, de 1967, um *Corpus Iuris Spatialis*. Esse parece um sonho distante. A compilação de Justiniano precisou remontar-se a, praticamente, treze séculos, e uma das partes, a mais importante, a coletânea dos *Iura*, a doutrina dos jurisperitos a que se deu o nome de *Digesto* ou *Pandectas*, compreende mais de cinquenta livros. Trata-se de um trabalho que nunca mais a humanidade pode reiterar,

inobstante todo o progresso tecnológico. Para o direito aeronáutico firmar-se como disciplina científica autônoma não bastam as leis, os códigos, as convenções, os tratados, a jurisprudência dos tribunais, será preciso a doutrina, amadurecida por uma dogmática histórica.

11. O conteúdo do direito aeronáutico (civil, comercial, processual, administrativo)

No tocante ao objeto, vale dizer ao conteúdo do direito aeronáutico, é mister anotar que as normas que o integram são emprestadas de outros ramos. Um exercício nesse sentido, a partir do Código Brasileiro de Aeronáutica, pode gerar uma frustração.

Assim, por exemplo, são de Direito Constitucional as normas que afirmam a soberania brasileira sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial (art. 11) ou as que dispõem sobre os atos internacionais e o processo legislativo correspondente (art. 1.º, § 1.º).

Ampla a contribuição do Direito Civil e do Direito Comercial: responsabilidade civil (arts. 246 e ss.); conceituação de pessoa jurídica de direito privado (Aeroclube, art. 97); sistema de registro aeronáutico (art. 72); facilitar transporte aéreo ao fim de avaliar os seus resultados e sugerir alterações ao aperfeiçoamento do serviço (art. 94); contrato de transporte aéreo (art. 222); sistema de indústria aeronáutica (art. 101); propriedade de aeronave (art. 115); contratos sobre aeronave (art. 125); construção, arrendamento, fretamento, hipoteca, alienação fiduciária; liquidação, falência da empresa concessionária.

De igual maneira, as normas de direito processual: seqüestro e penhora (arts. 153 e 155); e as de Direito Administrativo: a orientação, coordenação, controle e fiscalização pelo Ministério da Aeronáutica (art. 12) quanto às matérias ali arroladas: o poder de polícia exercido pela administração; a segurança da aviação civil; regime dos bens da União; concessão ou permissão dos serviços aéreos; infrações administrativas (art. 288 e ss.); sistema aeroportuário; controle e fiscalização dos serviços aéreos públicos (art. 192); órgãos e comissões (normas organizacionais programáticas), v.g. a Comissão Nacional de Segurança da Aviação Civil (art. 95) e Comissão da Infra-Estrutura Aero-náutica (art. 105).

Esses empréstimos, embora sintomáticos, não são por si sós, como já afirmamos, indicadores de falta de autonomia do direito aeronáutico, servindo, todavia, à nossa reflexão como elemento de prudência para as veleidades de

uma autonomia não submetida a um crivo da ciência.

De outro lado, não devemos restringir o problema da autonomia, tão-somente, à independência do direito comercial marítimo ou de navegação, nem do direito espacial.

12. *Direito de navegação marítima e aeronáutica*

Quanto ao direito comercial – ele próprio com problemas de autonomia – a separação entre o chamado direito comercial marítimo e o direito aeronáutico parece estar bem fundamentada. O direito comercial diz respeito ao comércio, quer ele ocorra em terra, no mar ou no ar. Será sempre direito comercial, o direito dos comerciantes, originário de sua corporação de ofício.

A variação encontrada no denominado direito de navegação, expressão utilizada por Scialoja, de onde surgiu o *Codice della Navigazione*, regulando a navegação marítima e a circulação aérea, não é suficiente para impedir a autonomia do direito aeronáutico. Cada um deles tem a sua origem. A navegação marítima formou seu direito “para conter o corso, o assalto, a pirataria, cuja partilha do saque era legalizada por improvisados tribunais de presas, constituídos, na maioria dos casos, pelos próprios saqueadores...”. Guerra econômica que se processava entre mercadores, a quem os príncipes davam apoio. O direito aeronáutico, ao contrário, “surgiu do idealismo daqueles que queriam realizar o sonho de Ícaro e o fizeram devotadamente em benefício da humanidade, procurando estreitar o entendimento e os laços de cordialidade entre os povos e as nações do mundo” (intervenção de Hugo da Cunha Machado na VI Jornada Latino-Americana de Direito Aeronáutico). A dirigibilidade dos balões data de 1901, o voo do *14-Bis* é de 1907, e em Paris (1910) reuniu-se uma Comissão Internacional de Juristas e projetou o *Code Générale de L'air*. Não cuidavam do fato antigo (navio), mas do fato novo (avião). Aliás, a citada lei italiana, de 1942, não nos trouxe qualquer novidade, pois o mencionado Decreto n.º 14.050, de 5 de fevereiro de 1920, que aprovou o regulamento da Inspeção Federal de Navegação já cuidava, unificadamente, da navegação marítima, fluvial e aérea (art. 2.º, *caput*).

Essa colocação, embora vinculada a aspectos importantes e históricos, com as fontes materiais, não resolve o problema da autonomia. A questão em face do direito comercial marítimo ou do direito de navegação parece sim-

ples. O direito aeronáutico não é direito comercial, simplesmente porque não é direito privado. De uma certa forma concordo, em termos, com Betty Borges Fortes, quando ela afirma que as características do direito aeronáutico são a publicização, a internacionalização pública e privada através de regulamentação por Tratados e Convenções, mais um repositório de jurisprudência especializada e independente. Concordo em termos, porque privado não pode ser jamais.

Em atenção ao direito espacial, o assunto parece mais complexo. A temática da autonomia pode ficar mais difícil e revelar uma ambição maior se a pretensão for a de unir o direito espacial ao direito aeronáutico.

13. *A publicização do direito aeronáutico. As fontes formais. A formulação dos princípios. A internacionalização*

A questão da interpretação, uma vez adquirida a clareza da idéia de direito público, ficará resolvida. As normas de ordem pública são cogentes e não podem ser mudadas pela vontade das partes. Suas regras de exegese e os seus princípios de hermenêutica são dirigidos ao interesse público e, na dúvida, sempre a autoridade é prestigiada pela presunção da legitimidade, legalidade, juridicidade e constitucionalidade de seus atos.

Retomando a problemática a respeito da dicotomia direito público/direito privado, é possível construir a tese da publicização do direito aeronáutico, com fundamento em que: a) o interesse protegido pelo direito aeronáutico é prevalentemente público, quando alguma norma estiver voltada para os interesses individuais, ela se situaria em um outro ramo jurídico (Direito Civil ou Direito Comercial); a característica do direito aeronáutico consiste, exatamente, em subordinar todos os interesses, individuais ou estatais, aos valores da humanidade, que habita o Planeta Terra, de maneira a utilizar a técnica da navegação aérea a favor do homem, na realização segura de serviços de transporte de carga e de passageiros, de comunicação veloz pelo ar, visando unir os homens; trata-se, portanto, de interesse público, sem que isso signifique, necessariamente, interesse do Estado ou (no caso do Brasil) das pessoas jurídicas de direito público interno que, em seu nome, atuam no território nacional; b) existe uma vocação política evidente no direito aeronáutico, tanto no âmbito interno, no qual prepondera a participação do controle público, em nome de interesses

coletivos e não individuais, como no plano internacional, em que atuam pessoas jurídicas do direito das gentes e outros sujeitos de direito internacional; c) a natureza das relações jurídicas disciplinadas pelo direito aeronáutico indica que elas são relações de subordinação, presididas pelo princípio da justiça distributiva, na qual a igualdade, que é a medida concreta da justiça, não se confunde com a igualdade absoluta das relações de coordenação, típica da justiça comutativa; as relações de subordinação são de direito público, em contraposição com os de coordenação, ditas de direito privado.

Assim sendo, o Código Brasileiro do Ar de 1938, com os seus dois títulos (direito público aéreo e direito privado aéreo) não adotou uma boa técnica. Naquele código, a parte de direito público se circunscreve a normas de direito administrativo (Conselho Nacional de Aeronáutica; classificação e registro de aeronaves, conceito e habilitação dos aeronautas, as organizações de terra, linhas aéreas, tráfego aéreo, fiscalização aduaneira), enquanto a parte de direito privado compreende, como sói acontecer, contém elementos de direito civil e de direito comercial.

No que diz respeito às fontes formais, algumas observações devem ser feitas. Os usos e costumes são, sem dúvida, fonte de direito aeronáutico, no plano internacional, não no plano interno, em face da natureza pública de suas normas. Os usos e costumes, dotados de juridicidade, em matéria afirmam referem-se ao direito comercial, ramo reconhecidamente formado pelos costumes e usos da mercancia. De qualquer maneira, não haveria no direito interno o costume *contra legem*. Convenções, Tratados, Atos Internacionais de direito internacional ou de direito uniforme, são, obviamente, valiosa fonte, mas o mesmo não se dá na vontade negocial, pois esta somente opera em relação ao direito privado. Jurisprudência internacional, no sentido de repertório de decisões dos tribunais, sim; porém, no âmbito interno, não, porque não há essa fonte no direito brasileiro, onde o que obriga é a lei, não o precedente judicial da regra do *stare decisis*. Em face da internacionalização, a lei, fonte formal por excelência em nosso sistema, sofre declínio no direito aeronáutico.

O problema da autonomia reside mais na possibilidade de formulação dos princípios, a partir da experiência empírica, e na existência de institutos próprios e, sobretudo, da disciplina de uma relação jurídica peculiar, com destaque

para os seus sujeitos e os interesses ou bens protegidos.

Nessa parte, como já assinalado, alguma coisa pode ser afirmada.

O interesse em função do qual o direito aeronáutico se constrói, referido ao homem, às relações entre os povos, à segurança das pessoas, ao uso dos meios para fins pacíficos; o sistema de proteção ao voo, a busca, assistência, salvamento; a necessidade de registros aeronáuticos diferentes dos outros.

O exame do nosso direito interno revela, historicamente, a preocupação com o direito internacional, mais especificamente com o necessário direito uniforme. Convém lembrar que as normas jurídicas são classificadas, também, como direito interno, direito internacional e direito uniforme. No Brasil, já o citado Regulamento da Inspeção Federal de Navegação, de 1920, entendia, como objeto de serviço, a atribuição do inspetor em entender-se "diretamente com as sedes e estações de navegação aérea internacionais" (art. 9.º, § 24) e o art. 19 da Lei n.º 4.911/25 mencionava as convenções internacionais e os regulamentos adotados em outros países. O Regulamento dos Serviços Civis de Navegação Aérea, baixado pelo Decreto n.º 16.983/25, se referia "ao direito" (?) da aeronave estrangeira trafegar pelo território nacional em virtude de convenção diplomática (art. 44). O mais importante, porém, está no seu apêndice, já referido, onde se registra notável esforço de legislação comparada, com expressa citação da Convenção de Versalhes (1919), da Lei da Navegação Aérea da França (1924), do Regulamento Consolidado da Navegação Aérea da Inglaterra (1923), da Lei de Aviação Alemã (1922), do Decreto Real da Espanha sobre a Navegação Aérea (1919), de um projeto de lei nos Estados Unidos da América (1923), das Prescrições húngaras (1922), do Regulamento sobre o voo das aeronaves estrangeiras da Hungria, da Lei regulando a aeronáutica da Dinamarca (1923), da Lei da Finlândia (1923), da Noruega (1923), da Suécia, do Decreto dos Comissários do Povo da Rússia e do Projeto de Regulamento organizado pelo Aéreo Club Brasileiro.

Em igual sentido os Códigos Brasileiros do Ar de 1938 e de 1966, já citados, sendo que o último prescreveu no art. 1.º que "o direito aéreo é regulado pelas Convenções e Tratados que o Brasil tenha ratificado e pelo presente Código", enquanto o Código Brasileiro de Aeronáutica, em vigor, estabelece que "o direito

aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar" (art. 1.º).

A publicização caracteriza o direito aeronáutico, sem, necessariamente, significar estatização ou direito do Estado, mas um direito público que tende a superar o conceito jurídico do Estado, à medida em que esse tem a soberania como principal atributo. Quem diz "soberania" diz poder absoluto, idéia incompatível com o Estado de direito, onde o governo é o das leis e não o dos homens, portanto limitado pelo próprio Direito, e idéia imprópria, igualmente, com o mundo sem fronteiras e que o interesse da humanidade se sobrepõe ao dos Estados nacionais. Onde estiver escrito soberania, leia-se "jurisdição independente e livre". Se houver uma nova sociedade, haverá um novo direito. *Ubi societas, ibi ius*, e parece haver, criado em grande parte pela navegação aérea, uma nova sociedade no mundo.

14. Conclusões

São, portanto, algumas conclusões desse trabalho:

1. O direito aeronáutico deve lidar com problemas tópicos e não sistemáticos, na busca de sua autonomia;

2. A discussão da autonomia pode inexistir em face da unidade do direito, realçando-se, tão-somente, a consolidação legislativa; ou em face de sistema que não se preocupe muito com as facetas doutrinárias;

3. O direito aeronáutico é público, por força dos interesses e bens por ele protegidos, bem como porque as relações jurídicas por ele disciplinadas são relações de subordinação, regidas pela idéia da justiça distributiva;

4. O direito aeronáutico tem natureza predominantemente internacional e tende a superar o conceito de Estado (moderno e nacional), pelo desaparecimento do seu principal atributo, que é a soberania;

5. Nessa característica internacional, a grande vocação do direito aeronáutico, mantidas as jurisdições e os ordenamentos nacionais, está no domínio do direito uniforme;

6. A subordinação dos instrumentos técnicos da navegação aérea ao direito, o que significa reviver a frase do jurista Hermogeniano, de quase 20 séculos: *Quum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*, ... (assim, pois, como todo o direito seja constituído por causa dos

homens ...) (D.1.5.2).

Bibliografia

ARAÚJO, Nádia. "O Direito Aeronáutico Internacional e o Código Brasileiro do Ar". *Revista Forense*, v. 289, pp. 167-196.

CAMPOS, A. B. Carneiro de. *Direito Público Aéreo*. Rio de Janeiro, s. ed., 1941. 364 p.

COSTA, Carlos. *O direito Aéreo, seu estado atual*. Conferência no Instituto dos Advogados. 13-6-29. Rio de Janeiro, *Arquivo Judiciário*. Publicação quinzenal do *Jornal do Comércio*, v. XI, jul./ago./set. 1929.

DORIA, Moitinho. "Direito Aéreo". "O conceito, as Fontes e a Legislação Brasileira". Comunicação feita ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro, *Arquivo Judiciário*. Publicação quinzenal do *Jornal do Comercio*, v. XLIII, jul./ago./set. 1937.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. 1.º v., 2.ª ed., Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1947; e 3.º v. *A indústria da Navegação Marítima e Aérea*. *Ibidem*, 1945.

PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. Rio de Janeiro, Forense, 1990. 817 p.

PAÇO, Trajano Medeiros do. "Direito Público Aéreo". *Sua unificação internacional*. Rio de Janeiro, *Arquivo Judiciário*. Publicação quinzenal do *Jornal do Comercio*, v. XVII, jan./fev./mar. 1931.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 20.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, 2vs.

SALINAS, Luis Tapia. *Manual de Derecho Aeronáutico*. Barcelona, Bosch, 1944. 264 p.

VI Jornada Latino-Americana de Direito Aeronáutico (19 a 23 de agosto de 1973). *Anais, Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*. 33(19), jan./jun. 1974. Intervenção de Hugo da Cunha Machado. Participação de Betty Borges Fortes sobre autonomia.

O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública

ÁLVARO MELO FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O princípio da isonomia. 3. Os privilégios processuais da Fazenda Pública.

1. Introdução

A questão subjacente ao tema-título proposto é, na sua essência, a seguinte:

os privilégios outorgados e garantidos, na lei processual, à Fazenda Pública constituem, ou não, afronta e infringência ao princípio da isonomia insculpido na *Lex Magna*?

Assevere-se, preliminarmente, que os problemas jurídicos não se resolvem, de fato, senão com o exame do direito positivo, depuradas, *in casu*, as cogitações históricas, políticas e ideológicas que refogem ao campo de atuação específica dos juristas.

Registre-se, aqui, que o princípio da isonomia configura-se como o aspecto mais árduo e controvertido desse trabalho, não apenas pela multiplicidade de enfoques a que se presta, mas, em especial, pela dificuldade de seu equacionamento na práxis jurídica.

Já os privilégios processuais da Fazenda Pública merecem uma reflexão mais aprofundada, sobretudo numa sociedade dinâmica e em constante processo de transformação, exigindo novas dimensões que permitam substituir uma racionalidade formal por uma racionalidade material.

2. O princípio da isonomia

“O direito nem sempre pode ser abstratamente lógico para poder ser justo. Nem matemático para ser social”. (Costa Manso)

Indissociado da tradição constitucional bra-

Álvaro Melo Filho é Advogado e Professor de Direito da UFC.

sileira, o princípio da isonomia integra todas as anteriores Cartas Magnas. A Constituição do Império de 1824 proclama que "a lei será igual para todos quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um" (art. 179, 13). Já a Constituição Republicana de 1891, no seu art. 72, § 2.º prescrevia: "Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as origens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho". Todas as outras Leis das Leis ulteriores também abriram espaço para o "Todos são iguais perante a lei": Constituição de 1937 (art. 122, 1), Constituição de 1946 (art. 141, § 1.º) e Constituição de 1969 (art. 153, § 1.º).

O princípio da isonomia ou igualdade está atualmente juridicizado no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 quando estabelece que "todos são iguais perante a lei". É bem de ver que a palavra igualdade no *caput* do art. 5.º aparece duas vezes, sem olvidar que a igualdade está também consignada no preâmbulo da atual Constituição.

Topograficamente, o princípio da isonomia ocupa uma posição de proeminência, posto que não é aleatoriamente que o art. 5.º da Lei Maior de 1988 enuncia a igualdade antes mesmo e à frente da explicitação dos setenta e sete incisos sobre direitos e garantias fundamentais que se lhe seguem. E essa hierarquia de importância na região dos princípios constitucionais já era assinalada por Francisco Campos: "Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados" (in "Direito Constitucional", v. 2.º, Liv. F. Bastos, Rio, 1956, p. 12). Apegou Celso Bastos o atual artigo isonômico "deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos que foram transformados em parágrafo do artigo igualizador".

Historicamente, o princípio da isonomia desenvolveu-se a partir de idéia de justiça. Com efeito, concordam os filósofos que a justiça reusa numa igualdade, pois, como assevera Aristóteles "a justiça é uma igualdade e a injustiça uma desigualdade" (in "Ética a Nicômaco", Livro I, cap. III). Na mesma linha acrescenta

Santo Tomás de Aquino que "a essência da justiça é a igualdade" (in "De Justitia", II, § 61, a.2. ad.2). E não outra a posição de Cabral de Moncada ao prelecionar que "essa idéia de equilíbrio e de perfectibilidade ideal é, ao mesmo tempo, aquilo a que chamamos "justiça" como idéia... Justiça, segundo a idéia, é o mesmo que proporção e portanto igualdade" (in "Filosofia do Direito e do Estado", v. II, Coimbra, 1966, pp. 42/43).

A igualdade dos homens foi consagrada positivamente pela primeira vez no *Virginia Bill of Rights*, de 12.6.1776 (*all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*), foi retomada na Constituição de Massachusetts, de 2.3.1780 (*all men are born free and equal and have certain natural, essential and unalienable rights*) e aperfeiçoada na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* (*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits - art. 1.º*) e na Constituição francesa de 1791 (escrevia-se no respectivo preâmbulo: *L'Assemblée nationale... abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinction d'ordres...*).

O princípio de igualdade, na sua concepção romântica e nominal, recebeu, de Anatole France, irônico comentário:

"Majestosa igualdade das leis que proibem tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de furtar um pão".

Não menos sarcástica é a glosa de Stanislaw Ponte Preta:

"Todos são iguais perante a lei. Mas alguns são mais iguais do que outros".

Inserido como um valor fundamental e reproduzido em praticamente todas as Constituições dos diferentes países, e, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio da isonomia ou da igualdade tem sentidos não necessariamente unívocos, variáveis no tempo, prestando-se a uma pluralidade de conceitos apresentados pelos autores. Por exemplo, o de Raneletti, ao declarar que por "igualdade" se entende igualdade jurídica, isto é, na condição jurídica do cidadão, não igualdade material, de fato, porque aqueles que a natureza faz desiguais não quer o Direito, e nem está no poder dos homens, tornar iguais (*Istituzioni*, pp. 95-96); o de Ruffia, quando ensina

que o princípio da igualdade deve ser entendido não como um nivelamento mecânico de todos os cidadãos, mas como paridade jurídica potencial, de todos os membros de coletividade estatal, como igual tratamento de iguais, e desigual tratamento dos desiguais, na realidade da vida prática (*Lo Stato democratico moderno*, p. 667), ou ainda o de Dabin, quando lapidarmente acentua que “a justiça distributiva, ou, segundo a linguagem dos juristas, o princípio da igualdade perante a lei, deve entender-se não como uma igualdade quantitativa, considerando-se iguais, ou melhor, idênticos todos os cidadãos, devendo, portanto receber todos o mesmo tratamento, mas como uma igualdade proporcional, sendo cada um chamado a participar da distribuição, de acordo com certas regras gerais válidas para todos, mas tiradas da condição das pessoas, de tal sorte que a situações diversas, ou desiguais, correspondam tratamentos proporcionalmente diversos ou desiguais” (*Teorie Generale de l'Etat*, p. 434), ou ainda Bunge, quando assinala que “a igualdade jurídica não tem outro significado que este de uma *generalização objetiva*, que coloca na mesma situação de direito todos aqueles nos quais concorram as mesmas circunstâncias, existindo, destarte, a igualdade jurídica apenas por círculos, ou por categorias, se assim se prefere dizer”, ou, finalmente, João Mangabeira, quando evidencia que “a igualdade consiste sobretudo em considerar *desigualmente* situações desiguais, de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais, e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte das classes”.

Em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 49, jul./set.157, afirma, com propriedade, Amílcar de A. Falcão:

“...a igualdade relativamente às coisas, fatos ou situações para ser estabelecida, necessita da fixação prévia de critérios norteadores, que justifiquem, em cada caso, a discriminação ou a assimilação.

É por essa razão que, na incidência do princípio constitucional da igualdade, é mister distinguir entre a igualdade pessoal (*personliche Rechtsgleichheit*) e a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*).

No primeiro caso, já se disse, o princípio constitucional da igualdade, vincula não só o legislador, como o intérprete, de modo que são vedadas quaisquer dis-

criminações pelo fato de pertencer a uma família, a uma confissão religiosa, a uma classe ou a uma camada social.

Já, assim, não é com a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*). Aqui, configura-se, apenas, uma norma programática, como tal endereçada ao legislador (*directory provision*): *nur in programmatischen Sätzen Wird man an sie erinnert*.

A assimilação de situações e fatos dependerá, como já se indicou, da determinação de critérios orientadores, consubstanciando-se na formulação de um juízo de valor meramente subjetivo e dependendo, muitas vezes de *preponderância de idéias filosóficas, ou do modo de conceber as coisas...*” (pp. 497 e 498).

O princípio da isonomia pode também ser vislumbrado sob uma ótica puramente *formal* ou ser enfocado sob o prisma *material*.

De um lado, a igualdade *formal* se dá por satisfeita com a pura identidade de direitos e deveres outorgados pelos textos legais às pessoas físicas e jurídicas, e, do outro lado, a igualdade *material* que leva em conta as condições concretas em razão das quais, *hic et nunc*, exercitam os direitos e adimplem os deveres. E o que se busca não é a mera igualdade *formal* diante da lei, mas a *igualdade material* no interior da própria legalidade. Se assim não for “a proclamação constitucional da igualdade será apenas um formalismo hipócrita, mascarando uma desigualdade de fato” conforme elucida Dalmo Dallari.

O conteúdo jurídico do princípio da isonomia consiste em definir em que hipóteses é imperativa a equiparação e em que casos é válido o estabelecimento de desigualdades. Isso significa que é preciso que se conheça, com profundidade, qual o traço de legitimidade que respalda, perante o ordenamento jurídico, determinado fator *discriminatório*, o que implicará na observância, ou não, do preceito da igualdade.

Por exemplo, o elemento diferenciador sexo, que nos termos do ditame constitucional (art. 5.º, I) seria insusceptível de ser utilizado, em qualquer hipótese, como fator de distinção jurídica entre as pessoas. Contudo, é a própria Constituição que, objetivando reforçar o princípio da isonomia, estabelece no inciso XXX do art. 7.º a vedação de pagamento de salário

diferente em razão do sexo do trabalhador. do mesmo modo que o § 5.º do art. 226 estatui que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e a mulher.

Se a proibição de tratamento diferenciado a pessoas de sexos distintos fosse absoluta, as duas normas invocadas seriam desenganadamente redundantes e ociosas. E na verdade não são. A relatividade do princípio vem evidenciada na própria Lei Maior, quando estabelece desequiparações entre pessoas, fundando-se, precisamente, no elemento discriminatório sexo.

Confira-se, assim, que o § 2.º do art. 143 exclui as mulheres da prestação de serviço militar, e o art. 202 assegura às mulheres aposentadoria aos 60 anos de idade (inc. I) ou aos 30 anos de trabalho (inc. II), privilegiando-as em relação aos homens dos quais se exigem 65 anos de idade ou 35 anos de trabalho para fazer jus à aposentadoria.

De sorte que a Constituição não só admite, como contempla expressamente hipóteses de tratamento desigual, o mesmo fazendo diversas leis ordinárias como por exemplo o Código Civil, no art. 246 (bens reservados à mulher que exerce profissão lucrativa), e CLT nos arts. 372 e ss. (proteção especial ao trabalho da mulher).

Outrossim, reconheça-se que legislar consiste, naturalmente, em discriminar situações e classificar pessoas e coisas à luz dos mais diversificados critérios.

“Perquira-se o fator discriminatório *renda*. Alguém ousaria acoiar de inconstitucional a legislação do imposto de renda que isenta do seu pagamento as pessoas de ganho modesto e tributa progressivamente as que auferem rendimentos superiores? Naturalmente que não.

Mas, se dentro de uma mesma faixa de renda, quase todos são tributados pela totalidade de seus ganhos e algumas poucas categorias profissionais, com base em critérios de nenhuma objetividade, são tributadas apenas sobre parcela reduzida de seus rendimentos, aí sim haveria quebra de isonomia, pois que se estará tratando desigual e privilegiadamente a iguais.

Retomando-se a ordem de idéias anterior, não se indigita inconstitucionalidade na legislação da locação residencial, quando se atribuem ao inquilino algumas situações de vantagem sobre o locador. Ou quando a legislação salarial atribui índices mais elevados de aumento às faixas de mais baixa renda.

Verifica-se, assim, ao contrário do que se

poderia supor à primeira vista, que o princípio da isonomia, em grande número de hipótese, de sua incidência, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao invés, impõe o tratamento desigual, na medida em que o tratamento igual a pessoas que se encontram em situações diferentes constituiria autêntica iniquidade.

O que o princípio da isonomia impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, alcatórias ou mal-inspiradas. Será legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidades valores abrigados no Texto Constitucional” (in Luiz Roberto Barroso, “Igualdade perante a lei”, RDP-78, Ed. RT, S. Paulo, pp. 68/69).

A concepção da igualdade *material* decorre do fato de que tal regra da igualdade não é absoluta. Tal seria “... uma utopia, senão uma visão alucinatória” (Paulino Jacques).

Hans Kelsen teve o ensejo de esclarecer que:

“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres”.

E na mesma trilha elucida Suarez que *imponer a todos cargos iguales sin tener en cuenta las fuerzas y posibilidades de cada uno, es también contrario a la razón y la justicia*.

Se matematicamente igualdade é a expressão da relação entre duas quantidades equivalentes, juridicamente seu conceito pode e deve ser expresso como fez Rui Barbosa, emprestando-lhe o conteúdo consistente em tratar igualmente os iguais, mas desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. E di-lo claramente em clássica citação:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se

acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante, e não igualdade real" ("Oração aos moços", *Escritos e discursos seletos*, Ed. José Aguilar, Rio, 1960, p. 685).

Geraldo Ataliba, ao tratar da cláusula da *equal protection of the laws*, sustenta que

"as aparentes desigualdades, encontradas nas leis, hão de ser meios e modos de corrigir ou superar diferenças existentes entre pessoas ou situações, ou medidas tendentes a promover igualdade jurídica, onde contingências sociais, naturais, econômicas, geográficas etc., ensejem configurar-se desigualdade, de tal modo que a imparcialidade da lei ou do Estado importaria verdadeira consagração e oficialização de tais desigualdades. (in "República e Constituição", Ed. RT, S. Paulo, 1985, p. 135).

Nesta perspectiva o princípio da igualdade jurídica absoluta é retórico e utópico, conquanto não elimine as desigualdades que persistem debaixo do manto formal da igualdade jurídica. Vale dizer, a igualdade jurídica levada às raias do absolutismo é modelo implantador de desigualdades extremas e desequilíbrios manifestos em relação às pessoas físicas ou jurídicas, pois não atenta para a natureza das coisas ou situações fáticas. E, neste quadro delineado, qualquer tratamento jurídico paritário ou igualitário, longe de corrigir as situações de discriminação, viria a consolidá-las ainda mais. Por exemplo, profundamente infratora do princípio da isonomia seria a norma tributária que exigisse um imposto de renda fixo, incidente sobre os rendimentos auferidos no ano anterior, cuja prestação fosse quantitativamente idêntica para todos os contribuintes, independentemente do valor desses rendimentos. E tanto mais odiosa seria a norma quanto mais gravoso fosse o tributo, representativo de leve encargo para os ricos e de insuportável dever para os pobres, pois excluiria do peso fiscal apenas as pessoas que não obtivessem qualquer rendimento. Na verdade, o que é juridicamente relevante no caso concreto é a mensuração da capacidade contributiva, ou seja, o que deve preponderar não é a tributação igual, em termos de sacrifício, mas justamente a tributação desigual, também em termos de sacrifício na repartição da carga tri-

butária. Do mesmo modo, estaria maculado o princípio da igualdade, sob o ângulo substancial, se a lei trabalhista, por exemplo, determinasse a atribuição dos mesmos deveres e encargos a crianças e adultos, doentes e sãos.

Recorde-se, aqui, o depoimento autorizado de José Afonso da Silva ao penetrar na intimidade da isonomia:

"Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando, em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob o impulso das forças criadoras do direito - como nota George Sarotte - teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico" (in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 5ª Ed. RT, S. Paulo, 1989, p. 190).

Manoel Gonçalves F. Filho assim enfrenta a temática:

"O imperativo do tratamento desigual dos que estão em situação desigual na medida em que se desigual impõe, por exemplo, ao legislador o estabelecimento de leis especiais, que protejam determinadas categorias. Para isto, editam-se leis destinadas a amparar os economicamente fracos: os trabalhadores, os mal alojados, os inquilinos, e assim por diante. Ocorre, porém que a apreciação dessas desigualdades que devem ser compensadas ou reparadas é sujeita a critérios políticos. Desse modo, certas minorias, politicamente fortes, se avantajam, criando-se em seu benefício não apenas regras que ponham termo a uma desigualdade, mas que muitas vezes, passam a beneficiá-las de modo a torná-las verdadeiramente privilegiadas. Está nisto, sem dúvida, um desvio. O legislador há de estabelecer tratamento desigual para situações desiguais, mas, se tratar desigualmente situações que não são desiguais, o que sucede quando beneficia desarrazoadamente determinadas categorias, incide em inconstitucionalidade.

Por outro lado, o princípio da igualdade que, como se viu, se impõe do próprio legislador, *a fortiori* obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei.

Da consagração constitucional da isonomia resulta a regra hermenêutica de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale, não a que discrimine.

A igualdade perante a lei não exclui, em resumo, a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações. As distinções, *porém, devem ser as rigorosas e estritamente necessárias, racionalmente justificadas, jamais arbitrárias. E, como exceções, têm de ser interpretadas restritivamente* (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 1.º, pp. 27-28, Saraiva, 1990).

Avançando no tema explicita José Cretella Jr. que “ao lado do princípio de igualdade perante a lei, as Constituições colocam o princípio de igualdade para a admissão aos cargos públicos, ambos direitos fundamentais, consagrados pela técnica da absoluta horizontalidade de tratamento pelo Estado. Nem privilégios, sem prerrogativas, nem distinções. Nem todos os cidadãos são iguais, em si e por si, ocorrendo desigualdades derivadas das aptidões pessoais, nunca de classe, de sexo, de convicção política, de crença religiosa, de raça. Os chamados *tratamentos desiguais em razão do “status”*, constantes de lei, são prerrogativas que não ofendem o princípio da isonomia” (*Comentários à Constituição de 1988*, v. I, pp. 98-99, Forense Universitária, 1989).

É de observar, pois, que o critério relativo ao princípio da igualdade, ao fazer-se jurídico, deixou de ser o radical-aritmético para ser o geométrico-proporcional de Aristóteles, cifrado na regra de que os iguais por natureza devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual. Aliás, a “fórmula aristotélica” de igualdade proporcional, igualdade diferenciada ou relativa, é que faz da própria desigualdade um complemento indispensável, de que não pode prescindir, na lição de Paulo Bonavides (*in “Política e Constituição”*, Forense, Rio, 1985, p. 302).

Nessa mesma diretriz assinala Hugo Machado que “a verdadeira igualdade reside, indubitavelmente, na proporcionalidade. Não pode haver maior iniquidade do que tratar igualmente

pessoas desiguais” (*in “Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988”*, p. 36).

Ao assinalar que “o próprio das leis é *desigualar* situações”, Celso Antonio B. de Mello (*in RTDP*, 1/93, pp. 79-83) em trabalho sobre o Princípio de Isonomia, com sua habitual lucidez e extraordinária clareza lista alguns exemplos de desequiparações permitidas:

a) Se acaso um candidato do *sexo masculino* pretender inscrever-se para um concurso público destinado a preencher cargo de polícia feminina, certamente ser-lhe-á vedada a inscrição, sem que se considere que está sendo violado o art. 5.º e seu inciso I da Lei Maior, (p. 80)

b) a norma que estabelecesse ficar reservado apenas às pessoas de *alta estatura* fazer parte da guarda de honra em cerimônias militares de grande pompa (com exclusão, portanto, dos mais baixos) seria perfeitamente compatível com o cânone da isonomia; (p. 81)

c) não haverá ofensa alguma ao princípio da isonomia se um centro de pesquisas desportivas estivesse realizando testes, mediante seleção pública, para perquirir se o biotipo da *raça negra* (ou da *raça branca*), influencia no nível de desempenho atlético conforme a modalidade de esporte, e, por isso mesmo negasse inscrição a candidatos alheios à *raça* pesquisada; (p. 81)

d) seria perfeitamente harmônica com a regra da isonomia e não configuraria discriminação em face de convicção política a rejeição que um partido político de centro-direita fizesse à filiação de um notório comunista em seus quadros ou, reversamente, a recusa que um partido comunista opusesse ao ingresso de um centro-direita professo e confesso; (p. 81)

e) não se faz *tábula rasa* do preceito igualitário quando se isenta do pagamento do imposto de importação o automóvel hidramático para uso de paraplégico (p. 83), ou quando se reduz substancialmente alíquota sobre automóveis adquiridos por motoristas profissionais para sua utilização exclusiva como táxi.

Desde que não colida com os valores enrustados na Lei Magna e que, concomitantemente, não resulte na exaltação de desvalores jurídico-constitucionais, nada obsta desigua-

lar entre categorias de pessoas (físicas ou jurídicas, públicas ou privadas) ou situações visando sempre a concretizar a igualdade real ou material.

É um erro crasso supor que o princípio da isonomia possa impedir que se criem desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. O legislador tem exatamente esta função, na sua criação: classificar pessoas, bens e valores, segundo as inúmeras variáveis fáticas, tais como qualificação profissional, montante da renda percebida, para lhes poder atribuir conseqüências jurídicas as mais diversas. A lei, quanto aos indivíduos, quase sempre atende as diferenças de profissão, de atividade, de particularidades específicas exigidas para o exercício de determinadas funções, de situação econômica, etc; e quase sempre também distingue a natureza, a utilidade, a raridade dos bens, excepcionalmente colhendo no mesmo comando todos os indivíduos ou todos os bens, e valores. E essas distinções são amparadas no agrupamento natural e racional desses indivíduos, bens, valores e fatos, essenciais ao processo legislativo e absolutamente não ferem o princípio da igualdade.

Repousa aí a relatividade do princípio, que vai variar segundo as opções do legislador para poder distinguir as plúrimas situações heterogêneas da vida e regulá-las segundo o critério político prevalente na conjuntura.

Aliás, nem podia ser diferente, vez que se chegaria à absurda conclusão de que o Estado estaria cerceado no seu exercício do poder normativo, se o processo legislativo fosse impedido de estabelecer essas diferenças.

A lei pode, portanto, tratar igualmente os iguais e os desiguais, ou desigualmente os desiguais, se quiser; não pode, porém, é tratar desigualmente os iguais.

De outra parte, informa a *American and English Encyclopedia of Law* (v. X, p. 302, verbete *Due Process of Law*, de autoria do jurista Magrath) que, nos Estados Unidos, uma lei, aplicável somente a um grupo ou classe de indivíduos, depende, para que seja considerada constitucional, de que preencha dois requisitos: 1.º) que compreenda no seu âmbito todos os que se encontram ou que venham a se encontrar em igual situação; 2.º) que a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa" (*apud* San Tiago Dantas, *Problemas de Direito Positivo*, Forense, Rio, 1953, p. 46).

Já a Corte Constitucional da Itália, em decisão de 18.04.67, afirmou sua competência para decidir sobre a racionalidade (*ragionevolezza*) das limitações opostas pelo legislador ordinário ao princípio da igualdade "esclarecendo que o citado princípio de igualdade deve considerar-se infringido ou frustrado somente no caso de que se constate irracionalidade do tratamento diferenciado preestabelecido pelo legislador no exercício de seu discricionário poder normativo" (Biscaretti di Ruffia, in *Diritto Costituzionale*, Ed. Jovene, Napoli, 1969, n.º 233, p. 719).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, somente "há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando *pretende tomar o fator "tempo" - que não descansa no objeto - como critério diferencial.*

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimenes, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Ed. Malheiros, 3ª ed., São Paulo, 1993, pp. 47-48).

De acordo com Celso Bastos, "o conteúdo do princípio isonômico reside precisamente nisto: na determinação do nível de abstratividade que deve ter o elemento diacrítico para que ele atinja as finalidades a que a lei se preordena. É o princípio da isonomia que pode ser lesado tanto pelo fato de incluir na norma pessoas que

nela não deveriam estar, como também pelo fato de não colher outras que deveriam sê-lo.

Mais uma vez resulta claro que o problema da isonomia só pode ser resolvido a partir da consideração do binômio elemento discriminado / finalidade da norma" (in "Comentários à Constituição do Brasil", v. 2.º, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, p. 9).

Nesse contexto de idéias constata-se que violenta o princípio da igualdade a lei que trate desigualmente pessoas, coisas ou situações, com base em fatores estranhos a essas mesmas pessoas, coisas ou situações. É a hipótese da lei fixando em 25% o imposto de renda dos indivíduos nascidos nos meses pares e em 30% o dos nascidos nos meses ímpares; de fato, o mês do nascimento é estranho e externo aos contribuintes, é neutro em relação a eles. É possível, porém, a lei conceder isenção do imposto de renda apenas aos nascidos há mais de 65 anos; na hipótese, estará sendo levada em consideração, para o tratamento diferenciado, a idade do contribuinte (e as conseqüências dela derivadas: dificuldade de ampliação da renda, necessidade de tratamentos médicos mais freqüentes, etc.).

O tratamento diferenciado estabelecido pela lei é agressivo à isonomia quando não houver correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações reguladas. É que, em assim sendo, a discriminação será gratuita, desarrazoada, sem sustento racional. E exemplo a distinção de vencimentos entre servidores públicos, determinada pelo sexo (o sexo, conquanto seja um fator diferencial entre servidores, nenhuma ligação lógica pode ter com uma maior ou menor remuneração). No entanto, é perfeitamente ajustada ao princípio da igualdade a concessão de licença a servidores, quando do nascimento de seus filhos, com prazos distintos para homens (5 dias) e mulheres (120 dias); o benefício em favor da mulher se justifica por ser ela quem dá à luz e amamenta.

A igualdade, impende ressaltar, não pode ser tomada em seu sentido literal, pois, como proclama Manoel Gonçalves F. Filho "a justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual dos desiguais".

Para Gomes Canotilho "o princípio da igualdade contém uma diretiva essencial dirigida ao próprio legislador: tratar por igual aquilo que é essencialmente igual e desigualmente aquilo que é essencialmente desigual. A qualificação

das várias situações como iguais e desiguais depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais". Disto não discrepa a jurisprudência quando ressalta que a igualdade, constitucionalmente imposta, significa proporcionalidade, isto é, reclama do legislador tratamento desigual de situações desiguais e tratamento homogêneo de situações idênticas.

Observe-se que esse tema, que se impregna de relevo indiscutível, foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n.º 58), em ementa assim plasmada:

"O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a civa de inconstitucionalidade". (in RDA, v. 183, p. 143)

Convém aduzir que "o princípio da igualdade é violado, quando não se encontra um motivo racional que resulte da natureza das coisas, ou de qualquer modo, evidente para a diferenciação legal.... enfim, quando a determinação deve ser classificada de arbitrária" (BV erfGE 1, 14, 52).

Friauf correlaciona o princípio da isonomia com a "teoria das peras e das maçãs: maçãs não são peras, e, assim, se devem tratar juridicamente as maçãs de modo diferente de como se tratam as peras.

Mostra-se alguma diferença: forma, sabor, cor, etc., e, sem maior exame, daí se tira a conclusão automática de que, em razão das dife-

renças existentes, será permitido um tratamento desigual, que, de qualquer modo, não parecerá arbitrário”.

O que num caso concreto é igual ou desigual não se pode estabelecer abstratamente ou de modo geral, mas apenas através de recurso ao sistema e aos princípios de determinado ramo jurídico. Assim, no direito penal, importa abranger todos os criminosos, nada importando se eles são ricos ou pobres. No direito militar, importa abranger as pessoas capazes: os doentes podem ser tratados de modo diferente de como se tratam os sadios. No direito tributário, a capacidade de contribuição fiscal e econômica desempenha um papel especial. Quem não tem essa capacidade deve ser tratado de modo diverso de como se trata o que a tem. De qualquer modo, seja qual for o ramo jurídico, se a diferenciação legal atende a um interesse público legítimo, ela não é violadora do princípio da isonomia.

Não pode passar despercebido o fato de que o princípio da isonomia só é infringido se um grupo de destinatários da norma em comparação com outros destinatários da norma é tratado de modo diferente, sem que existam entre os dois grupos diferenças de natureza e de tal peso que possam justificar o tratamento desigual. O que importa é que haja uma atuação racional, técnica ou eticamente fundada, que não se discrimine para discriminar.

Exsurge, neste ponto, a lição insuperável de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade deferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação lógica não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição” (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., S. Paulo, Ed. Malheiros, 1993, p. 17).

A reta aplicação do princípio da isonomia, segundo os conceitos expostos, exige a intervenção do Estado para proteção dos economicamente fracos nas relações contratuais em geral, ou, a chamada “proteção do contraente débil”. Assim, a liberdade de contrato deve ser colocada ao abrigo dos economicamente mais fortes, justificando-se, portanto, as restrições que visem a restabelecer o equilíbrio das vontades. Os contratos de trabalho e as diretrizes contratuais estatuidos no Código de Defesa do Consumidor decorrem de regulamentações es-

tatais, compensando as desigualdades fáticas existentes através do tratamento desigual de situações desiguais, sem que absolutamente se rompa, antes atendendo-se, o princípio de igualdade, traduzindo o conceito exato da justiça, e da igualdade desde que vise, na expressão de Dabin, ao “restabelecimento do equilíbrio entre o forte, seja nas trocas privadas, seja a respeito dos benefícios ou encargos da vida social”. Impõe-se destacar, a propósito, que para Sarotte “estas desigualdades só estão de acordo com a justiça desde que as leis ou a sua aplicação não criem diferenças ou discriminações contrárias aos grandes princípios do direito”.

O acesso a cargos públicos, indica o bom senso, é reservado aos candidatos que apresentem certos requisitos mínimos de idade, cultura geral, conhecimentos especializados, aptidão natural para as funções etc. Não configura, portanto, quebra ou derrogação do princípio da igualdade, na aplicação deste, que a escolha para tais cargos, mediante concurso público, recaia nos cidadãos que apresentam maiores méritos e mais destacadas condições de capacidade (art. 37, I, da Constituição Federal). Nesse passo, realça-se o voto do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, segundo o qual “a faculdade de exigir requisitos de acesso aos cargos públicos não briga com os princípios da igualdade e acessibilidade por força de conveniência específica do cargo, como a diplomação em certo curso, idade para determinadas funções e, até mesmo, grande vigor físico, ou QI acima do normal” (in *RDA*, pp. 185/101). O que a lei não pode exigir nem tomar em consideração são requisitos de fortuna, nascimento, classe social, religião, crenças políticas, naturalidade de certa região do país, pois, nesse caso, estar-se-ia em face de privilégios, isto é, condições inacessíveis a certos cidadãos, os quais o próprio conceito de igualdade desde logo exclui. A propósito, para C. Shmitt a igualdade perante a lei significa não só aplicação igual da lei emanada, mas também garantia contra exceções e privilégios, seja qual for a forma de que se revistam. E mais. Só é possível falar em igualdade onde exista, pelo menos, uma pluralidade de casos, isto é, onde exista uma regra geral.

Os auxílios e subvenções estatais são justificados quando atendem, primordialmente, ao interesse público, inobstante, subsidiariamente, beneficiem o dos particulares, como no caso das isenções de tributos a certas atividades de alcance social e as subvenções a certos empre-

endimentos de interesse social, aqui concretizando o exato conceito de isonomia ou igualdade: tratamento diferenciado das situações diferentes, ou seja, compensam evidente desigualdade criando outra desigualdade.

Do mesmo modo, não constitui ofensa ao princípio da isonomia a organização de serviços de assistência e previdência estatal destinados a pessoas ou classes necessitadas, ou ainda que se encontram numa relação mais direta com a consecução dos fins estatais, de que são exemplos os hospitais e os institutos de previdência. Realiza-se, aqui, a concepção de Staub para quem "aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério de sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério de sua desigualdade".

Averbe-se que, estando presente o interesse público (por atender a necessidade essencial ou quase essencial da coletividade) como expressão daquilo que interessa ao público, "há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento construído em função da desigualdade proclamada".

Deflui-se desse labor exegético que o princípio da isonomia não proíbe que a lei estabeleça distinções, até porque a lei não existe para criar igualdade e sim para disciplinar desigualdades. O que se proíbe na lei é o *arbitrio*, ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, vale dizer, sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. É proíbe ainda a *discriminação*, ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas. Quer isso dizer que o princípio da isonomia permite ao legislador fazer discriminações que atendam situações desiguais (a "desisonomia seletiva" a que alude Ives Gandra), desde que o critério discriminatório não seja arbitrário, mas esteja fundado em razões valiosas, de ordem econômica e/ou social.

3. Os privilégios processuais da Fazenda Pública

"Determinados privilégios impostos pelos interesses públicos em favor de entes estatais não violam o princípio da igualdade". (Pinto Ferreira)

A partir de um elenco exemplificativo de normas atributivas de privilégios processuais

instituídos em prol da Fazenda Pública, enfrenta-se a questão se tal legislação é "discriminatória", "arbitrária" e se importa em vulneração do princípio da isonomia.

Eis alguns dos ditames legais, de natureza processual, que concedem "privilégios" à Fazenda Pública:

a) prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar - art. 188 do CPC;

b) parâmetros diferenciados para que o juiz fixe os honorários de advogado, por apreciação equitativa, quando for vencida a Fazenda Pública - art. 20, § 4.º do CPC;

c) dispensa do adiantamento ou prévio pagamento das despesas de atos processuais a requerimento da Fazenda Pública (art. 27 do CPC e art. 39 da Lei n.º 6.830/80);

d) obrigação de sujeitar ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município e a que julgou improcedente a execução de dívida da Fazenda Pública (art. 475, II e III do CPC);

e) intimação ao representante da Fazenda Pública será *sempre* pessoal (art. 25 da Lei n.º 6.830/80), enquanto o advogado do executado é normalmente intimado pela imprensa;

f) vedação legal para que a Fazenda Pública faça o depósito prévio de 5% do valor da causa para promover ação rescisória (art. 488, parágrafo único do CPC);

g) só a Fazenda Pública pode requerer a produção de provas independentemente de tê-lo feito na petição inicial (art. 6.º, § 3.º da Lei n.º 6.830/80);

h) a Fazenda Pública está dispensada de preparo para a interposição de recursos (art. 511 do CPC);

i) a substituição de bens penhorados pela Fazenda Pública independe de qualquer ordem de enumeração (art. 15, II da Lei n.º 6.830/80);

j) os créditos contra a Fazenda Pública não são objeto de execução forçada, em face da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos, daí ser objeto de peculiar disposição constitucional (art. 100 da *Lex Magna*), que prevê o seu pagamento, mediante a apresentação dos

precatórios e à conta de verbas próprias, devendo ser pleiteados na forma estatuida no art. 730 do CPC.

A relevância do princípio da isonomia foi captada pelo Código de Processo Civil cujo art. 125, I determina *competir ao juiz quando dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento, ou, como expõem Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco:*

“ A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5.º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Assim, o art. 125 do Código de Processo Civil proclama que compete ao juiz *assegurar às partes igualdade de tratamento*; e o art. 9.º determina que se dê curador especial ao incapaz que não o tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa. No Processo Penal, ao réu revel é dado defensor dativo e nenhum advogado pode recusar a defesa criminal. Diversos outros dispositivos, nos códigos processuais, consagram o princípio da igualdade” (Teoria Geral do Processo, p. 54).

Arruda Alvim (*in* “Manual de Direito Processual Civil”, Ed. RT, S. Paulo, v. I, pp. 285/286) ao tratar dos princípios informativos do processo, com reflexo profundo no tempo e nos prazos, elencou o da paridade de tratamento das partes no processo, visando, em todos os aspectos, a conceder aos litigantes sempre uma igualdade de oportunidades. Ensina o festejado autor que “o princípio da paridade de tratamento inspira-se em princípio político-jurídico fundamental do Direito moderno: o da igualdade de todos perante a lei. Se todos são constitucionalmente iguais, perante a lei, projetada esta idéia no processo, o legislador processual tem, necessariamente, que propiciar um tratamento igual aos autores, de um lado, e aos réus, de outro, ou seja, todos os autores serão igualmente tratados, e, assim todos os réus (igualdade formal) e tendendo, quanto possível, atualmente, para a própria igualdade entre o autor e o réu, antagonista daquele (igualdade substan-

cial)”.

Contudo, exemplos há ao longo da legislação processual onde está consagrada a aplicação do princípio da isonomia, tratando-se desigualmente no processo os desiguais a fim de ensejar equilíbrio processual, que de outro modo não existiria. Assim, quando a Lei n.º 1.060/50 outorga ao necessitado o benefício da isenção da taxa judiciária, das despesas processuais, dos honorários dos advogados e perito, além da atribuição de defensores públicos às pessoas cuja situação econômica se revele precária, configura não a quebra, mas a materialização do princípio da isonomia, de modo a garantir uma igualdade efetiva de acesso dos cidadãos aos Tribunais. pois, ninguém desconhece que o alto custo dos serviços judiciários, já *a priori* representa causa de discriminação, desestimulando e até inibindo o recurso à Justiça das pessoas desprovidas de meios.

Por isso mesmo, Couture sentencia que *lo costo de la justicia es, por si mesmo, su instrumento de desigualdad*.

Nesse diapasão não se pode acoiimar de arbitrárias as desequiparações processuais da Fazenda Pública cujo tratamento diferenciado não importa em favorecimentos desmedidos nem implica em vantagens exageradas, dado que não ultrapassa os limites próprios do conteúdo jurídico do princípio da isonomia.

Acresça-se que os privilégios processuais da Fazenda Pública insculpidos na legislação não derruem o princípio da isonomia e têm resistido bem às críticas que lhe têm sido assentadas, conquanto:

a) são normas postas por exigência de interesse público ou social e não no interesse privado, até porque não encontra aplicação nas relações privadas;

b) são normas de caráter geral em que a prerrogativa ou privilégio não pode ser fruído por alguém em caráter exclusivo e individual, daí não se poder cogitar de desequiparações injustificadas;

c) são normas de ação que não afastam nem afetam as garantias processuais constitucionais do juízo natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outras.

Demais disso, o legislador processual, ao disciplinar as desigualdades outorgando privilégios à Fazenda Pública, adotou “como critério diferenciador algo que esteja razoavelmente

relacionado com a finalidade da diferenciação imposta" (Hugo Machado). Ressalte-se, a título de ilustração, que a jurisprudência constitucional portuguesa tem também proclamado que a isonomia processual dos jurisdicionados "não impõe a absoluta uniformidade de regimes jurídicos para todos os cidadãos, qualquer que seja a situação em que se encontrem, permitindo diversidade de regimes justificada por diferença de situações..." (cf. Acórdão de 3 de março de 1977, estampado no BMJ, 269:194).

Quando o Código Processual Civil e a Lei n.º 6.830/80 atribuem à Fazenda Pública vantagens processuais sobre o litigante particular, como ocorre nos dez exemplos arrolados, procuram o atingimento de uma igualdade efetiva, de fato (igualdade substancial) e não apenas e tão-somente a igualdade jurídica (a isonomia meramente formal). *dai porque José Carlos Barbosa Moreira* (in *Revista de Processo*, v. 37, p. 141) preleciona que "é razoável considerar que a desigualdade formal, aí, espelha uma desigualdade substancial e, por conseguinte, a rigor não se choca - mas, ao contrário, se harmoniza - com o postulado da igualdade".

O mesmo José Carlos Barbosa Moreira (in *Revista de Processo*, v. 44, pp. 176/185), no trabalho intitulado *La Igualdad de las Partes en el Proceso Civil* destaca três formas ou exteriorizações da igualdade no plano processual:

a) É indispensável, antes de tudo, que ambos os litigantes possam nutrir alguma esperança de vencer; e, mais ainda, que possam confiar na vantagem prática da vitória. A igualdade das partes se traduz aqui, por IGUALDADE DE RISCOS; (p. 177)

b) no desenvolvimento da atividade processual, a tônica da problemática recai sobre a IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ou "de chances". Ou seja, há que se assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do pleito; (p. 178)

c) é imprescindível garantir aos litigantes a IGUALDADE DE TRATAMENTO pelo órgão judicial. Isto exige, antes de tudo, que a conformação do procedimento não fique sujeita ao arbítrio do juiz, sem que se ajuste ao modelo previamente instituído pela lei para os processos em geral (p. 178).

E os privilégios processuais da Fazenda

Pública não lesionam a igualdade *de riscos, de oportunidades* ou *de tratamento*, ou seja, não implica em quebra do princípio da isonomia na sua dimensão processual e no plano concreto, até porque não estão desprovidos de fundamento racional. Vale dizer, os privilégios processuais da Fazenda Pública visualizados, sob a ótica processual, como interesses coletivos e públicos representam o direito do maior número, e, por isso mesmo, quando em confronto com os interesses individuais e privados, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria. Com efeito, os favores processuais à Fazenda Pública existem, também, em razão da complexidade da máquina administrativa estatal, que não dificulta maior vigilância de seus interesses (que são os da coletividade) como ao particular que só demanda episodicamente.

O privilégio ou a supremacia jurídica da Fazenda Pública vincula-se à idéia de mais poder, mais força ou uma preferência face ao regimento processual vigorante. E, segundo Sérgio Ferraz (in *RDP*, vs. 53/54, p. 41) "aparentemente, portanto, o privilégio representa exatamente uma negação da própria igualdade perante a lei: onde houvesse privilégio, não haveria igualdade, e vice-versa". Contudo, o acatado Sérgio Ferraz apressa-se em desfazer tal ilação, asseverando que é indiscutível que "a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que não são de seu proveito próprio mas, sim, da coletividade que a criou". Depois arremata que "na idéia de Fazenda Pública existe toda uma estruturação fisiológica e anatomicamente conformada para a satisfação dos interesses coletivos". E a jurisprudência pátria já se consolidou no sentido de que só fere o princípio da isonomia quando o discrimen legal redundar em preconceito ou discriminação, longe de preservar o interesse público, configurando-se como arbitrário, abusivo, desarrazoado, sem qualquer lógica ou plausibilidade.

Por isso o Supremo Tribunal Federal já firmou orientação jurisprudencial de que "a igualdade perante a lei que a Constituição Federal assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não compreende a União e as demais pessoas de direito público interno, em cujo favor pode a lei conceder privilégios impostos pelo interesse público sem lesão à garantia constitucional" (in *RF*, 201/118).

Significa ser no interesse público que se radica o traço determinante de legitimidade fundamentadora, perante o ordenamento jurídico,

do fator discriminatório que identifica a observância do princípio da isonomia, pois é nítido que a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que não são de seu proveito próprio mas, sim, da coletividade que a criou.

Semelhante jurisprudência mansa e pacífica tem acolhimento indiscrepante no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho que reiteradamente há decidido que:

“PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INTERNO. Reexame obrigatório das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Em alguns casos, a existência de interesse público relevante torna obrigatória a reapreciação da matéria julgada no juízo de primeiro grau. É o que ocorre nas hipóteses do Decreto-Lei n.º 779 de 1969 com relação à União, aos Estados, Municípios, Autarquias ou Fundações de direito público que não explorem atividade econômica. Os privilégios instituídos no referido Decreto-Lei não se chocam com o princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, previsto no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, pois o que se visa com este princípio é o tratamento de igual forma para todos que estejam em idêntica situação, prevenindo o cidadão contra o arbítrio e a discriminação públicos, o próprio constituinte permite que o legislador infraconstitucional estabeleça tratamento diferenciado ao dizer, no art. 173, § 1.º (Constituição Federal) que só estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, quando explorem atividade econômica. Assim, caracterizadas as hipóteses previstas no Decreto-Lei n.º 779, de 1969, as sentenças só produzem efeitos depois de confirmadas pelo Tribunal”. (RR - 41735/91, in DJU de 16.04.93, seção I, pp. 6555-6).

Tanto isso é verdade que o TST consolidou no seu Enunciado n.º 303:

“Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, decisão contrária à Fazenda Pública”.

Infere-se, então, que os privilégios processuais de concessão de prazo favorecido para defesa e recurso para a Fazenda Pública, ou o

fato de pagar despesas processuais tão apenas ao final da ação ou ainda de estar desobrigada do exigível depósito prévio na ação rescisória tornam evidente que a Fazenda Pública, em todos os momentos processuais alberga um interesse público, daí porque goza de um tratamento diverso dos particulares. Tal desigualdade, contudo, não afronta o princípio da isonomia, posto que, na verdade, se a lei desigualar, se a sentença desigualar, a desigualdade, ao contrário do que pareça, resulta necessariamente do princípio constitucional da igualdade; a desigualdade não é repelida: o que se rechaça é a desigualdade injustificada, carente de conexão lógica para a realização do fim jurídico buscado, sobretudo quando este fim jurídico e estes privilégios têm lugar reservado e assento no ordenamento processual vigente.

Por relevante para a inquietante e rica temática, traz-se à colação a expressiva e indestrutível argumentação do Prof. Sérgio Ferraz (in RDP pp. 53/54), *verbis*:

“O que se denomina *Fazenda Pública* é exatamente um conjunto de órgãos que, segundo alguns, se apresenta exatamente como a vivência dinâmica do Estado em juízo; segundo outros, como a personificação fiscal do Estado; segundo outros mais, como sinônimo de Estado; mas, de qualquer maneira, sempre será uma conjugação de aparatos de ordem estatal. É indiscutível, por isso, que a Fazenda Pública preencha finalidades inteiramente diversas que motivam o dia-a-dia do cidadão.

Ressalvadas as hipóteses de filantropia, as hipóteses de seres especiais, na verdade, cada um de nós vive o seu dia pensando em obter o maior proveito possível para si, para os seus, desde que não criando, com isso, qualquer violência ou prejuízo para o seu semelhante. O Estado não atua pensando em si, mas pensando na coletividade que o criou.

Isso significa que o Estado é um ente profundamente diferente do particular. Quando a Fazenda Pública comparece em juízo, na verdade, não se está em face de iguais. Se a sua submissão perante a norma substantiva é idêntica à do particular - apanágio do Estado de direito - na órbita processual, meio ambiente para viabilizar a pretensão principal, as desigualdades objetivas terão de ser, contudo,

refletidas. Quando o Estado comparece a juízo ele não é apenas um autor, um réu, um assistente, um oponente, um litisconsorte; enfim, etc não é tão apenas isso. Ele está comparecendo em juízo levando consigo toda uma carga de interesse público, toda uma carga de interesse coletivo, que é a própria razão de ser da sua existência, inclusive se podemos figurar na relação processual como adversários do Estado, no final das contas, ao menos indiretamente, somos interessados também naquilo que venha ser obrigado o Estado a cumprir, em razão do ditame judicial. De alguma maneira seremos atingidos, mesmo se vencedores, pois de qualquer modo o nosso interesse estará indissolúvelmente ligado àquilo que venha a ser ditado à parte Estado. Ora, se os interesses contrapostos não são iguais - e na verdade não são - os chamados *privilégios da Fazenda Pública não constituem quebras ao princípio da igualdade*" (p. 42).

Ajusta-se como uma luva a hipótese *subexamine* a colocação de Pimenta Bueno para quem "a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania". (*apud Celso Antonio B. de Mello, op. cit., p. 18.*)

Nesse passo, avulta com todo vigor a enfática lição do Ministro José Celso de Mello para quem "o tratamento discriminatório se legitima *juridicamente* em virtude de pressupostos lógicos e objetivos que justificam, racionalmente, a desequiparação operada".

Estes subsídios doutrinários encontram ressonância e amparo na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal que, no RE n.º 83.432 - SP (in RTJ - 94/209), assim decidiu:

"Não ofende o princípio da isonomia aplicável à igualdade das partes no processo, o conferimento de tratamento especial à Fazenda Pública, o que se faz em atenção ao peso e superioridade de seus interesses em jogo".

O Ministro Leitão de Abreu, relator do processo, deixou claro no seu voto que "a Fazenda é a Fazenda, não podendo ao interesse dela, que é público, nivelar-se o interesse, meramente privado, do contribuinte. Logo legítimo, na espécie, o privilégio com que se forra o interesse

público, privilégio que não é inédito, pois encontra, no campo processual, símiles numerosos.

É inegável que o interesse público prefere ao interesse privado e que, em nome dessa preferência, a ordem processual cuida, em certos pontos, de oferecer à Fazenda Pública posição mais favorecida do que a prevista, em situação *análoga, para o comum das partes*. Tais são os casos do recurso de ofício, dos prazos processuais, dos honorários de advogados, além de outros, sem falar de regalias de que goza, em outros campos jurídicos, como a concorrente à prescrição.

Em nenhuma dessas hipóteses se trava, no entanto, o *iter* processual do contribuinte. Se a prerrogativa, assegurada à Fazenda, lhe confere, na contenda processual, posição favorecida, o favor não é tal que impeça a outra parte de prosseguir no exercício do seu direito subjetivo de ação". (p. 211)

Na sua motivação o Ministro Rafael Mayer destacou "que a supremacia da administração pública e do poder público em relação aos administrados tem diversas manifestações e estas que se exercem nos procedimentos judiciais fluem do mesmo princípio. Na verdade, não se poderia, somente neste caso, quando tantas são as espécies em que se criam privilégios para a Fazenda Pública, em atenção à supremacia do poder público em relação aos administrados, e aos superiores interesses da Administração, considerar-se inconstitucional o dispositivo sob color de tratamento desigual, quando na verdade são desiguais as partes em causa. (p. 213)

Já o Ministro Soares Muñoz tomou evidente que "mais do que o princípio da igualdade, o processo, principalmente o processo civil, é informado pelo princípio do contraditório, que dá às partes iguais oportunidades". (p. 213)

Nas suas razões o Ministro Moreira Alves averbou "que não há violação do princípio da isonomia, tendo em vista a circunstância de que, a meu ver, não ocorre, no caso, a igualdade de situação das partes, que é pressuposto necessário para que esse princípio se aplique". (p. 214)

Por sua vez, demonstrou o Ministro Djaci Falcão que os privilégios processuais em favor da Fazenda Pública não afrontam ao princípio da isonomia e aduziu:

"As diversas espécies de igualdade jurídica, compreensivas da igualdade civil, política, social, fiscal e jurisdicional, não se inserem num igualmente aritmé-

tico e absoluto. Contudo, o princípio de tratamento igual para todos pressupõe a existência de uma identidade de situações. Onde não há uma identidade de condições e circunstâncias não há que invocar o sedutor postulado jurídico da igualdade. Não se pode considerar violado o princípio da igualdade inserida no art. 153, § 1.º, da Constituição Federal, quando se assegura às pessoas de situações desiguais direitos, prerrogativas e vantagens desiguais. Este o alcance finalístico dessa declaração de direito”.

Com propriedade acentuou o eminente Des. Gonçalves Santana:

“Está definitivamente firmado que não se equipara ao particular a Fazenda Pública. A relevância do interesse público, por estar preservado, separa-a, na sua natureza, do particular.” (f. 47). (p.216)

À vista do sentido, do alcance e do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, e com lastro nos inúmeros fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, verifica-se que os privilégios processuais da Fazenda Pública constituem instrumentação dos meios para realização de finalidades de interesse público e reconhecimento de diversidades, que, não infirmam, mas, ao revés, confirmam que o princípio da isonomia não existe como igualdade ideal ou

como “fórmula vazia” (*Leerformel*), mas para realizar o princípio de justiça, onde se busca o equilíbrio social e a igualdade real e substancial. Vale dizer, o princípio da isonomia “muito longe de representar o domínio da forma abstrata sobre as exigências vitais, a hipocrisia da uniformização sobre a autenticidade das diferenças criadoras, é a verdadeira garantia para a evolução harmônica da humanidade, cuja grande riqueza, como bem disse Teilhard de Chardin, é feita pela unidade de suas diferenças” (Fábio Comparato, in *RTDP* 1/93, p. 78).

Ex positis, não é demais repetir-se que as disposições legais que outorgam privilégios processuais à Fazenda Pública conformam-se com o princípio isonômico consagrado na Constituição, mesmo porque o princípio da igualdade realiza-se no dispensar tratamento desigual aos desiguais e tratamento igual aos iguais. Em síntese, os privilégios processuais da Fazenda Pública sintonizam-se com o preceito isonômico na medida em que não são incompatíveis com os valores encartados e reconhecidos no Texto Constitucional. Demais disso, retirando-se da temática qualquer “idealismo utópico” não há que cogitar de favoritismos nem de perseguições, além de estribar-se numa “relação de pertinência lógica” justificável que torna congruente os privilégios processuais da Fazenda Pública com o princípio da isonomia.

O papel do Senado Federal no controle do endividamento público no Brasil

JUAREZ DE SOUZA, JOSÉ LUIZ LOBO PAIVA E
MAURO MÁRCIO OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Controle do endividamento nas Constituições e leis – perspectiva histórica. 3. Dispositivos constitucionais de 1988. 4. Avaliação da aplicação dos dispositivos (resoluções do Senado Federal). 5. Endividamento público ótimo – esboço de um modelo. 6. Conclusões e recomendações.

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo discutir o controle institucional do endividamento do Estado no Brasil, exercido pelo Senado Federal. Como se sabe, esta função atribuída ao Senado faz parte da divisão de poderes da República e, historicamente, figura entre as suas principais atribuições privativas.

No quadro conceitual da metodologia, este trabalho pode ser tido como exploratório, na medida em que visa dar conta dos elementos empíricos, organizados num quadro histórico-institucional, mapeando fatos específicos num espaço determinado, avançando, quando muito, na formulação de modelos e hipóteses preliminares. Vista a validade do esforço, a ele poderão se suceder uma série de estudos que poderão, com mais propriedade, discutir e aferir equações de comportamento, modelos mais completos e testar hipóteses até então apenas sugeridas. Refere-se, neste particular, a estudos com base macroeconômica mais consistente. Destes, poderão ser derivados, por fim, proposições de políticas a serem perseguidas pelo Estado, por meio de seu segmento Legislativo.

O *modus operandi* do controle sofreu alterações substantivas a partir de 1967 e, em especial, após as discussões e deliberações da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Trata-se, evidentemente, de uma evolução ins-

Juarez de Souza, José Luiz Lobo Paiva e Mauro Márcio Oliveira são Assessores Legislativos do Senado Federal.

titucional que não deve perder de vista o fato do grande aumento da participação do Estado na economia brasileira pós-guerra – seja do lado da simples regulamentação das atividades econômicas, seja do avanço estatal diretamente no parque produtivo do País. Com efeito, após as reformas Campos-Bulhões (1964/67), também cresceu a participação do Estado (setor público, *e.g.*) na captação de recursos financeiros. Segue-se, portanto, a ampliação das responsabilidades do Senado nesse processo, porquanto a Câmara Alta detém o controle institucional das operações de crédito do setor público – um exercício de competência privada definido pela Constituição.

A importância intrínseca desta linha de investigação decorre, especialmente, das características – volume, perfil, condições – do endividamento público decorrente da ampliada participação do Estado na esfera econômica, das alterações das normas constitucionais recentes que potencializam o controle institucional sobre as ações do Executivo e da necessidade de uma base técnica competente no interior do Legislativo, num contexto de regime democrático, que possa dar conta, a tempo, da complexidade da matéria, não descurando da capacidade de o Estado animar o processo acumulativo nacional.

Nas seções 2 e 3 discutem-se os aspectos institucionais do controle do endividamento público numa perspectiva constitucional ao longo da história. A seção 4 dá conta dos aspectos técnicos da regulamentação do exercício da competência privativa do Senado Federal. Na seção 5 está proposto um esboço de modelo teórico com variáveis macroeconômicas – a partir de um conceito de endividamento público ótimo e de relação entre investimentos públicos adicionais e o nível de poupança agregada da economia – úteis ao exercício da competência do Senado. Por fim, na seção 6, são apresentadas as conclusões e algumas sugestões para o aprimoramento do exercício de função institucional tão relevante na vida econômica do País, particularmente no tocante a mudanças no Texto Constitucional que deveriam ocorrer com a redefinição do padrão de financiamento do Estado.

2. Controle do endividamento nas Constituições e leis – perspectiva histórica

Na República brasileira, ao Senado cabe, no campo estritamente legislativo, desempenhar, de forma preponderante, a função de re-

visar as deliberações da Câmara dos Deputados; a de processar e julgar, nos crimes de responsabilidade, autoridades públicas preponderantes; a de dispor sobre o endividamento público no contexto da preservação do equilíbrio federativo; bem como a de exercer sua parcela de responsabilidade no esquema de “pesos e contrapesos”, relativamente ao Poder Executivo, no caso de escolha e da aprovação de ocupantes de cargos públicos.

A avaliação sobre o controle do endividamento do Estado brasileiro cobre o período que vai da Constituição de 1824 até a de 1988.

O Império do Brasil fundou-se sobre a dependência às finanças internacionais, tendo herdado dívidas contraídas pelo e para o Império português. Evidência disso é a atribuição definida para a Assembléia Geral na Constituição de 1824 de “estabelecer meios convenientes para os pagamentos da dívida pública” (art. 15, item 14).

Ademais, entendeu-se necessário ou cabível atribuir o controle pela Assembléia Geral apenas quanto à contratação de empréstimos (e não operações de crédito em geral) pelo governo (imperial), o que perdurou por 65 anos, mais precisamente até o fim do Império, em 1889. Ao lado disso, sob inspiração descentralizadora, o Ato Adicional de 1934 (Lei n.º 16, de 12.8.34), atribuiu competências às Assembleias Legislativas Provinciais de “autorizar as Câmaras Municipais e o Governo Provincial para contrair empréstimos, concorrendo nas suas respectivas despesas”.

Em 1890, o Governo Republicano Provisório editou o Decreto n.º 510, pelo qual fez publicar a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, ficando mantidas as atribuições anteriores da Assembléia Geral, agora sob a designação de Congresso Nacional, com as seguintes alterações:

Constituição de 1824	Constituição de 1890
empréstimos	empréstimos e outras operações de crédito
estabelecer meios para pagamento da dívida	legislar sobre dívida pública e estabelecer meios para o seu pagamento

Afora estas alterações, aparece um novo dispositivo pelo qual o Governo Federal afiança o pagamento da dívida pública interna e externa (art. 81). Esta garantia estaria a indicar

a necessidade de o Governo Federal, no quadro federativo nascente, dar apoio à implantação dos Estados unidos. Concretamente estaria neste dispositivo a indicação de que a partir de então, as unidades federativas passaram a dispor da capacidade de contratação de empréstimos e, portanto, de se endividarem.

Tais dispositivos da Constituição de 1890 são confirmados pela de 1891 e, por não terem sido objeto das emendas de 1926, permaneceram inalterados até 1934, quando sobreveio uma nova constituição. Ressalte-se, entretanto, que tais emendas inseriram a faculdade de *intervenção da União nos Estados quando se caracterizasse incapacidade para organizar suas finanças, o que seria demonstrado pela "cessação de pagamentos de sua dívida fundada, por mais de dois anos"* (art. 6.º, IV). Este mecanismo institucional teve caráter reativo e seria, certamente, aplicável em última instância em casos decididamente graves e crônicos. A partir de então, a intervenção firmou-se como preceito constitucional permanente em todas as constituições com a novidade de que a faculdade também contemplaria a dos Estados em relação aos Municípios, a partir da Constituição de 1934. Desconsiderados os tipos de inadimplência motivadores da intervenção (ora a *dívida fundada, ora a dívida externa*), o preceito está assim registrado:

Constituição	Intervenção pela União	Intervenção pelo Estado
1981 e/ emenda 1926	art. 6.º, IV	-
1934	art. 12, VI	art. 13, § 4.º
1937	art. 9.º, d	-
1946	art. 7.º, VI	art. 23, I e II
1967	art. 10, V, a	art. 16, § 3.º, a e b
1969	art. 10, V, a	art. 15, § 3.º, a e b
1988	art. 34, V, a	art. 35, I

A Constituição de 1934 trouxe algumas novidades em relação às precedentes nos seguintes pontos:

a) inaugura-se a competência do Poder Legislativo para "dispor sobre operações de crédito", em caráter geral, categoria conceitual mais ampla ou abstrata do que a que lhe atribui a competência de autorizar contratações de

empréstimos. Tal dispositivo, entretanto, submerge com as Constituições de 1937 e de 1946 para reaparecer na de 1967 e continuar, inalterado, até a presente;

b) as contratações submetidas à autorização prévia sofrem três movimentos simultâneos:

b.1) têm seu espectro reduzido de "empréstimos e outras operações de crédito" para "empréstimos";

b.2) o controle passa a incidir sobre Estados, Distrito Federal e Municípios e não mais sobre a União; e

b.3) o controle passa a ser exercido pelo Senado Federal e não mais pelo Congresso Nacional.

O constituinte de 1946 inovou, relativamente ao de 1934, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência de *autorizar*, em geral, operações de crédito (art. 65, VI). Ocorre que ao Senado Federal foi atribuída a competência de *autorizar* as mesmas operações, explicitamente, a Estados, Distrito Federal e Municípios. A hipótese de compatibilização exige o entendimento de atribuir a autorização conferida ao Congresso Nacional somente às operações de crédito da União e, ao Senado Federal, as de Estados, Distrito Federal e Municípios. Caso contrário, a consagração de competência ao Congresso Nacional revelaria a possibilidade de choque potencial com o Senado Federal, nos casos de Estados, Distrito Federal e Municípios.

As mais sensíveis modificações nos papéis do Legislativo relativamente ao controle do endividamento público vieram a ocorrer com a primeira Carta dos governos militares, vale dizer, a de 1967. As razões, no âmbito da economia, para a reorientação das competências senatoriais, encontram-se na modificação do padrão de financiamento da economia brasileira observada na década de 60, quando aumenta a importância dessa modalidade de financiamento e com ela, a necessidade de controle pelo Senado. Nessa ocasião, as reformas fiscal e monetária, implementadas por Campos Buihães, que redundaram na criação da ORTN, da correção monetária, incluída a concepção de que o Estado deveria financiar de forma não inflacionária os *déficits* por meio do lançamento de títulos competitivos no mercado, abriram espaço para captação de recursos no mercado pelo Estado, além das fontes clássicas de recursos tributários e de *seigniorage*.

Assim, pela primeira vez na história, apa-

rece como competência legislativa a de fixar limites globais para o montante da dívida consolidada. A emergência de um novo modelo institucional para o Estado brasileiro, tendo ocorrido sob uma inspiração autoritária e centralizadora, acabou condicionando os termos da prática de controle parlamentar, reduzindo-o, de um lado, aos atos praticados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e, de outro, à vontade e iniciativa do Presidente da República. Neste contexto, sendo controláveis apenas os atos de Estados, Distrito Federal e Municípios, é natural que a competência sobre os mesmos tenha sido entregue ao Senado Federal, a Casa Legislativa responsável pelo equilíbrio federativo. Tal arranjo e concepção perduraram por duas décadas, vale dizer, da Constituição de 1967 até as vésperas da promulgação da de 1988. Talvez por aí se explique o crescimento do endividamento da União, nos anos 70, já que o endividamento público federal teve seu "controle" regulamentado na Lei Complementar n.º 12/71, portanto fora dos limites estabelecidos pelo Senado Federal. A assunção de novas competências deve-se, por outro lado, ao exagerado crescimento do estoque de dívidas externas do setor público federal no período 1969/88 e que não estava sob o controle da Lei Orçamentária (pela Lei Complementar 12/71, os encargos financeiros dos débitos ficavam fora da Lei Orçamentária).

Já existia no período 1963/67 um certo desequilíbrio de finanças públicas, como tudo levava a crer. Isto decorria, basicamente, da insuficiência de mecanismos institucionais de financiamento da economia em geral e do Estado em particular. Porém, é interessante observar que essa preocupação com o processo de endividamento surge quase no mesmo instante em que são definidos novos instrumentos de financiamento para o poder público. Não há uma ruptura, um desequilíbrio das finanças públicas, sobretudo, no que diz respeito a encargos financeiros, para que o Senado passasse, naquele momento, a incorporar esse tipo de controle. É uma espécie de "preparação de terreno" para os efeitos da reforma do sistema monetário, da criação do Banco Central, da instituição da correção monetária, da reforma tributária propriamente dita, na qual os Estados e Municípios passam, inclusive, a participar dos fundos federais como FPE e FPM que expressam, na verdade, parte substantiva da partilha tributária entre as três esferas de governo. Surge, então, a necessidade de haver

um controle por uma instância que representasse o equilíbrio da Federação, porquanto os Estados e Municípios seguramente competiriam com a União na captação de poupança privada, inclusive pela via mobiliária. Assim, o Texto Constitucional de 1967 já incorporava uma preocupação de controle, embora seu grau de eficácia seja discutível. Muito embora a Constituição de 1967 tenha sido capaz de incorporar, de maneira preventiva, a necessidade de controle, parece que os instrumentos de regulamentação desse preceito constitucional não foram eficazes, haja vista o descontrolado verificado a partir de meados dos anos 70.

Deve-se ter em mente que nesse período o País vivia sob regime militar, o qual proporcionou a Carta de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Assim, é de se examinar a influência que o autoritarismo dos governos militares exerceu sobre o grau de controle do Senado Federal no endividamento público. Com base na legislação então vigente pode-se dizer que foi, relativamente, muito menor na definição direta da competência privativa do Senado Federal e muito maior na exclusão do próprio Congresso Nacional no processo de endividamento. Assim, com os instrumentos da Lei Complementar n.º 12, de 1971, e o Decreto-Lei n.º 1.312, de 1972, as operações de endividamento federal foram deslocadas do Orçamento Fiscal para o Orçamento Monetário, deixando de ser submetidas ao Congresso, o que pode consubstanciar o autoritarismo na condução do processo de endividamento. Já no que afeta diretamente ao processo de endividamento de Estados e Municípios, as alterações na competência do Senado Federal estão na subordinação das normas de controle global as propostas da Presidência da República, evidenciando a centralização na condução desse processo.

A Constituição de 1969, conforme mencionado anteriormente, incorporou uma determinada preocupação com o controle de endividamento público quando ainda não havia o descontrolado do próprio processo. Já a de 1988 incorporou a preocupação com o endividamento da União e aumentou a abrangência da competência privativa do Senado Federal, mas agora numa situação de desequilíbrio do setor público. Este fato permite levantar a hipótese de que a perda de eficácia no controle do processo de endividamento público estava muito ligada ao exercício restrito dessa competência

pelo Senado (vale dizer, de suas resoluções) e à própria competência conferida pelo Texto Constitucional, que não incorporava na concepção de controle, a ideia de montante e sua adequação à capacidade de pagamento do setor público, além do fato de sujeitá-la à prévia proposta do Poder Executivo Federal. Além do mais, o Texto Constitucional não atribuía ao Senado Federal o controle da dívida pública federal – externa e interna. Isso remete a uma avaliação das resoluções levadas a efeito até o presente, especialmente nas esferas municipal e estadual pré-constituente de 1987 e na esfera federal pós-constituente.

Outra novidade destacável, a partir da Carta de 1967, é a alteração do antigo dispositivo sobre a competência de o Congresso Nacional estabelecer meios para solver a dívida pública (presente de 1824 a 1946). Este preceito é substituído pelo estabelecimento de prazos, juros e demais condições das obrigações, entregue ao Senado Federal (art. 69, § 2º, a), além de acrescentar a faculdade de proibir/limitar, ainda que temporariamente, a emissão e lançamento de obrigações (art. 69, § 2º, c), agora restrita a Estados e Municípios e dependente de proposta do Presidente da República. Tal interveniência do Poder Executivo testemunha o caráter centralizador e autoritário do modelo de controle político do endividamento público que, simultaneamente, subordinava o Congresso Nacional e deixava as operações da União de fora deste tipo de controle.

Ainda assim, ao lado disso, foram criadas restrições, limites e condicionalidades para despesas orçamentárias e para operações de adiantamento de receitas (conhecidas como ARO) ao longo do exercício fiscal. A este propósito, vale recordar que o Poder Executivo submetia ao Poder Legislativo apenas uma parte do orçamento da União, deixando de lado o orçamento monetário e o das estatais, com o que os parlamentares lidavam com uma verdadeira obra de ficção.

Em princípio, tudo leva a crer que, a partir da década de 60, por inexistir descontrole do processo de endividamento e a dívida pública surgir como uma modalidade nova de financiamento da produção, em tese, não inflacionária, o Senado não foi capaz de efetivamente incorporar ao exercício de sua competência uma preocupação com o controle. Todavia, apesar de ter avançado na direção de categorias conceituais mais apropriadas ao controle do

processo de endividamento público, a faculdade de operações extralimites para Estados, Distrito Federal e Municípios, a exemplo de FAS e FNDU, inviabilizou, também, o exercício do controle. A escassa literatura sobre o assunto mostra que grande parte dos empréstimos a Estados, Distrito Federal e Municípios era feita junto a fundos e instituições englobadas naquela categoria. Por seu turno, conforme salientado, o Texto Constitucional não apenas subordinava o exercício da competência à prévia iniciativa do Executivo Federal, como também restringia a atuação do Senado às categorias *financeiras das operações em si e não ao controle do processo de endividamento público* como um todo. Neste particular, as resoluções do Senado, embora de eficácia reduzida, avançaram conceitualmente em relação ao próprio Texto Constitucional.

Elaborada sob governo civil, se bem que ainda eleito por votação indireta, em plena época de redemocratização, a Carta de 1988 altera as competências do Senado Federal em duas diferentes linhas:

a) passa a abranger também os limites para a *dívida consolidada* da União (art. 52, VI), ainda que submetida à iniciativa do Presidente da República;

b) inaugura a faculdade de dispor sobre limites e condições para a *dívida mobiliária* de Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ao lado disso, merecem destaque:

a) a lei complementar sobre finanças públicas (art. 163) cria uma certa confusão com as competências privativas do Senado Federal (art. 52);

b) a não-incidência do controle legislativo sobre as entidades controladas pelos poderes públicos dos Estados, Distrito Federal e Municípios naquilo que diz respeito ao estabelecimento de limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno (art. 52, VII); e

c) o abrandamento dos termos da *intervenção* de Estados em Municípios, já que o seu exercício se daria em condições de inadimplemento “sem motivo de força maior” (art. 35, I).

Após 1988, ao contrário das experiências anteriores, as resoluções do Senado passam a apresentar um maior rigor conceitual com probabilidade de proporcionar maior eficácia, atribuíveis, em sua origem, à maneira democrática como esta questão foi tratada no âmbito da

Assembleia Nacional Constituinte.

3. *Dispositivos constitucionais de 1988*

As competências privativas anteriores do Senado, a Constituição de 1988 adicionou outras, como, por exemplo, as que afetam as áreas monetária e financeira oficiais, porquanto os pretendentes à Presidência e diretorias do Banco Central, indicados pelo Presidente da República, sujeitam-se à aprovação do Senado Federal.

Na questão da dívida, especificamente, o primeiro ponto a ressaltar é que os constituintes de 1988 incorporaram ao controle privativo do Senado a questão do endividamento, da dívida consolidada, das operações de crédito interno e externo da União e das entidades por ela controladas, além de manter as de Estados, Distrito Federal e Municípios. Esse é um ponto extremamente positivo, pelo menos em termos de divisão de poderes e de exercício democrático desses. Além do mais, manteve-se o princípio da autonomia dos poderes locais, porquanto o mérito das operações de crédito é definido ao nível das leis (LDO, Lei de Meios e do Orçamento Plurianual), cabendo ao Senado Federal examinar limites e condições por ele fixadas.

Também foram ampliados os mecanismos de controle exercidos não somente pela fixação de limites globais para o montante de dívida consolidada, mas também para as operações internas e externas de crédito desses entes públicos, bem como a concessão de garantias em operações de crédito interno e externo. Tudo isto matéria de competência privativa, conforme incisos V a VIII, do art. 52.

Ao lado disso, a Constituinte excluiu da competência de controle do Senado Federal o processo de endividamento das entidades controladas pelas esferas de governo estadual, do Distrito Federal e municipal, assim como o poder de estabelecer os limites globais e condições específicas para a dívida mobiliária da União (art. 52, IX).

Como se vê, no contexto geral da ampliação das competências do Senado Federal, anota-se a restrição do controle legislativo no processo de endividamento das entidades controladas pelos poderes públicos das esferas estadual, do Distrito Federal e municipal e no estabelecimento das condições e dos limites globais específicos para a dívida mobiliária da União.

Ademais, o exercício da competência do Senado no caso dos limites globais para o mon-

tante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, fica na dependência de proposta do Presidente da República (art. 52, VI). Especulativamente, questiona-se o fato de o Executivo tanto anteceder o exercício da competência privativa do Senado quanto exercer papel de coordenador-geral no estabelecimento de limites globais para o montante da dívida consolidada nas três esferas de governo.

Na atual situação parece ser substantivo analisar o exercício dessa competência privativa, mesmo sabendo da existência de outros fatores que intervêm no processo de endividamento, de forma a identificar se tal competência chegou a fomentar ou coibir, ainda que de forma limitada, o processo de des controle do endividamento público. Para tanto, é necessário retornar à questão dos extralimites, ao *status* de então do endividamento público, ao jogo das forças políticas no Parlamento e, por fim, à restrição do Poder Legislativo sobre o mercado.

Ainda que não competisse ao Senado controlar o endividamento da União, exatamente a maior parte do recente endividamento público brasileiro, a ineficácia do controle sobre a parcela restante deve ser atribuída menos à omissão do Senado e mais ao próprio *status* que a dívida representava na alavancagem do processo de crescimento econômico. Ou seja, o endividamento era visto como solução e não como problema.

Ao Senado poderia, mesmo com a *Agenda* definida, ter cabido, por exemplo, controle sobre a forma desse processo de endividamento. A questão central no processo de endividamento federal, que estava fora do controle do Senado, residiu, ou deve ter residido, externamente na aceitação de taxas de juros flutuantes (hoje, os depoimentos das autoridades daquela época deixam isso bastante claro) e, internamente, no prazo excessivamente curto para o resgate dos títulos. Neste particular, o Executivo Federal foi passivo diante dos agentes financeiros internacionais e nacionais ao aceitar tais condições.

Como o Senado poderia conferir eficácia ao processo de controle do endividamento público se houver na Casa uma maioria governista? O exercício da competência atribuída ao Legislativo, ainda que constitucional, nas situações em que a maioria é governista, fica enfraquecido, já que esta pode impedir, dificul-

tar, votar contra e derrubar o Relator, tudo segundo a legitimidade regimental. Nesse caso, a minoria pode, no máximo, retardar a decisão. Desse ponto de vista poderia emergir a seguinte tese geral: no controle e na fiscalização não se observa a relação entre dois poderes, mas de partidos, coligações e blocos oposicionistas contra a atuação do Presidente da República.

Outro aspecto a ser destacado é que a competência privativa do Senado atua sobre o lado da demanda dos recursos disponíveis. Na Constituição de 1988, o controle do lado da oferta está dividido entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo – seja ao nível de Banco Central, seja ao nível do Conselho Monetário Nacional, que seria, de acordo com a Constituição, transitório.

Assim, pelo art. 164 da atual Constituição a competência da União para emitir moeda é exercida exclusivamente pelo Banco Central. Mas o Banco Central está proibido de fazer empréstimo direto ou indireto ao Tesouro Nacional, ou a qualquer órgão que não seja instituição financeira. Ademais, o Banco Central, segundo a Constituição, pode comprar e vender títulos para o exercício das funções clássicas de política monetária, ou numa das funções clássicas de política monetária, qual seja, a política de *open market*, na compra e venda de títulos públicos no mercado, o que, sem dúvida, constitui-se em avanço institucional gravado na Constituição.¹

Já ao Congresso Nacional, pelo art. 48, inciso XIII da Constituição, compete dispor sobre matéria cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações: então emerge uma dicotomia na distribuição do poder entre este mesmo Congresso e o Senado Federal. Não é que elas se choquem, são repartidas, pois toda operação de crédito desdobra-se em débito e crédito ao mesmo tempo. Compete ao Senado Federal disciplinar a assunção da dívida, não podendo competir-lhe a regulamentação da oferta de crédito, pois nesse caso estaria controlando, ao mesmo tempo, as entidades públicas e as privadas.

4. Avaliação da aplicação dos dispositivos (resoluções do Senado Federal)

Os aspectos técnicos dizem respeito aos ele-

¹ Deve-se ter em mente que, antes, havia mecanismos de financiamento do Tesouro Nacional pelo Banco Central, a exemplo da conta-movimento do Banco do Brasil.

mentos que proporcionam conteúdo e sentido à aferição da capacidade unilateral de o Senado Federal exercer controle legislativo sobre o processo de endividamento público no Brasil. Assim, poder-se-ia perguntar: as Resoluções do Senado Federal – RSF – fazem uso correto das categorias conceituais das finanças públicas? As categorias conceituais utilizadas ensejam, plenamente, o exercício do controle legislativo sobre o processo de endividamento público? Discute-se, ademais, dois pontos considerados básicos: seleção de variáveis a serem incorporadas ao controle legislativo e abrangência do conceito de operação de crédito.

Para que o exercício da competência privativa do Senado Federal tenha consequência, suas resoluções deveriam dar conta dos vários aspectos relacionados ao endividamento. Assim, as resoluções deveriam dar conta tanto dos montantes anuais, quanto do estoque do endividamento de Estados, do Distrito Federal, de Municípios e da União. Seria o primeiro corte técnico. Deste ponto de vista, a avaliação dos atos regulamentares da competência do Senado Federal mostra que os mesmos atuam diretamente sobre o montante global anual de operações de crédito a serem realizadas e indiretamente sobre o montante dessa dívida, na medida em que o condiciona à capacidade de pagamento dos encargos futuros da entidade devedora.

A RSF n.º 58, de 1989, por exemplo, concentra o controle sobre o fluxo do endividamento novo e sobre a rolagem da dívida, talvez pelo grau de descontrole do endividamento do setor público nos anos 70 e 80. Assim, nela estão em evidência dois conceitos: o de rolagem da dívida e, mais particularmente, o de capacidade de pagamento do setor público.

Para qualquer consideração sobre a capacidade de endividamento e de pagamento deve-se salientar que o País carrega nesta década um problema que, a rigor, vem dos anos oitenta, qual seja estoque elevado e concentrado da dívida. Como preliminar, há bastante diferença quando se considera, em abstrato, as categorias: capacidade de endividamento e capacidade de pagamento e, quando se as considera no contexto de alto estoque de dívida e com vencimento dos serviços concentrados no tempo.

A análise da capacidade de endividamento, diante da contratação de uma operação de longo prazo, de maneira geral, deve contemplar, por um lado, o fluxo de renda e, por ou-

tro, o patrimônio. Este, sendo suficiente para garantir a operação, permite que o contratante atenda a um dos requisitos para concretizar a operação.

No passo seguinte deve-se apurar o perfil de distribuição dos serviços do endividamento total no tempo para avaliar a capacidade de pagamento do ente contratante. Neste ponto, é essencial associar seu fluxo de serviço da dívida ao da sua renda. Restaria, por fim, considerar aspectos do oferecimento de garantias para complementar as considerações econômico-financeiras com as de natureza jurídica e contratual.

Em resumo, as instâncias do processo de controle do endividamento devem tomar como seus elementos básicos o fluxo de renda, o estoque de dívidas já contraídas, as condições patrimoniais e a capacidade do tomador servir tais compromissos no futuro.

Se essas condições não podem ser satisfeitas pelo tomador, o acesso aos recursos pretendidos deve trafegar por outros caminhos, como, por exemplo, empréstimos a fundo perdido, doações, entre outros, mas não como uma operação de crédito que gere compromissos financeiros futuros.

Quaisquer que sejam as considerações, para o controle do endividamento público, deve-se ter em mente os fluxos e não os estoques. Ou, em outras palavras, o controle sobre estoques é exercido sobre os fluxos. Isso porque aos entes públicos sob controle do Senado Federal é permitida a contratação de operações de crédito desde que demonstrem capacidade de honrar o serviço associado a um estoque aumentado. Não há nas resoluções mais recentes do Senado Federal previsão de controle do estoque como um todo². Por isso mesmo esta questão merece ser colocada. Para tanto há uma dificuldade considerável que é a de arbitrar o montante global a ser fixado em termos razoáveis. Esta dificuldade pode estar por detrás da diretriz de orientar o controle tão-somente sobre os fluxos.

As dificuldades estão associadas ao tipo e ao tamanho do Estado desejado e a sua capacidade de honrar um fluxo de desembolso para quitar o principal da dívida assumida. Não se vislumbra uma base apriorística para definir-

se um tamanho ideal de dívida. Qualquer tentativa para fixar o estoque de dívida é arbitrária, sem base técnica justificável. Deste ponto de vista, é muito mais justificável defender o controle do estoque da dívida, por meio dos fluxos dos serviços a ele associados, do que definir arbitrariamente um tamanho do total do endividamento como foi feito no passado, na década de 70, quando foram fixados limites ou montantes globais para o endividamento público. Ainda assim, cabe mencionar que a Constituição Federal, em seu art. 52, inciso VI, estabelece a competência privativa de o Senado Federal fixar limites globais para dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não obstante tais considerações, poder-se-ia estabelecer um coeficiente de endividamento em termos de estoque como, por exemplo, no caso de dívida externa. Mário Henrique Simonsen usava um indicador desse tipo no começo dos anos 70 e formulava um coeficiente igual a dois para o estoque de dívida externa em relação às exportações. No caso, o País teoricamente precisaria de dois anos de exportações para liquidar o seu estoque de dívida. Isso seria o limite global, dado por uma relação de estoque com fluxo.

Nos anos 70, houve a tentativa de controle sobre os montantes, principalmente no caso da União. Exemplo marcante é dado pelo Decreto-Lei n.º 1.302, de 1972, com seus limites globais de endividamento. Mas tudo foi abandonado, ao que parece, pela arbitrariedade de fixação de limites absolutos para situações dinâmicas e particularmente mutáveis.

A proposta do Ministro Simonsen, antes de tratar do estoque em si, condicionava o montante de endividamento à capacidade de pagamento. Assim, a capacidade de endividamento é limitada pela capacidade de pagamento.

Isso não elimina a necessidade de, espaçadamente, reavaliar o processo como um todo e, nestas circunstâncias, tentar resolver a questão do estoque em si, solver o problema do estoque para determinados entes.

Em resumo, tanto a idéia de montante (estoque) como a idéia de pagamento (fluxo) são variáveis substantivas no equacionamento do controle do endividamento. Não há controle se se restringir única e exclusivamente à questão do pagamento e muito menos à questão do montante da dívida. É necessário combinar as duas variáveis.

Avaliando a experiência histórica no exer-

² Sabe-se que o art. 52, em seu inciso VI, da Constituição reserva a iniciativa deste tipo de controle ao Presidente da República.

cício da competência do Senado no controle do endividamento, por meio das resoluções de meados dos anos 70 até as mais recentes, pode-se dizer que a concepção de controle expressa em termos dos conceitos de capacidade de endividamento e de pagamento e da própria conceituação de operação de crédito foi razoável. Este julgamento decorre da flexibilidade com que foi tratado o processo de endividamento das entidades em uma administração financeira relativamente controlada.

Todavia, particularmente de 1976 em diante, as resoluções permitiram que o estoque de endividamento dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios crescesse excessivamente por conta das operações extralimites, nas quais identificam-se do lado da oferta, os fundos públicos (tipo FNDU ou FAS da Caixa Econômica Federal, BNDES, BNH). Um julgamento categórico e definitivo a respeito exigiria que tal afirmação, aqui lançada como hipótese, fosse definitivamente testada. Ainda a nível de hipótese, a combinação do extralimite para Estados e Municípios com a ausência de controle sobre o endividamento público interno e externo da União foi decisiva para a formação do quadro lastimável de endividamento público no Brasil. Assim, o descontrole decorreu muito mais da permissividade de extralimites e da marginalização parcial imposta pelos governos militares ao Poder Legislativo do que da incorreção das categorias de finanças públicas apropriadas pelas resoluções do Senado Federal.

A alegada correção e/ou adequação conceitual das categorias das finanças públicas nas resoluções do Senado Federal comporta observações. As principais neste particular são que se seguem.

O Senado nunca tratou, pelo menos de forma clara, como o fez na RSF n.º 36, de 1992, da separação do estoque de dívida da dívida nova. Daí pôr que os conceitos de capacidade de endividamento e de capacidade de pagamento, presentes nas resoluções de 1976 e, sobretudo, nas de 1989 (94/89 e a 96/89, que tratam da União, Estados e Municípios), incorporavam os dispêndios com a rolagem de dívidas como se capacidade fosse.

A RSF n.º 96/89 avança na direção de um tratamento conceitual mais pertinente a um efetivo controle do processo de endividamento público: incorpora a noção da capacidade de pagamento e de adequação do estoque, pelas

possibilidades de rolagem que enseja. Avança, também, no tratamento dispensado às empresas públicas federais. Todavia, ao operacionalizar tais conceitos, o faz de forma que se perde a possibilidade de controle do processo. Os limites de endividamento público definidos pela RSF n.º 96/89, embora, como enfatizado, corretamente assentados nas noções de fluxos e de capacidade de pagamento, estão por demais flexibilizados para a União. Tal procedimento, em verdade, faz com que, basicamente, o controle do Senado Federal se restrinja aos empréstimos externos que, conforme dispositivo constitucional (art. 52, V) sujeitam-se à prévia autorização desta mesma Casa.

A capacidade de pagamento está associada à margem de poupança. Ocorre que na margem de poupança estão artificialmente incorporados os recursos para honrar o pagamento das dívidas. Disto se deduz que quanto mais endividado estivesse o Estado ou Município, maior a sua capacidade de endividamento, de pagamento, enfim, de operar dentro dos limites que o Senado viesse a estabelecer.

Com relação aos diferentes tópicos de aprimoramento técnico observado no texto da RSF n.º 36, de 1992, chama-se a atenção para o conceito de receita líquida real dos Estados, que teve excluídas suas transferências (constitucionais e legais) aos Municípios. Isso porque, se a capacidade de pagamento do serviço da dívida é função do fluxo da sua receita, nada mais lógico do que levar em conta a disponível, o que implica deduzir da receita líquida tais transferências obrigatórias aos Municípios.

Todavia, nessa resolução, a margem de poupança está ampliada das quotas de amortização de dívida e dos próprios juros, adequando o conceito à idéia de capacidade efetiva de pagamento dos encargos da dívida.

Vale lembrar que o problema não se esgota em aplicar-se maior ou menor grau de correção aos conceitos de forma abstrata. É necessário tomá-los em contextos particulares que considerem a magnitude do endividamento em um determinado momento, bem como o quadro econômico-institucional de maneira a fornecer à análise técnica o referencial de adequação e de rigor do controle necessário.

Afora avaliações conceituais, resta observar a existência de áreas não previstas para o exercício da competência privativa do Senado Federal. No primeiro caso, a Constituição exclui o processo de endividamento das entida-

des controladas pelos poderes públicos estaduais e municipais. No segundo caso, embora haja previsão constitucional, a Resolução n.º 96, de 1989, exclui dos limites fixados na própria resolução (art. 13) as operações de crédito de responsabilidade do Banco Central do Brasil e das instituições financeiras federais.

Não deixa de ser um dado politicamente relevante a introdução dos termos da Lei n.º 8.388, de 1992 (que trata do prazo das dívidas), na RSF n.º 36, de 1992; além do mais estabeleceu o limite de 15% da receita para o serviço da dívida, para os que aceitarem os termos do refinanciamento. Objetivava-se com este esquema uma divisão de recursos orçamentários de 60% para pessoal, 15% para o pagamento da dívida, 15% para custeio e 10% para novos investimentos. Assim, no limite, o Estado ou o Município estaria investindo 25% de sua receita.

5. Endividamento público ótimo – esboço de um modelo *Introdução*

Nesta seção é apresentado o esboço de um modelo de endividamento ótimo do setor público, objetivando captar as inter-relações entre as decisões de investimentos adicionais do Estado e algumas variáveis macroeconômicas relevantes no processo.

Com efeito, a partir da conceituação proposta de endividamento ótimo e das restrições macroeconômicas sobre tributos, poupança e investimentos, formula-se uma relação entre os níveis de poupança agregada e investimentos privados e públicos adicionais, bem como os acréscimos do endividamento público.

A formulação proposta incorpora a noção de propensão marginal a poupar de Keynes. Porém, numa linha kaleckiana, trabalha com o nível de investimento privado como uma função da poupança do próprio setor. Essa relação é aqui denominada de “propensão marginal a investir” do setor privado. O comportamento por ela expresso tem, seguramente, uma implicação sobre o endividamento público, na medida em que o financiamento dos investimentos públicos adicionais depende, no modelo, da poupança privada.

Há uma série de restrições na construção do modelo. Talvez a mais relevante esteja no pressuposto de que os gastos não-financeiros do setor público (D) são dados exogenamente. O pressuposto não deve ser lido como uma posição política favorável ao achatamento sala-

rial do setor público nem à compressão do custeio e investimento do Estado, objetivando criar margem de poupança para servir os encargos da dívida pública. Trata-se, pelo contrário, de reconhecer que, no curto prazo, tais gastos são rígidos, sobretudo nas economias em desenvolvimento democrático. Essa ressalva é importante porquanto se entende que a Assembléia Nacional Constituinte cometeu um equívoco ao criar rigidez na estrutura tributária, tratando os gastos públicos não-financeiros como variável de ajuste para os serviços da dívida. Tanto é que as despesas financeiras públicas, hoje, são consideradas em pé de igualdade com as transferências constitucionais e despesas com pessoal quando da elaboração do orçamento fiscal das três esferas de governo, ou seja, não são passíveis de reorientação em gastos sociais, por exemplo. Isso, entretanto, não exclui a possibilidade de se tratar, no contexto de outros países, os tributos como variável exógena para explicar as relações econômicas aqui focalizadas.

Por fim, chama-se a atenção para o fato de que este modelo não reflete integralmente as discussões levadas a efeito nas seções anteriores. Isto é, não apresenta uma formulação dos dispositivos constitucionais e dos aspectos técnicos, relativos ao controle do endividamento público, tal como tratado anteriormente. De fato, não houve essa preocupação nesta fase do trabalho e reconhece-se que há espaço para pesquisas futuras, envolvendo não apenas a consistência macroeconômica das normas, mas também os testes empíricos.

Um conceito de endividamento público ótimo

Entende-se por endividamento público ótimo (EPO) o estoque de débitos do setor público, decorrente de empréstimos e financiamentos, cujo perfil de desembolso não cria rigidez na administração dos recursos orçamentários, nem pressiona, diretamente, a taxa de juros no mercado financeiro.

O setor público aqui tratado incorpora as estatais e fundações na medida em que seus débitos pressionarem, de alguma forma, os orçamentos governamentais.

O grau de rigidez comunicado pelo perfil à administração orçamentária, embora difícil de precisar, leva em conta que os encargos financeiros sejam suficientemente reduzidos para permitir flexibilidade na alocação e gestão dos recursos públicos e não fator de seu estrangulamento.

No conceito está incorporada, também, a impossibilidade de o endividamento ótimo pressionar diretamente a taxa de juros, sem excluir que tal pressão, por meio de outros mecanismos, possa ocorrer de forma indireta.

Seja:

T = receitas públicas, exclusive alienações patrimoniais e operações de crédito;

D = despesas públicas, exclusive serviços de dívidas;

J = despesas com serviços de dívidas (juros + amortização + taxas);

S_g = poupança própria ou margem de autofinanciamento.

Um orçamento equilibrado requer, obviamente,

$$(1) T = D + S_g,$$

onde pode-se deduzir uma primeira noção de ótimo, a partir de uma definição de *superávit primário*,

$$(2) T - D = S_g = J,$$

ou seja, o *superávit primário* seria o excesso de receitas (T) sobre o nível de despesas (D), de sorte que o setor público geraria, sem maiores dificuldades, sua margem de autofinanciamento (S_g) necessária para servir seus débitos (J). Em consequência, não pressionaria a taxa de juros no mercado financeiro para cobrir *déficits* ou rolar dívidas.

Relação entre EPO e os tributos e a poupança agregada

A questão da otimização do endividamento público é, entretanto, muito mais complexa, pois envolve uma série de outras variáveis, tanto a nível micro (do tomador) como a nível macroeconômico (taxa de juros na economia, nível de tributação, investimentos, renda e emprego, preços, etc.). Para tanto, fazendo:

(3) T = f(y, t), onde y = nível de atividade econômica interna; t = taxa de tributação.

(4) D = g ("história") – A exogeneidade de D está determinada pela rigidez dos gastos com pessoal e encargos sociais, com manutenção da máquina administrativa e com um mínimo de investimento (Pessoal e Encargos + OCC).

(5) J = j(r, n), sendo r = Taxa Média de Juros; n = Prazo Médio dos Empréstimos e Financiamentos.

Como D é exógena, a equação (2) pode,

sem perda analítica, ser reescrita da seguinte forma:

$$(6) \frac{T()}{D} = 1 + \frac{J()}{D}$$

Logo, quanto maior o serviço de dívida, maior terá que ser o nível de arrecadação para manter o ótimo (equilíbrio primário).

Assim, caso haja internamente uma elevação na taxa de juros (qualquer que seja o motivo), sem um correspondente alongamento no prazo dos débitos (títulos ou contratos), haverá um desvio do ponto ótimo, a menos que o impacto dos juros sobre os serviços de dívidas seja amortecido pelo acréscimo das receitas públicas via aceleração da atividade econômica (y) e/ou aumento da carga tributária (t).

Em termos dinâmicos pode-se afirmar que a capacidade econômica dos entes públicos (União, Estados, Municípios) para acréscimos no estoque de dívida (contratação de empréstimos "dinheiro novo") teria como limite máximo a igualdade:

(7) $\Delta T \approx J$, dado que D aqui é tido como exógeno.

Evidentemente, como ΔT é manejável na política econômica, há que se pensar em algum outro limitativo (tipo M/T) para reduzir as incertezas e, até mesmo, os riscos de ruptura da ordem econômica.

Da formulação acima, embora extremamente simples, pode-se afirmar que, para a administração dos recursos públicos onde haja rigidez nos gastos, a manutenção do equilíbrio ótimo requer uma sintonia fina entre o fluxo das receitas públicas e o dos serviços de dívida, ou seja, entre nível de atividade econômica, carga tributária, taxa de juros e perfil (prazos de amortização).

No caso do Brasil, que convive com a rigidez dos gastos públicos (Pessoal e Encargos mais OCC), de forma mais ou menos comum, nos três níveis de governo, a dificuldade de conter o endividamento está ligada à dispersão do poder de controlar as variáveis necessárias à sintonia fina entre diferentes agentes públicos.

É nesse quadro confuso que o Senado Federal movimentou-se para exercer o papel de controlador institucional do processo de endividamento público no Brasil (limites, condições, prazos, etc.).

Tomando-se o conceito e variáveis já sele-

cionadas para o endividamento público ótimo, pode-se explorar, a partir do controle do limite individualizado de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, algumas categorias mais agregadas, a exemplo do montante e tipos de operações de crédito em um exercício financeiro, do limite de serviços de dívida na administração pública, das condições e limites de rolagem do estoque acumulado sobretudo nos últimos 20 anos, etc..

Em função disso, vale a pena promover um elo entre a equação

(7) $\Delta T = \Delta J$ e a restrição macroeconômica dada por:

(8) $S = s \cdot Y$, que pode ser reescrita como:

(9) $\Delta S = s \cdot \Delta Y$.

Da equação (3), tira-se:

(10) $T = t \cdot Y$, donde:

(11) $t \cdot Y = \Delta J$, tendo em vista a condição de equilíbrio derivada da equação (6).

Substituindo-se a equação (9) em (11):

(12) $\Delta J = t/s \Delta S$.

Logo, conforme a equação (12), a relação entre carga tributária e taxa de poupança agregada definiria o acréscimo do serviço de dívida compatível com o crescimento da poupança nacional, sem afastamento da condição de endividamento ótimo. Ou melhor, o nível de variação da poupança agregada da economia ponderado pela relação (t/s) seria o limite macroeconômico máximo do endividamento público ótimo.

O dilema entre endividamento público adicional e o investimento privado

O serviço da dívida (J) é uma fração da dívida fundada (M), isto é, do montante M de operações de crédito (empréstimos e financiamentos), realizadas ao longo de um período de tempo. A relação entre ambos, simbolizada por α , será tanto menor quanto maior for o prazo de retorno (n) e menor a taxa efetiva de juros (r). Logo,

(13) $\alpha \Delta J = \Delta M$.

Assim, para a situação em que o setor público não satisfaz a condição ótima e capta recursos no mercado para refinarçar o serviço de sua dívida (rolagem) e/ou custear outros

gastos adicionais, pode-se obter das equações (12) e (13):

(14) $\Delta M = 1/\alpha \cdot t/s \Delta S$, com $0 < \alpha, t, s < 1$.

Em suma, o montante global anual de operações de crédito, ou seja, o aumento da dívida pública (variação do estoque), é função do acréscimo da poupança agregada ponderada pela relação entre carga tributária (t), taxa de poupança agregada (s) e condições de retorno em termos de prazo (n) e de custo financeiro (r)³.

Admitida a situação em que a poupança do setor público financie exatamente o serviço de dívida, de modo que o *superávit* primário não abra espaço para novos investimentos públicos, além dos já contemplados em D (na categoria conhecida como OCC), os agentes públicos demandarão recursos adicionais do setor privado e poderão até produzir o *crowding-out* parcial ou total. Não faltarão estímulos econômicos e políticos (combate ao desemprego e à fome; períodos eleitorais, etc..) para que haja essa competição entre o setor público e o privado, em torno da poupança agregada.

Assim, em tese,

(15) $S_T = I_p + I_G$,

pois, a poupança agregada financiaria os investimentos públicos adicionais e os empreendimentos privados⁴. A alocação entre as partes dependeria da taxa interna de retorno dos projetos empresariais e da taxa de juros que o setor público estivesse disposto a pagar aos poupadores, pois a decisão sobre a execução de um projeto do setor público está muito mais centrada no critério de taxa de retorno social e de custo financeiro (taxa de juros e prazos) do que no critério privado baseado em retornos alternativos, entre taxa interna de retorno e taxa de juros. No limite, como o governo tem o poder de alterar a taxa de juros e, quase sempre, oferecer garantias atraentes, os investimentos privados poderiam ser nulos e a poupança agregada seria totalmente alocada para financiar os investimentos públicos (*crowding-out* pleno).

Da equação (15), tem-se:

(16) $I_p = S_T - I_G$

Os investimentos privados, além de parti-

³ A rigor, poder-se-ia deduzir da variação do estoque, a parcela do serviço pago relativamente à amortização do capital. Então, $\Delta M = \alpha \Delta J - \Delta J = (1 - \alpha) \Delta J$.

⁴ Trata-se aqui, evidentemente, de um modelo de economia com governo, porém fechada.

lharem a poupança agregada com os investimentos públicos, estão subordinados a uma propensão a investir dos empresários, determinada pela lógica capitalista (diferencial de retornos alternativos, expectativas, "espírito animal" à Keynes etc...). Uma relação comportamental simples pode ser, assim, escrita:

(17) $I_p = \gamma S_T$, onde γ = propensão marginal a investir do setor privado, e $0 < \gamma < 1$.

Substituindo-se a equação (16) na (17), tem-se:

$$(18) I_G = (1 - \gamma) S_T e,$$

$$(19) \Delta I_G = (1 - \gamma) \Delta S_T.$$

Logo, das equações (14) e (19), obtém-se:

$$(20) \Delta M = 1/\alpha \cdot u/s \{1/(1 - \gamma)\} \Delta I_G, \text{ ou,}$$

$$\Delta M = k [1/(1 - \gamma)] \Delta I_G.$$

Assim, quanto maior for γ , maior será o aumento da dívida pública necessário para financiar os mesmos investimentos públicos adicionais aos já contemplados exogenamente (em D). A lógica dessa relação está na competição entre o setor público e o privado pela poupança agregada, que, certamente, redundará em elevação do custo financeiro efetivo das operações de crédito e na redução do prazo de retorno, pressionando para cima o endividamento público. Nesse caso, os efeitos maléficos dos juros elevados recairiam não só no serviço futuro da dívida pública, mas também sobre as taxas de crescimento (ou de desemprego) e de inflação da economia.

A principal conclusão que se pode tirar, *a priori*, dessa formulação é que a reorganização financeira do setor público pode ser tentada em dois estágios: no primeiro, todo o setor se "comprometeria" a obter o endividamento ótimo (o equilíbrio primário), num intervalo de tempo definido e em condições de refinanciamento consolidado, a partir de regras competitivas e não oligopolistas. Num segundo momento a massa de poupança privada a ser absorvida pelo setor público deve ter como parâmetro, entre outros, a propensão marginal a investir do setor privado, caso contrário, haverá uma elevação extra (desnecessária) do endividamento público, ou seja, um aumento decorrente, simplesmente, da pressão de demanda pública e não de "custo social dos recursos". Em suma, os poupadores em geral, e

não só os tradicionais *rentiers*, obteriam *windfall profits*, que seria financiado por toda a sociedade.

6. Conclusões e recomendações

Tendo como horizonte temporal os últimos 20 anos, os termos das resoluções do Senado Federal registram melhoria nos aspectos conceitual, da definição de limites, da abrangência e consolidação do refinanciamento pela União e da manutenção da autolimitação do Senado na elevação dos limites, ainda que ampliada para 25% da receita e não aplicável às operações contratadas junto aos organismos multilaterais que, normalmente, exigem contrapartida. Afóra isso, o mecanismo para impedir o repasse de passivos de operações de antecipação de receita orçamentária (ARO) de uma administração a outra pode ser lembrado como altamente positivo.

Inegavelmente, houve um avanço institucional no que diz respeito ao controle do endividamento público no Brasil em decorrência dos debates e deliberações no âmbito da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88. Talvez os mais relevantes tenham sido a incorporação das operações de crédito da União sob o crivo do Senado Federal e, apesar das lacunas ainda existentes, a proibição de o BACEN financiar direta e indiretamente o Tesouro Nacional.

Também houve um aprimoramento técnico e conceitual no processo/controlado exercido pelo Senado Federal, sobretudo após a longa negociação política que culminou na Lei n.º 8.388, de dezembro de 1991, e na Resolução n.º 36/92. Porém, ainda há espaço para grandes avanços, dentre os quais alguns destacados a seguir.

Num contexto de revisão constitucional sugere-se que o controle do Senado Federal avance sobre o endividamento das entidades controladas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, já que, neste caso, atualmente, a única competência do Senado Federal é apreciar a operação de crédito caracterizada pela concessão de garantia por parte da União ou por controladores (CF, art. 52, VII).

Um segundo ponto indica a necessidade de se tratar do conflito potencial entre os dispositivos constitucionais que tratam do endividamento público, estando os do Congresso Nacional expressos nos artigos 48, II; 163, I a IV, e os do Senado Federal, consubstanciados nos incisos V a IX, do art. 52.

Um terceiro ponto refere-se à necessidade de o Senado Federal rever a RSF n.º 96/89 quanto aos conceitos e limites, a exemplo do que foi implementado na RSF n.º 36/92, bem como disciplinar limites e condições para operações de crédito de responsabilidade do Banco Central do Brasil e das instituições financeiras oficiais federais.

Um quarto ponto diz respeito à previsão em lei de penalização para a pessoa física do administrador público que vier a concretizar operação de crédito fora dos termos autorizados.

Uma outra idéia é a de que o Senado se aparelhe para ele próprio exercer esse controle por inteiro.

Metodologicamente, as providências poderiam ser encaminhadas de duas formas complementares, porém distintas. A primeira, de caráter técnico, deve tratar do aprimoramento do quadro conceitual e dos seus instrumentos de operacionalização e a segunda, de caráter político, da vinculação dos termos das resoluções à própria Constituição, a instrumentos complementares na área das finanças públicas e às leis que tratam de responsabilização das autoridades públicas.

Do esboço de modelo para o EPO formulado na seção 5, conclui-se que há uma relação direta entre o aumento do endividamento público e seus investimentos adicionais. Para o controle de nível global, deve-se ter em mente que esta relação está associada à carga tributária, à taxa de poupança do setor privado e à sua propensão marginal a investir, enfim, ao dilema entre o endividamento público adicional e o investimento privado.

Com base na formulação teórica, sugere-se que, em face de um grave desequilíbrio das finanças públicas, a busca do ótimo seja feita em dois estágios: num primeiro, por meio da consolidação global em condições competitivas; e, num segundo, por meio da subordinação do aumento do endividamento global às restrições macroeconômicas já referidas.

Por fim, como após a promulgação da Constituição de 1988 vêm surgindo alguns temas novos na área do endividamento público, recomenda-se desenvolver estudos específicos relativos aos seguintes tópicos:

a. Brasil como credor (PROEX – FINEX e Clube de Paris). Tais operações estão reguladas na Resolução do Senado Federal n.º 50, de 1993.

b. Vedação constitucional de Estados e Mu-

nicipios darem em garantia quotas dos fundos FPE e FPM em operações de crédito junto a todos os credores, exceto a União. A Emenda Constitucional n.º 3, de 17.3.93, ao introduzir o § 4.º no art. 167 da Carta Magna, vedou a possibilidade de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios oferecerem receitas próprias e quotas-partes dos FPE, FPM e ICMS como garantias às suas operações de crédito, exceto no caso de "prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta". Evidentemente, esta vedação constitucional impede o acesso de Estados e Municípios aos financiamentos de médio e longo prazos, porquanto os agentes financeiros nacionais (CEF, BNDES, etc.) e internacionais (BIRD, BID, etc.) não aceitam senão as receitas constitucionalmente vinculadas como garantia para seus empréstimos. Ou seja, as entidades financiadoras não se interessam por garantias reais (escolas, hospitais, imóveis, etc.) que, alternativamente, poderiam ser oferecidas pelos tomadores públicos. A prevalência do referido dispositivo constitucional, Estados e Municípios continuarão prejudicados quanto às respectivas autonomias financeiras que devem ter na Federação, assim como no acesso à poupança nacional e internacional – sem dúvida, fonte indispensável de recursos para o financiamento de projetos de longo prazo (habitação, saneamento básico, estradas, meio ambiente, etc.). Além do mais, trata-se de inegável retrocesso na gestão do setor público, porquanto os governadores e prefeitos voltaram a depender do aval do Poder Executivo Federal para obtenção de financiamento de médio e longo prazos. As implicações de tal tratamento diferenciado estão a exigir estudos específicos que avaliem a sua oportunidade.

c. Restrição constitucional à participação de Estados e Municípios no mercado mobiliário. É o caso da vinculação, em caráter de exclusividade, da emissão de títulos para a rolagem do principal da dívida mobiliária, até 1999. Considerar, também, o programa de refinanciamento das dívidas de Estados e Municípios – inclusive administração indireta – junto à União, de que trata a Lei n.º 8.727, de 5 de novembro de 1993, no contexto de reorganização global das finanças públicas.

d. Exclusão do endividamento das estatais estaduais e municipais (salvo quando dependerem de garantia do Estado ou da União) do controle do Senado. Os constituintes de 1988

avançaram nos mecanismos de controle, sobretudo ao sujeitarem as operações de crédito externo e a concessão de aval por parte da União à prévia autorização do Senado, este fixando inclusive limites e condições às operações das entidades controladas pelo poder público federal. O Congresso Nacional Revisor poderia vir a aperfeiçoar os dispositivos do Texto Constitucional sobre a matéria, conferindo tratamento isonômico à União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto aos limites de endividamento das empresas e entidades controladas pelas três esferas do governo.

e. Conflito potencial entre dispositivos constitucionais que tratam do controle do endividamento do setor público. Na Constituição Federal a questão da dívida pública está disposta no art. 48, II e XIV (competência do Congresso Nacional); art. 163, I a IV (Código de Finanças) e art. 52, V a IX (competência do Senado Federal). A demarcação de competência, na forma em que se encontra no texto constitucional pode gerar conflito entre o conteúdo do Código de Finanças Públicas e as resoluções do Senado Federal sobre o assunto, uma vez que a lei complementar deverá dispor sobre finanças públicas, dívida pública interna e externa, inclusive concessão de garantias (art. 163), ao mesmo tempo em que competência correlata é atribuída, privativamente, ao Senado Federal (art. 52). Com efeito, a ausência do Código tem levado o Senado a, embora produtivamente, incorporar disposições conceituais, metodologias e até mesmo o estabelecimento de condições e exigências que seriam típicas do Código, a exemplo do conceito de operação de crédito, metodologia de cálculos de

receitas, despesas públicas para efeito de limites, exigências de adimplências, de cumprimento de preceitos constitucionais que, em verdade, conformariam diretrizes de natureza global próprias do Código de Finanças Públicas.

Bibliografia

BRASIL. *Constituição (1988)*: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p.

KALECKI, Michael. Os determinantes dos lucros. In: II. *Economias capitalistas*. In: *Kalecki: Economia*. São Paulo: Ática, 1980. 224 p., pp. 51-59. (Grandes Cientistas Sociais: 16).

KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1970. 366 p.

MACKINON, Ronald. "Área monetária ótima". In: *ANPEC. Economia internacional (seleção de trabalhos por BAER, W. & SAVASINI, J.A.)*.

SENADO FEDERAL. "A renegociação da dívida externa". *Anais do seminário*, 7 a 9 ago. 1990. Brasília: Centro Gráfico, 1991. 270 p. (pp. 127-135. alocação do prof. da UnB, Luiz Fernando Victor).

SENADO FEDERAL. *Comissão Especial para a Dívida Externa. Relatório Final*. Presidente: Senador Carlos Chiarelli; Relator: Senador Fernando Henrique Cardoso. Brasília: 1989.

SENADO FEDERAL. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e suas alterações)*. 1.º v: textos. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. 593 p.

SIMONSEN, Mário Henrique. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (v. 1, cap. 2).

TABELA 1.1 – Endividamento Público no Brasil – Dispositivos constitucionais que tratam de limites globais ao montante da dívida (1824 a 1988)

Constituição Federal	Limites Globais ao Montante da Dívida			
	Consolidada		Mobiliária	
	União	EDM	União	EDM
1824				
1890				
1891				
1926				
1934				
1937				
1946				
1967		SF: Fixar, por proposta do Presidente da República 1967: 69, § 2º, a 1969: 42, VI 1988: 52, VI		
1969				
1988	SF: Fixar, por proposta do Pres. da Rep. (52, VI)			SF: Estabelecer ... e condições (52, IX)

TABELA 1.2 – Endividamento Público no Brasil – Dispositivos constitucionais que tratam de limites e condições das operações de crédito (1824 a 1988)

Constituição Federal	Limites e Condições das Operações de Crédito			
	Interna		Externa	
	União	EDM	EDM	União
1824				
1890				
1891				
1926				
1934	PL: Dispor sobre operações de crédito (39,3)			
1937				
1946				
1967	CN: Dispor sobre operações de crédito (43, II)			
		SF: - Estabelecer/alterar, por proposta do Presidente da República, prazos, juros e demais condições das obrigações emitidas (69, § 2.º, b) - Proibir/limitar, por proposta do Presidente da República, temporariamente, emissão e lançamento de obrigações (69, § 2.º, c).		
1969	CN: Dispor sobre operações de crédito (43, II)			
		SF: - Estabelecer/alterar, por proposta do Presidente da República, prazos, juros e demais condições das obrigações emitidas (42, VI) - Proibir/limitar, por proposta do Presidente da República, temporariamente, emissão e lançamento de obrigações (42, VI).		
1988	CN: Dispor sobre operações de crédito (48, II)			
	CN: Lei Complementar disporá sobre emissão/resgate de título da dívida pública (163, IV)			
	SF: Dispor, inclusive para suas autarquias e entidades controladas pelo poder público federal (52, VII)			SF: Dispor, inclusive para suas autarquias e entidades controladas pelo poder público federal (52, VII)

TABELA 1.3 – Endividamento Público no Brasil – Dispositivos constitucionais que tratam de limites e condições das operações de crédito (1824 a 1988)

Constituição Federal	Contratação de Operações de Crédito			
	Interna		Externa	
	União	EDM	EDM	União
1824	AG: Autorizar o governo a contrair empréstimos (15, 13)			AG: Autorizar o governo a contrair empréstimos (15, 13)
1890	CN: Autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos e fazer outras operações de crédito			CN: Autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos e fazer outras operações de crédito
1891	1890: 33, 2.º			1890: 33, 2.º
1926	1891: 34, 2.º 1926: 34, 2.º			1891: 34, 2.º 1926: 34, 2.º
1934			SF: Autorizar empréstimos 1934: SF (19, V)	
1937			1937: CF (35, c) 1946: SF (33 e 63, II)	
1946	CN: Autorizar operações de crédito (65, VI)			
1967			SF: Autorizar empréstimos, operações e acordos (45, II)	
1969			SF: Autorizar empréstimos, operações e acordos, ouvido o Poder Executivo Federal (42, IV)	
1988			SF: Autorizar (52, V)	

TABELA 1.4 – Endividamento Público no Brasil – Dispositivos constitucionais que tratam dos meios de pagamento da dívida pública e do oferecimento de garantias pela União (1824 a 1988)

Constituição Federal	Dívida Pública	Garantias da União
1824	AG: Estabelecer meios para pagamento da dívida pública (15, 14)	
1890	CN: Legislar sobre dívida pública e estabelecer meios para seu pagamento 1890: 33, 3.º 1891: 34, 3.º - 1926: 34, 3.º	AA: O governo federal afiança o pagamento da dívida pública externa e interna 1890: 81 - 1891: 84 - 1926: 84
1891		
1926		
1934	PL: Dispor sobre dívida pública da União e sobre meios de pagá-la (39, 3)	
1937		
1946	CN: Dispor sobre dívida pública federal e os meios de solvê-la (65, III)	
1967	CN: Dispor sobre dívida pública (46, II) 1967: 46, II - 1969: 43, II	
1969		
1988	CN: Lei complementar disporá sobre dívida pública externa e interna de todo o poder público (163, II)	SF: Dispor sobre limites e condições para a concessão em operações de crédito externas e internas (52, VIII) CN: Lei complementar disporá sobre concessão de garantias por ente público (163, III)

TABELA 1.5 – Endividamento Público no Brasil – Dispositivos constitucionais que tratam de outras formas de seu controle, inclusive da intervenção (1824 a 1988)

Constituição Federal	Outras formas de Controle	Intervenção	
		Da União nos Estados	Dos Estados nos Municípios
1824			
1890			
1891			
1926			
1934		AA: Quando cessar pagamento da dívida fundada por mais de dois anos. 1926: 6.º, IV - 1934: 12, VI	AA: Quando houver impropriedade dos serviços de empréstimos garantidos pelo Estado ou falta de pagamento da dívida fundada por mais de dois anos (13, § 4.º)
1937		AA: Quando suspender serviço da dívida fundada por mais de dois anos ou que não resgatar empréstimo contratado com a União com mais de 1 ano de vencimento (9.º, d)	
1946		AA: Quando suspender serviço da dívida externa fundada por mais de dois anos (7.º, VI)	
1967	SF: Fixar limites e prazos, por proposta do Presidente da República, para "extra-limite" de montante de despesas anuais no orçamento (66, § 1.º, a) AA: As operações de ARO no orçamento anual não poderão exceder a 1/4 da receita total estimada e serão obrigatoriamente liquidadas até 30 dias depois do exercício (69). CN: Deliberar sobre déficits anuais superiores a 10% do orçamento (66, § 3.º)	AA: Quando suspender pagamento da dívida fundada, por mais de dois anos. 1967: 10, V, a - 1969: 10, V, a - 1988: 34, V, a	AA: Por impropriedade no serviço de empréstimo garantido pelo Estado ou falta de pagamento da dívida fundada por mais de dois anos. - 1946: 23, I e II - 1967: 16, § 3.º, a, b - 1969: 15, § 3.º, a, b
1969	AA: As operações de ARO no orçamento anual não poderão exceder a 1/4 da receita total estimada e serão obrigatoriamente liquidadas até 30 dias depois do exercício (67) CN: Lei complementar disciplinará resgate e colocação de títulos do Tesouro Nacional para amortizações de empréstimos internos não atendidas pelo orçamento (69)		
1988	AA: Vedadas operações de crédito superiores ao montante das despesas de capital (167, III)		AA: Quando deixar de ser paga a dívida fundada, por dois anos consecutivos, sem motivo de força maior (35, I)

(A) Legenda:

AA - Auto-aplicável — AG - Assembléia Geral (equivalente ao Congresso Nacional, no Império) — CN - Congresso Nacional — CF - Conselho Federal (substituiu SF na Constituição de 37) — PL - Poder Legislativo — SF - Senado Federal — EDM - Estados, Distrito Federal, Municípios — ARO - Antecipação de Receita Orçamentária.

Poder Legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo

RAUL MACHADO HORTA

SUMÁRIO

1. Definições prévias. 2. Classificação dos sistemas jurídicos. 3. Lei, Poder Legislativo e sistemas jurídicos. 4. Deslocamento da atividade legislativa. 5. Conclusões.

1. Definições prévias

O tema envolve esclarecimentos prévios sobre a definição de monopólio e a abrangência espacial da lei como produto da atividade monopolística do Poder Legislativo.

É inerente ao monopólio a concentração e a exclusão de concorrência no domínio da atividade monopolizada. Monopolizar é açambarcar. É o controle exclusivo. Na linguagem econômica, o monopólio se caracteriza pela oferta monolítica e a demanda atomística. Vendedor e produtor únicos procuram satisfazer os desejos de uma infinidade de compradores, que não dispõem de meios para atuar na fixação do preço¹.

O "mundo contemporâneo" poderá ser identificado através das Constituições dos Estados soberanos que na atualidade o compõem, seja na pluralidade de suas manifestações, através dos tipos constitucionais representativos, ou mediante a referência individualizada a cada Constituição, para verificar se no agrupamento de Constituições-tipos ou na análise isolada de cada Constituição o Poder Legislativo detém o monopólio da lei. A identificação do "mundo contemporâneo", que é de alcance universal, também será obtida pela inserção do tema nos sistemas jurídicos, que congregam, em classificação homogênea, os ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos. Inclino-me por

Raul Machado Horta é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ MARCHAL, Jean. *Cours d'Économie Politique* – v. I, 3ª ed., Librairie de Médecis, Paris, 1956, p. 707.

esta última orientação, que elimina a dispersão e concentra a análise nos sistemas jurídicos representativos de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos soberanos.

2. *Classificação dos sistemas jurídicos*

René David² dividiu o mundo em cinco sistemas jurídicos, a saber: O Sistema de Direito Ocidental, abrangendo o grupo francês e o grupo anglo-americano. No primeiro grupo, introduziu o direito dos países latinos e dos países germânicos e no segundo o direito inglês, o direito dos Estados Unidos da América, os direitos da Luisiana, de Quebec, da Escócia e da África do Sul. Completavam a classificação de René David o Sistema do Direito Soviético, o Sistema do Direito Muçulmano, o Sistema do Direito Hindu e o Sistema do Direito Chinês. Em obra mais recente, consagrada aos *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*³, René David, sem repudiar expressamente a classificação anterior, adotou o critério do agrupamento em "famílias jurídicas", para distinguir no mundo contemporâneo três grupos distintos: a família romano-germânica, a família da *common law* e a família dos direitos socialistas. O particularismo religioso e a diversa concepção sobre a função do direito levaram René David a excluir de sua classificação das famílias jurídicas o direito muçulmano, o direito hindu, o direito chinês e o direito africano. Léontin-Jean Constantinesco⁴, cujo *Traité de Droit Comparé* encerra notável contribuição renovadora aos estudos do Direito Comparado, partindo do entendimento de que as famílias jurídicas formam uma categoria intermediária entre o singular ordenamento jurídico estatal e o complexo Sistema Jurídico, que é o arquétipo superior, o coroamento das formas precedentes, preferiu a classificação macrocomparativa dos Sistemas Jurídicos, integrando em cada estrutura global as famílias jurídicas que o formam. Segundo Constantinesco, o Sistema Jurídico Europeu-Continental contém quatro diferentes famílias jurídicas: a família dos direitos romanísticos (direitos francês, italiano, espanhol, português, belga, luxemburguês e, parcialmente, o holan-

dês), cuja denominação comum decorre da influência direta do direito romano; a família latino-americana, compreendendo os direitos da América do Sul e da América Central; a família nórdica, congregando os direitos dinamarquês, sueco, norueguês, finlandês e da Islândia; a família germânica, formada pelos direitos alemão, austriaco e suíço. A classificação de Constantinesco se desdobra no Sistema Anglo-Americano, que contém a família inglesa e a família norte-americana; no Sistema Soviético, no Sistema Islâmico, no Sistema Hindu, no Sistema Chinês e no Sistema Africano. O ordenamento jurídico universal se distribui por seis sistemas jurídicos autônomos e distintos.

A formulação da lei pelo Poder Legislativo é uma conquista histórica, que exprime a culminância de milenar processo político, a superação do poder individualizado do monarca absolutista pelo primado da Constituição e a implantação do Estado de direito. Cabe apurar, para responder ao enunciado do tema, se, nos sistemas jurídicos contemporâneos e nas diferentes famílias jurídicas em que eles se distribuem, a lei é monopólio do Poder Legislativo, encarado como sua fonte formal exclusiva.

3. *Lei, Poder Legislativo e sistemas jurídicos*

No Sistema Jurídico Anglo-Saxão, o direito inglês, não obstante a extensão do direito jurisprudencial e das convenções constitucionais, a soberania do Parlamento enlaça a soberania incontestável da lei. Dicey, em obra clássica⁵, sustentou a autoridade legislativa ilimitada do Parlamento, inspirando-se na doutrina de Blackstone e De Lolme, lembrando deste último a famosa passagem, segundo a qual, "é princípio fundamental, para os juristas ingleses, que o Parlamento pode fazer tudo, exceto tornar uma mulher em homem e um homem em mulher". Nos Estados Unidos, o artigo 1.º da Constituição Federal confere ao Congresso o exercício de todos os poderes legislativos: *All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States...* (Art. 1 - Sec. 1).

No Sistema Jurídico Europeu-Continental, o direito francês erigiu em regra fundamental do ordenamento a afirmação da lei como expressão da vontade geral, que se inscreveu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para se transformar, a partir de 1875, em

² *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé - Introduction à l'Étude des Droits Étrangers et à la Méthode Comparative* - LGDJ - Paris, 1950, p. 224.

³ *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* - 6ª ed., - Daloz - 1974, p. 23.

⁴ *Traité de Droit Comparé* - t. III - *La Science des Droits Comparés* - Economica, Paris, 1983, pp. 84/85 - 297/299.

⁵ DICEY, A.V., *Introduction à l'étude du Droit Constitutionnel* - Paris, Giard/Briere, 1902, pp. 35 a 37.

princípio configurador das instituições republicanas. A Constituição de 3 de setembro de 1791, reservando as funções legislativas ao Poder Legislativo (Capítulo III – Seção Primeira – Artigo 1.º), proíbia ao Poder Executivo a elaboração de qualquer lei, mesmo provisória, pois só lhe caberia expedir proclamações para ordenar ou recordar a execução das leis. A subordinação do Executivo à lei, expressão da vontade geral, conduziu a subordinação do Executivo ao Parlamento, que se tornou comportamento típico do regime parlamentar francês da III.ª e da IV.ª Repúblicas. Sendo a lei expressão da vontade geral e o Parlamento a fonte formal de revelação dessa vontade incontestável, o regime parlamentar francês daqueles períodos republicanos consolidou a soberania do Parlamento na soberania da lei.

René Capitant⁶, na profunda análise que dispensou às duas obras fundamentais de Carré de Malberg – *Contribution à la théorie générale de l'État et La loi, expression de la volonté générale* –, tornou claro que, na concepção do Professor de Strasbourg, a primazia da lei no Estado francês era incompatível com sua definição material. A plenitude da lei impunha a inexistência de determinado conteúdo material, para ser objeto dela, de modo que, não havendo a pré-determinação de conteúdo, a atividade do legislador se exerceria sem limitações, transformando em lei o que decorria de sua vontade soberana. Definir a lei por sua matéria, esclarecia René Capitant⁷, reproduzindo a concepção de Carré de Malberg, é defini-la pelo seu objeto. É presumir que o legislador dispõe de um domínio limitado de competência, conforme as matérias submetidas à sua regulamentação, com exclusão das que não o foram, e assim passam à autoridade exclusiva de outros órgãos. O Direito Público francês, fundado na concepção revolucionária da lei como expressão da vontade geral, expandiu-se sob a influência da regra formulada no Título III – Capítulo II – artigo 3.º – da Constituição de 3 de setembro de 1791:

Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi

O sistema soviético, ultrapassada a fase das transformações revolucionárias que se iniciaram com a conquista do poder, em 1917, ingres-

⁶ CAPITANT, René, *Cours de Principes du Droit Public* – 1953 – 1954 – *Les Cours de Droit* – Paris, p. 33.

⁷ ——— *Cours de Principes du Droit Public* – op. cit., p. 37.

sou, a partir de 1922, na prática do princípio da legalidade. Lembrem René David e John N. Hazard⁸, em obra sobre *Le Droit Soviétique*, que, naquela altura da revolução bolchevique, Lênin sentiu a necessidade de reafirmar o princípio da legalidade, indispensável para restaurar a ordem e assegurar a edificação do socialismo. Trata-se de legalidade que os autores marxistas na fase anterior às mudanças ocorridas, recentemente, no Leste Europeu e na União Soviética, sempre adjetivaram de legalidade socialista, para estabelecer o antagonismo com a legalidade burguesa. No sistema soviético, o princípio da legalidade não convive com a separação de poderes e desenvolveu princípio próprio, o da unidade do poder. A inexistência da separação de poderes e a adoção de estrutura vertical do poder desfaz a exclusividade da fonte formal do ato legislativo, que poderá emanar de qualquer dos órgãos situados na culminância do poder do Estado. Os órgãos legislativos, o Soviete Supremo da União e das Repúblicas Federativas, não se concentram na atividade de votar as leis. Como observam René David e John Hazard, elaboram, também, decretos, *ordonnances* e decisões. Feitas estas observações, que registram particularidades do sistema soviético, ora em período de reajustamentos constitucionais, a lei é ato da competência do Soviete Supremo, nos termos dos artigos 113 e 114 da Constituição de 7 de outubro de 1977, incluindo-se na competência do Soviete Supremo a do *Presidium* (arts. 119 e 120), no intervalo das sessões, para modificar, em caso de necessidade, os atos legislativos vigentes na União Soviética (art. 122-1).

O sistema chinês, que adquiriu autonomia na classificação de Constantinesco, ou como integrante do sistema socialista, na classificação de René David, concebeu o seu sistema político partindo do modelo soviético de organização. No estudo exaustivo que dedicou a *La République Populaire de Chine*⁹, obra publicada na coleção *Les Systèmes de Droit Contemporains* do *Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, Tsien Tche-Hao acentua que o regime da República Popular da China

⁸ DAVID, René e HAZARD, John N., *Le Droit Soviétique* – Tome I – *Les données fondamentales du Droit Soviétique*. – Paris – LGDJ – 1954 – pp. 161/224.

⁹ DAVID, René, *La République Populaire de Chine – Droit Constitutionnel et Institutions*, LGDJ, 1970, pp. 40 e 232.

não pratica a separação de poderes. No seu lugar, instituiu a "harmonização" dos poderes. A Assembléia Popular Nacional, como o Soviete Supremo da União Soviética, é, ao mesmo tempo, órgão legislativo e órgão executivo e detém o poder do Estado. Comentando o artigo 22 da Constituição da China Popular de 1954, o mesmo autor informa que a Assembléia Popular é o único órgão do Poder Legislativo e não conhece restrição ao seu poder. Cabe à Assembléia elaborar e aprovar as leis. A Constituição da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982, mantém a estrutura anterior, considerando a Assembléia Popular Nacional o órgão supremo do poder do Estado e o Comitê o seu órgão permanente (art. 57). A Assembléia Nacional e o Comitê Permanente exercem o Poder Legislativo do Estado (art. 58). Cabe à Assembléia Popular votar o Código Penal, o Código Civil, as leis relativas à estrutura do Estado e outras leis essenciais, assim como as modificações introduzidas nessas leis. Entre os numerosos poderes do Comitê Permanente, destaca-se o de votar e modificar outras leis, além daquelas votadas pela Assembléia Popular. A participação mais intensa do Comitê Permanente no processo de elaboração das leis, seja como órgão do Poder Legislativo, ao lado da Assembléia Popular (artigo 58), ou como titular do poder de votar e emendar outras leis, além das que devem ser votadas pela Assembléia Popular, não subtrai a lei da competência do Poder Legislativo no atual sistema jurídico-constitucional da China Popular. À luz das atuais regras constitucionais e da interpretação que lhes dá conhecedor das instituições da China Popular, é razoável a inclusão do sistema chinês no grupo dos sistemas jurídicos que conferem ao Poder Legislativo o monopólio da lei.

O Sistema Jurídico Muçulmano é projeção do sentimento religioso que unifica o Estado, a sociedade e a comunidade. Maurice Flory e Robert Mantran¹⁰, no estudo que dedicaram ao regime político dos países árabes, esclarecem que, como sociedade teocrática, no mundo árabe-muçulmano a função do povo não é a mesma que ele desempenha nas democracias ocidentais. O povo — *Umma* — não tem por finalidade exprimir sua opinião, mas a de traduzir a vontade divina. A referência suprema do sistema não é o povo, mas a divindade islâmica. Os re-

presentantes que compõem as Assembléias não são escolhidos em função da vontade popular. O que importa para a investidura é o conhecimento da religião e a aproximação da vontade divina. As Assembléias árabes-islâmicas não possuem poder de decisão. São órgãos de consulta e não órgãos de legislação. A caracterização dominante da função consultiva das Assembléias como órgãos de consulta pode sofrer atenuações, que constituem exceções à regra geral. A Constituição da República Islâmica do Irã, de 15 de novembro de 1979, por exemplo, prevê a função legislativa da Assembléia Islâmica (artigo 71), mas, ao mesmo tempo, subordina a Assembléia à religião oficial do país (artigo 72) e à autoridade de um Conselho de Vigilância, encarregado de assegurar a prevalência dos preceitos islâmicos (arts. 91, 94 e 96).

O Sistema Jurídico Africano, a partir do processo de descolonização, caracterizou-se pela fertilidade constitucional, que converteu a África em amplo laboratório de experimentação das novas Constituições. A influência francesa e a influência inglesa no processo de constitucionalização justificaram a classificação do sistema africano em Estados francófilos e Estados anglófilos. O artificialismo da implantação das Constituições inspiradas nos modelos de suas matrizes constitucionais conduziu à instabilidade dos regimes políticos, com mudanças frequentes de Constituições, suspensão dos direitos individuais, ascensão e queda de regimes ditatoriais, esmagamento de minorias pelo domínio de partidos dominantes quando não do partido único dentro do Estado. Georges Lavroff¹¹, comentando os poderes das Assembléias Parlamentares no sistema constitucional dos Estados francófilos, assinalou a limitação material do Poder Legislativo em consequência da definição prévia do âmbito da lei, técnica inspirada na Constituição francesa de 1958, que contraiu a atividade legislativa, deixando fora de sua competência as matérias não explicitadas a seu favor. Com a ressalva das paralisações que atingem o funcionamento do Poder Legislativo, no sistema jurídico africano, a lei é ato do Poder Legislativo, conforme enunciam as regras das Constituições dos Estados francófilos¹² e dos

¹¹ LAVROFF, Dmitri Georges. *Les Systèmes Constitutionnels en Afrique Noire - Les États Francophones*, Pedone, Paris, 1976, p. 65.

¹² LAVROFF, Dmitri Georges, op. cit., que abrange as Constituições da República Popular de Bénin

¹⁰ FLORY, Maurice e MANTRAN, Robert, *Les Régimes Politiques des Pays Arabes*, PUF, Paris, 1968, p. 139.

Estados anglófilos¹³.

O sistema jurídico da Índia, incluído nas classificações de René David e de Léontin Constantinesco, reflete os condicionamentos da complexa estrutura territorial, política e étnica da República da Índia. A Constituição da Índia, de 26 de janeiro de 1950, com seus trezentos e noventa e três artigos e nove anexos, dentre eles o Anexo VII, que abrange as exaustivas listas de competências da União, dos Estados e das matérias concorrentes, é o instrumento de ordenação do diversificado sistema jurídico indiano, no qual a confecção da lei é prerrogativa do Parlamento bicameral. As normas de elaboração da lei são abundantes na Constituição (arts. 79/122), que ingressou nas minúcias de natureza regimental (arts. 86, 87, 93, 94, 95, 96, 98, 109, 110, 114, 115, 116, 117 e 118).

A análise dos sistemas jurídicos demonstra que a lei é, de modo geral, considerada como ato cuja elaboração constitui monopólio do Poder Legislativo, salvo no sistema jurídico muçulmano, dominado pela concepção teocrática do poder, e no sistema jurídico africano, quando as manifestações cíclicas do poder individualizado promovem a substituição da vontade do órgão legislativo pela vontade do ditador. O Poder Legislativo é a sede da lei formal e da lei material. No primeiro caso, para identificar a fonte da lei no Parlamento e no segundo para indicar o conteúdo da lei, como fazem os ordenamentos constitucionais, a exemplo do brasileiro, que discriminam na Constituição a matéria, vale dizer, o conteúdo da lei.

Não é o monopólio da lei formal e da lei material que está em causa no mundo contemporâneo. O que nele ocorreu é fenômeno diverso. Trata-se do deslocamento parcial da atividade

legislativa para outros titulares, aos quais as Constituições contemporâneas permitem, através de técnicas e de procedimentos apropriados, o exercício de competência legislativa, para emanar atos distintos da lei, mas que possuem a força e o valor da lei. Essas técnicas e procedimentos não são criações do mundo contemporâneo. Lançam raízes no passado e denunciam, pelo menos, a desconfiança na competência do Poder Legislativo para legislar rapidamente ou atender situações de emergência. O deslocamento parcial da atividade legislativa do Parlamento para outros centros de legislação não constitui procedimento raro e restrito a este ou àquele Estado. É fenômeno generalizado, que se disseminou nos sistemas jurídicos contemporâneos. Ingressou nas democracias clássicas e nas democracias modernas, nos regimes republicanos e nos regimes monárquicos, nas Constituições presidencialistas e nas Constituições parlamentaristas. Após o choque inicial, que feriu os preceitos da doutrina constitucional fundada na separação de poderes e na distribuição orgânica de competências, aoenando com a ameaça da ditadura, o procedimento e as técnicas que preconizaram a adoção de novas formas de atividade legislativa, além da lei formal e da lei material, encontraram a tranqüila consagração nos textos constitucionais do governo representativo.

4. Deslocamento da atividade legislativa

O decreto-lei é a forma remota de deslocamento da atividade legislativa do Parlamento para o Poder Executivo, representando, ao lado dos *provvedimenti provvisori* e das medidas provisórias, instituídas, contemporaneamente, na Constituição da Itália de 1947 e na Constituição do Brasil de 1988, as espécies mais radicais de legislação direta e autônoma do Executivo. Santi Romano¹⁴ ilustrou a energia dessa forma governamental de legislação direta na utilização do decreto-lei, em 1908, no ordenamento italiano, para enfrentar as consequências do que ele denominou de "cataclisma telúrico", verificado nos territórios de Messina e Reggio-Calabria. A necessidade e a urgência impuseram o apelo ao decreto-lei, para acudir à população desabrigada, restabelecer serviços públicos e assegurar a ordem pública. Em função de ocorrências de tal gravidade, desenvolveu-se na Itá-

(1959); República de Burundi (1974); República dos Camarões (1972); República Centro-Africana (1959 - 1960); República Popular do Congo (1973); Costa do Marfim (1959 - 1960); Gabão (1959 - 1961); Guiné (1958); Alto Volta (1959 - 1960 - 1970); Madagascar (1959 - 1960 - 1975); Mali (1960 - 1974); Mauritânia (1961); Níger (1959 - 1960); Quênia (1962); Senegal (1959 - 1960 - 1963 - 1970); Tchad (1959-1960-1962); Togo (1960 - 1961); Zaire (1964 - 1974) (34).

¹³ LAVROFF, D. G., PEISER, G., *Les Constitutions Africaines - Tome II - États Anglophones*, Paris, Ed. A. Pédone, 1964, que contém as Constituições da República da África do Sul (1961), República de Ghana (1960), República da Libéria (1847), República da Nigéria (1963), Uganda (1962), Serra Leoa (1961), República de Tanganyika (1961) (7).

¹⁴ ROMANO, Santi, *Sui Decreti-Legge e lo Stato di Assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, Scritti Minori, Milano, Giuffrè Ed., 1950, p. 287.

lia o conceito de *necessità e urgenza* para justificar a adoção de poderes legislativos extraordinários do governo. A *necessità* converteu-se em fonte sobre a produção de normas¹⁵. Na França¹⁶, a legislação governamental na via do decreto-lei foi adotada no período da guerra de 1914 – 1918, após resistências do Parlamento, que o Ministério Clemenceau transpôs, quando obteve a aprovação da lei de 10 de fevereiro de 1918, autorizando o governo a expedir decretos com força de lei, em matéria de abastecimento, observada a cláusula de posterior ratificação das Câmaras. A legislação por decretos-leis alcançou intensidade a partir de 1924, sob o Gabinete Poincaré, e adquiriu habitualidade a partir de 1934, com autorização concedida ao Presidente Doumergue, em 1935 (Gabinete Pierre Laval), 1937 (Ministério Chautemps), em 1938 e 1939, com a outorga de plenos poderes ao Ministério Daladier, na preparação do esforço de guerra. A lei de 8 de dezembro de 1939 tornou o emprego de decretos-leis a forma de legislação permanente do governo de guerra. Na Alemanha, sob a Constituição de Weimar, de 19 de agosto de 1919, o artigo 48 atribuía ao Presidente da República competência para adotar medidas assemelhadas ao decreto-lei, visando ao restabelecimento da ordem e da segurança públicas, quando gravemente perturbadas ou ameaçadas. No Brasil, o decreto-lei, como manifestação autoritária da legislação direta do Poder Executivo, surgiu na *Carta de 10 de novembro de 1937*, precedido de autorização do Parlamento, dentro das condições e dos limites fixados pelo ato de autorização (art. 12), ou, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, nas matérias de competência legislativa da União não exercitadas expressamente (art. 13, *a a h*), para, finalmente, converter-se na forma permanente de pletórica legislação presidencial, durante a vigência da *Carta de 1937* (art. 180). A *Constituição Congressual de 24 de janeiro de 1967* reintroduziu o decreto-lei no ordenamento jurídico brasileiro (art. 46, V), conferindo ao Presidente da República a competência para expedilo, em casos de urgência ou de interesse público relevante, “desde que não haja aumento de despesa”, em matérias pré-determinadas, as quais, pela sua amplitude, colidiam com a proi-

bição de aumento de despesa. O decreto-lei dependia de apreciação do Congresso Nacional, que não poderia emendá-lo, e, se não fosse apreciado no prazo de sessenta dias, seria automaticamente aprovado. A eventual rejeição do decreto-lei, que gozava de vigência imediata, não acarretaria a nulidade dos atos praticados (art. 55, I, II e III, parágrafos 1.º e 2.º). Contemporaneamente, no sistema jurídico ocidental, o decreto-lei, como atividade legislativa do Executivo ou do governo, ingressou na *Constituição da Itália de 1947* (artigo 77, §§ 2.º e 3.º), na *Constituição de Portugal de 1976* (art. 201 – 1, *a, b, c, 2, 3, art. 172 – 1, 2, 3, 4 e 5*) e na *Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978* (artigo 86, 1, 2, 3), aqui referidas como textos representativos do sistema jurídico, sem caráter de exaustividade nesta referência. Abandonando a designação de decreto-lei, que recordava a larga utilização do instituto no período do regime fascista, a *Constituição Italiana* cunhou nova expressão – *provvedimenti provvisori con forza di legge*, para alcançar os mesmos efeitos do decreto-lei, através da legislação governamental. Os *provvedimenti provvisori* devem ser apresentados às Câmaras para apreciação no mesmo dia. Os decretos, como passa a denominá-los o terceiro parágrafo do artigo 77 da *Constituição da Itália*, perderão eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. Neste caso, as Câmaras poderão regular na lei as relações jurídicas que surgirem na vigência dos decretos não convertidos (art. 77). A *Constituição de Portugal de 1976*, com as revisões de 1982 e 1989, após enumerar as matérias que constituem objeto da exclusiva competência legislativa da Assembleia da República (art. 167 – *a a p*), confere ao governo – órgão constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros, pelos Secretários e Subsecretários de Estado (art. 186, 1) –, no exercício de funções legislativas, a competência para expedir decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República, em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta, e para desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscreveram (art. 201, 1, *a a c*). Dessas três modalidades, a primeira corresponde ao decreto-lei que resultar da iniciativa direta do Governo, enquanto a segunda e a terceira se ajustam à legislação delegada ao Governo, provindo de lei de autorização legislativa ou de lei de bases (art. 201,

¹⁵ MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. II, op. cit., p. 640.

¹⁶ DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, v. 2, PUF, 1971, pp. 74 e 75.

3). Os decretos-leis nas matérias não reservadas à Assembléa da República, no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, não são submetidos à apreciação da Assembléa da República (art. 172.1). A *Constituição da Espanha de 1978*, inspirando-se na Constituição da Itália, autoriza o Governo, que se compõe do Presidente, dos Vice-Presidentes, dos Ministros e de outros membros previstos na lei (art. 98. 1), a expedir, em caso de extraordinária e urgente necessidade, disposições legislativas provisórias, sob a forma de decretos-leis, mas se afasta da matriz constitucional italiana, para ressaltar que os decretos-leis não poderão atingir o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, regulados no Título I, o regime das comunidades autónomas, nem o Direito Eleitoral geral (art. 86). A Constituição determina que os decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos ao debate e votação pelo Congresso dos Deputados, dentro do prazo de trinta dias, a contar de sua promulgação, para fins de convalidação ou derrogação. As Cortes, no mesmo prazo de trinta dias, poderão submetê-los à tramitação como projetos de leis, em procedimento de urgência.

A *delegação legislativa*, outra forma que operou o deslocamento parcial da atividade legislativa do Parlamento para a área do Poder Executivo ou do Governo, floresceu, originariamente, nos regimes parlamentares, permanecendo o regime presidencial, durante largo período, hostil a essa modalidade de legislação governamental, como evidenciam a *Constituição norte-americana de 1787* e o constitucionalismo brasileiro que precedeu à breve experiência do regime parlamentar, no período de 1960–1963, e à Constituição congressual de 1967.

Na *Inglaterra*, modelo de regime parlamentar, a legislação delegada comporta uma distinção entre a delegação normal e a delegação anormal ou legislação de crise. Enquanto a primeira atende a exigências da pressa e da complexidade técnica dos textos legais, a segunda, como destacou Paul Visscher¹⁷, tem sua origem em circunstâncias excepcionais e bruscas: guerras, crises económicas, perturbações internas. A legislação de crise, imposta pela guerra de 1914–1918 – *Defense of the Realm Act 1914* – reproduziu-se nos *Emergency Powers (Defense)*

Acts, de 24 de agosto de 1939 e 22 de maio de 1940, verdadeira legislação de plenos poderes. A discricionariedade da legislação delegada suscitou vivas reações na Inglaterra. Lord Hewart of Bury, antigo *Chief Justice*, exprimiu essas resistências, em livro que alcançou larga repercussão – *The New Despotism*, no qual sustentou que a prática da legislação delegada resultava de um *complot* de altos e ambiciosos funcionários interessados em anular os poderes soberanos do Parlamento inglês.

Nos Estados Unidos, a legislação delegada embutida na legislação do *New Deal* provocou a forte resistência da Suprema Corte, em sucessivas declarações de inconstitucionalidade, fundadas na interpretação constitucional da separação dos poderes e na ausência de *standard*, que pudesse dirigir ou limitar os poderes do Presidente, como frisou o Juiz Cardoso¹⁸ na sua *concurring opinion*, manifestada no famoso caso *Schechter Poultry Corp. "et al." v United States* (1935).

Contemporaneamente, a técnica da legislação delegada, que Burdeau¹⁹ disse ser o tributo que a democracia presta à razão de Estado, tornou-se comum às Constituições parlamentaristas da Itália, da Alemanha, da França, de Portugal e da Espanha.

A *Constituição da Itália* contempla forma moderada de delegação legislativa, que afasta a atração exercida pela concessão de plenos poderes. Preferiu a delegação controlada, assim concebida no artigo 76, *verbis*:

"L'esercizio della funzione legislativa non puo essere delegato al governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti."

A lei de delegação é o ato instrumental do Parlamento, para atribuir ao governo o poder-dever de legislar dentro das limitações constitucionais, e o decreto com valor de lei é o ato do Governo que exterioriza o exercício da função legislativa delegada, como dispõe a primeira parte do artigo 77 da Constituição.

A *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, de 23 de maio de 1949, prevê a habilitação legislativa ao governo federal, um

¹⁸ TRESOLINI, Rocco J., *American Constitutional Law*, The Macmillan Company, New York, 1959, pp. 137 e 138.

¹⁹ BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, t. VIII, Paris, LGDJ, 1974, p. 561.

¹⁷ VISSCHER, Paul, *Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise*, Casterman, Paris, 1947, pp. 28 e 29.

ministro federal ou aos governos dos Estados, com as cautelas da delegação controlada, conforme o modelo italiano. A lei que conferir a competência para expedir regulamento de direito (*Rechtsverordnungen*) determinará o conteúdo, o fim e a extensão da habilitação, constituindo essa medida o fundamento jurídico do regulamento (art. 80).

A *Constituição da França de 4 de outubro de 1958*, que acolheu a concepção de poder de De Gaulle, facultou ao governo, para execução de seu programa, solicitar ao Parlamento autorização para adotar por *ordonnances*, durante prazo limitado, medidas que se situam normalmente no domínio da lei. As *ordonnances* são decididas em Conselho de Ministros, após o parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor desde sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for apresentado ao Parlamento na data fixada pela lei de habilitação (art. 38).

Dois inovações da Constituição de 1958 abalaram a tradicional concepção do Direito Público francês, fundada no monopólio da lei pelo Parlamento: a que definiu as matérias da lei, seja para fixar regras ou para determinar os princípios fundamentais (art. 34), e a que, nas condições estabelecidas no artigo 16, investiu o Presidente da República na competência de poderes extraordinários para adotar as medidas exigidas, quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais forem ameaçadas *d'une manière grave et immédiate* (art. 16). Burdeau²⁰ identificou nessas inovações o rompimento da tradição republicana do monopólio legislativo pelas Assembléias francesas. Claude Leclercq²¹ entende que a distinção entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, estabelecida nos artigos 34 e 37, representa o abandono do princípio que assegurava a primazia da lei e os poderes extraordinários do artigo 16 concentram no Presidente da República a totalidade dos poderes legislativo e regulamentar. Jacques Cadart²² qualifica de revolução jurídica a nova definição de lei e de regulamento. A determina-

ção das matérias que constituem objeto da lei e a indefinição do que poderá ser matéria regulamentar, abrangendo tudo o que não estiver incluído no domínio da lei (art. 37), tornou excepcional o domínio da lei e de direito comum o poder regulamentar autônomo do Governo. Outra inovação da Constituição francesa que conflita com princípios do governo representativo, incorporados ao Direito Público Republicano, tão zelosamente preservado na III.^a e IV.^a Repúblicas, é o da chamada lei referendária, cujo projeto é submetido diretamente ao *referendum* popular, dispensando a deliberação parlamentar sobre ele. O Presidente da República, mediante proposição do Governo ou iniciativa conjunta das duas Assembléias, na forma do artigo 11, poderá submeter ao *referendum* projeto de lei dispendo sobre a organização dos poderes públicos, a aprovação de acordo da comunidade ou a ratificação de Tratado que tenha repercussão no funcionamento das instituições. Comentando o alcance do artigo 11, Burdeau²³ concluiu ter ele introduzido na França duas categorias de leis: as leis parlamentares e as leis referendárias.

A *Constituição de Portugal* abrandou a reserva absoluta de competência legislativa da Assembléia da República, que consagra a indelegabilidade das matérias incluídas nessa competência (art. 167, de *a a p*), com a reserva relativa de competência legislativa, que prevê autorização ao governo para legislar sobre a amplíssima matéria situada nesse domínio (art. 168-1, *a até z e aa*). As regras constitucionais que disciplinam a legislação governamental contêm, entre outras, as seguintes disposições: as leis de autorização legislativa devem definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada; as autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo de sua execução parcelada; as autorizações caducam com a demissão do governo a que tiverem sido concedidas, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembléia da República (art. 167, 2 a 4).

A *Constituição da Espanha de 1978*, como as Constituições da França e de Portugal e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, filia-se ao modelo da delegação ou habilitação legislativa controlada, concebido na Constituição da Itália de 1947, que afasta os temores suscitados pela técnica dos plenos poderes, difundida na versão francesa do cons-

²⁰ BURDEAU, Georges, op. cit., p. 568.

²¹ LECLERCQ, Claude, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7.^a ed., Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1990, pp. 578, 579 e 593.

²² CADART, Jacques, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, t. II, 2.^a ed., LGDJ, 1980, pp. 1069, 1073 e 1074.

²³ BURDEAU, Georges, op. cit., p. 472.

titucionalismo do primeiro pós-guerra. Estabelece a Constituição que as Cortes Gerais poderão delegar ao Governo o poder de expedir normas com força de lei sobre determinadas matérias, excluídas as matérias que constituem objeto das leis orgânicas (art. 82-1 c/c art. 81). A lei de bases será o instrumento formal da delegação legislativa, quando se tratar da formação de textos articulados. A delegação se fará na via da lei ordinária, para refundir diversos textos legais em texto único. Várias cautelas condicionam, de modo geral, a delegação legislativa (art. 82-3) e, especificamente, a prescrição de que as leis de bases delimitarão o objeto e o alcance da delegação legislativa e os princípios e critérios que deverão regular o seu exercício (art. 82.4).

No *Direito Constitucional Brasileiro*, a delegação legislativa encontrou prolongada resistência no período republicano, não obstante a disfarçada forma de delegação adotada nas autorizações orçamentárias da Primeira República, responsáveis pelos "orçamentos babilônicos", prática que Rui²⁴ condenou com severidade, qualificada por ele de

"recurso da administração contra ambas as Casas do Congresso, a fim de lhes subtrair, sem debate, à última hora, achamboiradas e disfarçadas nas leis de meios, exigências absurdas...".

Acentuando a restrição isolada que se continha na *Constituição Federal de 1891*, para vedar ao titular de um dos Poderes o exercício de funções de outro (art. 79), as Constituições Federais de 1934 (art. 3.º, § 1.º) e de 1946 (art. 36, § 2.º), em redação coincidente, vedaram a qualquer dos Poderes delegar atribuições. Afonso Arinos de Melo Franco²⁵, referindo-se à *Constituição de 1946*, lamentou a proibição, na qual localizava "um dos mais infelizes dispositivos de nossa Constituição". Na vigência da Constituição de 1946, a *Emenda Constitucional n.º 4*, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo, introduziu a legislação delegada no *Direito Constitucional Brasileiro*, estabelecendo o paralelismo entre a delegação legislativa e o regime parlamentar (art. 22, parágrafo único). Extinta com o restabelecimento do regime presidencial, em 1963, a dele-

gação legislativa encontrou ampla utilização no Gabinete Brochado da Rocha. A *Constituição Federal de 1967* reintroduziu a delegação no processo legislativo federal, sob a forma da lei delegada (arts. 49, IV, 55), excluindo da legislação delegada determinadas matérias (art. 55, parágrafo único, I a III), dentro da concepção de delegação legislativa controlada, que adotou, para submetê-la à especificação do conteúdo e aos termos disciplinadores de seu exercício (art. 57). A preferência presidencial pela legislação abreviada e de urgência, sujeita à deliberação automática, por decurso de prazo, que a Constituição autorizava (art. 54, §§ 1.º e 3.º), converteu em norma ineficaz a delegação legislativa, relegada ao desuso constitucional. A *Constituição da República de 5 de outubro de 1988* manteve a delegação no processo legislativo (arts. 59, IV e 68), perfilhando a concepção de legislação controlada, que consagra as matérias indelegáveis (art. 68, § 1.º, I a III), cujo campo se dilata pela inclusão nesse domínio da matéria reservada à lei complementar e da legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. A resolução do Congresso Nacional, que dispuser sobre a delegação ao Presidente da República, deverá especificar o conteúdo da delegação e os termos de seu exercício, exigência da legislação controlada. A delegação legislativa perdura inexplorada. Outros instrumentos de aceleração legislativa gozam da preferência presidencial, como a legislação de urgência, para os projetos de iniciativa do Presidente da República (art. 64, §§ 1.º e 2.º) e a legislação governamental direta, na via larga das *medidas provisórias com força de lei*, (art. 62, parágrafo único). Duzentos e noventa e nove medidas provisórias, adotadas na vigência da *Constituição Federal de 1988*, até a data de 1.º de outubro de 1991, demonstram a frequência e a intensidade desse procedimento, que a Constituição reserva aos casos de relevância e de urgência, dentro da competência privativa do Presidente da República (arts. 62, 84, XXVI). Medidas provisórias com força de lei, que independem de autorização congressual prévia e emanam da vontade do Presidente da República, no exercício monocrático do Poder Executivo (*Constituição da República*, art. 76), como é da índole do regime presidencial brasileiro, conduzem à legislação de plenos poderes, atenuada pela audiência imediata do Congresso Nacional e a implícita vedação da matéria insubtraível ao Congresso, por interpretação analógica da regra da indele-

²⁴ BARBOSA, Rui, *Comentário à Constituição Federal Brasileira* - Coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, v. II, Livraria Acadêmica, p. 182

²⁵ *Estudos de Direito Constitucional*, Ed. Revista Forense, Rio, 1957, p. 96.

gabilidade legislativa. Já assinala²⁶, em estudo dedicado às "medidas provisórias", o equívoco em que incorreu o constituinte brasileiro ao transpor para o regime presidencial técnica legislativa do regime parlamentar italiano, no qual a adoção dos *provvedimenti provvisori* decorre de decisão colegiada do governo, envolvendo a responsabilidade política inerente ao regime parlamentar.

5. Conclusões

No mundo contemporâneo, o monopólio da lei reside no Poder Legislativo. A lei é ato do *brãço legislativo*, nas suas várias denominações de Parlamento, Congresso, Câmaras, Assembléias, conforme a preferência da Constituição, sancionado ou promulgado pelo Poder Executivo. Aí temos a ineliminável lei formal que a matéria da lei acrescenta ao conteúdo da lei material. A localização da lei no Poder Legislativo é constante e generalizada nos sistemas jurídicos do mundo contemporâneo. A mudança ocorreu em outro plano, o do deslocamento da atividade legislativa para o governo, através do decreto-lei, da legislação delegada, dos *provvedimenti provvisori*, e das medidas provisórias, reduzindo a intensidade do monopólio legislativo, sem a perda da competência exclusiva de elaboração da lei. A atividade legislativa paralela do Poder Executivo, em períodos normais ou em períodos de crises, passou a compartilhar do exercício da atividade legislativa, atingindo a exclusividade da competência legislativa que o Poder Legislativo deteve no esplendor da democracia clássica e do liberalismo político e econômico. Formas redutoras da intensidade legislativa do Parlamento igualmente se

situam nas técnicas contemporâneas que privilegiam a iniciativa legislativa do Poder Executivo, mediante os procedimentos abreviados e de urgência, ou ainda no controle da deliberação legislativa através da fixação da ordem do dia das Câmaras. No excelente estudo sobre o funcionamento de Paramentos, Milton Campos e Nelson Carneiro²⁷ apontaram o declínio da iniciativa parlamentar das leis, as restrições ao poder de emendar e a presença do Executivo no mecanismo parlamentar da deliberação como manifestações das mudanças operadas no processo legislativo contemporâneo. Não desconhecendo as exigências que conduzem à configuração dos poderes legislativos extraordinários e de urgência, estou convencido de que a retomada da plenitude legislativa do Parlamento, além das providências regimentais que visam ao aprimoramento do trabalho legislativo, no âmbito de seu funcionamento cotidiano, poderá ser alcançada na técnica da legislação pelas comissões e nos instrumentos dessa legislação mais rápida, que a Constituição da Itália de 1947, em visão antecipadora, particularizou no procedimento normal e nos procedimentos abreviados, que conduzem à legislação pelas comissões. Nas técnicas parlamentares de procedimento abreviado, como as que se encontram na Constituição da Itália, o Poder Legislativo mantém a intensidade da competência de legislar e assegura a necessária rapidez da legislação, dispensando ou, pelo menos, reduzindo a níveis mínimos a expansão da legislação governamental através dos poderes extraordinários do Executivo ou do Governo.

²⁶ MACHADO HORTA, Raul, "Medidas Provisórias", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n.º 107, jul./set., 1990, pp. 5 a 18.

²⁷ CAMPOS, Milton e CARNEIRO, Nelson, *Estudo sobre o funcionamento dos Paramentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos da América, México e Peru*, Serviço Gráfico do Senado Federal, Brasília, DF, 1966, pp. 16 a 19.

Política e dinheiro: as legislações da França e outros países

CLAUDE DESLIHAT E CHRISTIAN MARE

As leis de 11 de março de 1988, relativas à transparência financeira da vida política, instituem, na França, o controle sobre o patrimônio dos políticos e regulamentam o financiamento das atividades partidárias e campanhas eleitorais para os cargos de Presidente da República e Deputado. Claude Deslihat e Christian Mare expõem os objetivos, moralidades e alcance dessa nova legislação, em cotejo com a experiência de outros países, particularmente os Estados Unidos, a Grã-Bretanha, a Itália e Alemanha.

A proposta do Presidente

Em 16 de novembro de 1987, ao ser entrevistado pela *Radio Télévision Luxembourg* sobre os escândalos político-financeiros do momento, o Presidente Mitterrand declarou: "... temos que acabar com essa lama". Propôs que o governo submetesse ao Parlamento, reunido em sessão extraordinária, um projeto de lei estabelecendo algum controle sobre o patrimônio dos políticos "de certa relevância" e regulamentando o financiamento das atividades partidárias e campanhas eleitorais.

Essa idéia não é nova. Desde o começo da década de 70, cerca de vinte projetos de lei de autoria de parlamentares (alguns deles inspirados em projetos anteriores) e um projeto governamental (de autoria de Raymond Barre, de 1979), aliás muito diversos em suas ambições e modalidades, já foram encaminhados às Mesas das duas Câmaras.¹ Em vão. A bem

¹ Projetos de lei de autoria dos seguintes parlamentares: Guille (1971), Commenav (1971), Mollet (1973), Peretti (1976), Marcilhaey (1976), Donnez (1976), Cabanel (1976), Feretti (1978), Crépeau-Defferre (1978), d'Harcourt (1978 e 1986), Labbé (1979), Mercier (1979), Delalande (1979 e

da verdade, prevalece certo ceticismo quanto à real utilidade de legislar nesta matéria: "aceto que controlem os recursos dos partidos — dizia Georges Pompidou em 1971 —, isso não mudará quase nada". Ecoam, hoje, as declarações desiludidas de François Mitterrand: "... vocês não vão impor virtude (...) Tem gente que dará um jeito de fraudar assim mesmo." Mas, imediatamente, emenda: "Os desonestos serão então dez vezes mais culpados, e deverão ser punidos ainda mais..."

O exemplo de outros países

Outros países, no entanto, estavam fornecendo exemplos. Muito tempo depois da Grã-Bretanha, que já em 1863 regulamentara o financiamento de eleições, a maior parte das democracias ocidentais adotou, na década de 70, disposições relativas ao financiamento dos partidos e campanhas eleitorais: a Suécia, em 1966; a Alemanha, em 1967, 1969 e 1983; a Finlândia, em 1969; Israel, em 1973; a Itália, em 1974; os Estados Unidos, em 1974 e 1976; o Japão, em 1975; o Quebec, em 1977; as Comunidades Européias, em 1979 e 1984. Junta-se a elas a Espanha, em 1985. Em contrapartida, são menos numerosos os países que praticam alguma forma de controle da probidade de seus políticos: são eles o Japão, os Estados Unidos, principalmente, e a Itália.

Assim, ao aprovarem, em 25 de fevereiro de 1988, na mesma redação já aprovada pelos deputados,² os dois projetos de lei relativos à "transparência financeira da vida política" encaminhados pelo governo, após ouvir por duas vezes as lideranças dos cinco partidos representados na Assembléia Nacional, permitiram os senadores que a França ficasse junto às grandes democracias ocidentais.

Dois textos geminados

Publicadas no *Diário Oficial* de 12 de março de 1988 (n.º 61), a Lei Orgânica n.º 88-226

1986), Richard (1979 e 1982), Madelin (1981), Griotteray (1986), Vasseur (1987), Marchais (1987), Diligent (1987), Barrot (1987). Sobre o teor desses projetos, cf. Jacques Larché, *Rapport de la Commission des Lois du Sénat*, tomo I, JO-Sénat n.º 229, segunda sessão extraordinária de 11 de fevereiro de 1988, anexo à ata dessa sessão.

² Que já tinham aprovado, em segundo turno, em 23 de fevereiro de 1988, o projeto de lei orgânica, com 323 votos a favor (RPR, UDF, FN) e 250 contrários (PCF, PS), bem como o projeto de lei ordinária, com 291 votos a favor (RPR, UDF) e 282 contrários (PS, PCF, FN).

e a Lei Ordinária n.º 88-227, ambas de 11 de março de 1988, formam um conjunto uno, uma vez que a dualidade de textos resulta de injunções constitucionais, e não de alguma dualidade inerente à matéria.

A lei orgânica compreende, entre outras, as disposições relativas ao Presidente da República (declaração patrimonial e financiamento da campanha presidencial) e disposições relativas aos parlamentares (declaração patrimonial de deputado e senador, financiamento da campanha eleitoral para esses cargos). A lei ordinária reúne as disposições relativas às declarações patrimoniais dos outros políticos, o ressarcimento das despesas de campanha do candidato a deputado, o estatuto dos partidos e o custeio público da atividade partidária.

A Transparência do Patrimônio

Ética individual e virtude democrática

A república é, etimologicamente, coisa pública e democracia virtuosa, segundo Montesquieu. Assim sendo, é natural e lícito zelar por que os representantes do povo e os mais graduados servidores do Estado não se valham de sua qualidade para engordar o patrimônio próprio. É raro acontecer isso? É raro, sim, e o motivo é simples: o escuso é, por vocação, clandestino. "A maior parte dos políticos são honestos, e os desonestos são mestres em dissimular", nota Maurice Duverger, que não faz segredo de seu ceticismo quanto à conveniência de legislar nessa matéria.³ Já Rabelais comentava, com desenfado, a relativa ineficácia dos textos em face da corrupção individual: "... nossas leis são como teias de aranha: ... nelas se prendem mosquinhas e borboletinhas..., os grandes tavões as rompem... e delas escapam..."⁴.

Aliás, a única tentativa francesa para controlar o estado de fortuna dos eleitos acabou reforçando a idéia de que a posse de um mandato não enriquece ninguém. Quando, no 4 de vendemiário do ano IV, a Convenção decretou que "cada representante do povo tem a obrigação... de entregar... uma declaração da fortuna por ele possuída no começo da Revolução e da que atualmente possui", os documentos entregues permitiram constatar que os negócios dos convencionais, no geral, não eram florescentes.

³ DUVERGER, Maurice. "Poudre aux yeux", in: *Le Monde*, 15 de janeiro de 1988.

⁴ RABELAIS. *Quinto e último livro*. Capítulo XII.

Acabar com as suspeitas infundadas e os ganhos suspeitos

Ora, se os políticos são íntegros, este é mais um motivo para divulgar sua integridade. Isso preveniria suspeitas indevidas, acabaria com boatos infundados e talvez evitaria falsos escândalos, como o da declaração de rendimentos — legalíssimos — que fez escorregar Jacques Chaban-Delmas em 1972. Além disso, essa medida permitiria, eventualmente, identificar enriquecimentos suspeitos. Afastar suspeitas sem fundamento e detectar lucros preocupantes: eis o duplo escopo das disposições apresentadas pelo governo na passagem de 1987 para 1988, na forma dos dois projetos de lei relativos à transparência financeira da vida pública que redundaram nas leis de 11 de março de 1988.

Os Preceitos da Lei

Por força desses textos, três categorias de responsáveis políticos têm, agora, obrigação de entregar declarações de situação patrimonial, no início e termo do mandato (ou do exercício das atribuições):

O Presidente da República:
declaração pública

— *Os candidatos à Presidência da República.* O Conselho Constitucional verifica que esses candidatos consentem em entregar-lhe uma declaração, em envelope lacrado, de sua situação patrimonial. Tais documentos permanecem secretos: somente a declaração do candidato eleito é publicada no *Diário Oficial*, junto com os resultados da eleição. O descumprimento dessa obrigação importa nulidade da candidatura. O Conselho também verifica que os candidatos se comprometem, caso eleitos, a entregar nova declaração no termo de seu mandato, que também será publicada no *Diário Oficial*. Mas a falta de entrega dessa segunda obrigação só expõe o candidato a penalidades meramente morais e políticas: aos cidadãos eleitores cabe apreciar o fato.

Os parlamentares: controle exercido pela Mesa da assembléia respectiva

— *Os deputados e senadores* entregam suas declarações, em envelope lacrado, à Mesa da assembléia de que são membros. Podem anexar a essa declaração observações sobre a evolução de seu patrimônio. As Mesas são explicitamente responsáveis pelo sigilo dos documentos entregues a esse título: declarações e

observações não podem ser comunicadas a ninguém, salvo mediante requerimento expresso do declarante ou preposto seu, ou requisição judicial. "caso sua comunicação seja necessária para a solução de litígio ou útil para a apuração da verdade". A consulta dessas e a revelação de seu teor em qualquer outra circunstância são passíveis de penas previstas no Código Penal.

As Mesas das duas assembléias apreciam as variações de patrimônio evidenciadas pelas declarações e observações por elas recebidas. Finalmente, o presidente de cada uma das câmaras elabora um relatório sobre essa questão sempre que o julgar necessário e, em todo caso, a cada renovação de mandato, isto é, com periodicidade mínima de cinco anos para os deputados (periodicidade menor em caso de dissolução) e de três anos para os senadores. Tais relatórios são publicados no *Diário Oficial*.

Os parlamentares faltosos incorrem em anulação de seu mandato e inelegibilidade, por um ano, para o cargo por eles ocupado. Também perdem o direito ao ressarcimento, em valor fixo, das despesas de campanha eleitoral.

Outras declarações: fiscalização por magistrados

— *Os membros do governo, os presidentes das assembléias das coletividades territoriais⁵ e os prefeitos de municípios de mais de 30.000 habitantes* entregam suas declarações patrimoniais confidenciais a uma comissão específica composta por três magistrados eminentes: o Vice-Presidente do Conselho de Estado e os Primeiros-Presidentes da Corte de Cassação e da Corte de Contas. Essa comissão aprecia a variação das situações patrimoniais e elabora um relatório sobre essa questão sempre que o julgar necessário e, em todo caso, a cada três anos, sendo esses relatórios publicados no *Diário Oficial*.

Não há penalidade prevista para o membro de governo que deixe de cumprir esses ditames: supõe-se que o Primeiro-Ministro tome as medidas cabíveis. Todos os outros eleitos incorrem, como os parlamentares, em perda do mandato e inelegibilidade, por um ano, para

⁵ Presidentes de Conselho Regional, da Assembléia da Córsega, de Assembléia Territorial Ultramarina, do Conselho de Região do Território de Nova Caledônia, de Conselho Geral e presidente de poder executivo de Território Ultramarino.

o cargo em questão.

Declaração pela própria honra, sem detalhamento, entregue em envelope lacrado

Em todos os casos, as declarações, entregues em envelope lacrado, são prestadas "pela honra", como na Itália. Abrangem ao mesmo tempo os bens do candidato ou titular de cargo sujeito à obrigatoriedade de declaração e os de seu cônjuge, a menos que estejam casados em regime de separação de bens. O patrimônio é declarado de forma global, não havendo discriminação das categorias de bens e valores que o constituem, ao contrário do que se dá no sistema italiano e, principalmente, no americano.

Essas novas disposições somente se aplicam aos elitos e funcionários empossados após a promulgação da lei.

O debate parlamentar

Declarações pela própria honra, não discriminadas, confidenciais (salvo a do Presidente da República) que, no caso dos parlamentares, são apreciadas por colegas dos declarantes: o líder da bancada socialista na Assembléia Nacional Pierre Joxe concluiu que "a transparência ficou opaca". De fato, os debates parlamentares polarizaram-se no aspecto da publicidade/confidencialidade das declarações de patrimônio.

Penalidades leves

Verdade é que outros retoques vieram alterar o projeto original. Esse previa a publicação das declarações de todos os candidatos à Presidência da República, e não somente daquela do candidato eleito. Introduzia sanções muito mais rigorosas, que culminavam com inelegibilidades de até cinco ou seis anos. E, sobretudo, determinava que as declarações fossem "prestadas em cartório", abrangessem os bens do cônjuge independentemente do regime matrimonial e discriminassem as categorias de bens, assim como a sua origem, preço de aquisição e valor venal e/ou nominal.

A escolha da instância fiscalizadora

A escolha da instância incumbida de apreciar as variações patrimoniais evidenciadas pelas sucessivas declarações é outro tema que não deixou de suscitar alguma emoção. Muitos parlamentares argumentaram que os membros das mesas das assembleias não ficariam à vontade para erigir-se em instância com pode-

res para inquirir colegas. Mas as propostas originais acabaram prevalecendo sobre a vontade da Comissão de Leis do Senado, que preferia atribuir privativamente essa competência ao Conselho Constitucional, e sobre os primeiros desejos dos deputados, que de bom grado teriam entregue a fiscalização de todas as declarações à comissão de eminentes magistrados inicialmente prevista para certas categorias, acima referidas.

A publicidade das declarações: uma questão polêmica

A maior parte das discussões, no entanto, se deu entre aqueles que eram favoráveis à publicidade das declarações, destacando-se nisso os deputados socialistas (com os quais os eleitos da maioria procuraram, de início, algum consenso) e os defensores, numerosos no Senado, do princípio de respeito às liberdades individuais e privacidade. Contra os desejos daqueles, os senadores invocaram, particularmente pela voz da Comissão de Leis do Senado, os princípios gerais do direito, acolhidos pelas leis da República, a autoridade dos tratados, ameaçando o legislador que os desrespeitasse com a ira integrista do Conselho Constitucional.

Respeitar a privacidade dos políticos

Os senadores se declararam preocupados, inicialmente, com a possibilidade de o dispositivo adotado ser visto como algo que obrigasse os políticos a fornecer provas de inocência, perante as suspeitas de uma opinião pública particularmente sensível a boatos infundados. Ora, a presunção de inocência não é colocada pelo artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como pelo artigo 6.º da Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, entre os princípios fundamentais do regime de liberdades públicas?

E, sobretudo, não iria a publicação das declarações ofender o princípio de respeito da privacidade, reconhecido pelo artigo 9.º do Código Civil ("todos têm direito ao respeito de sua vida privada") e pelo artigo 8.º da referida Convenção Européia ("Qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, domicilio e correspondência")? Não fora essa Convenção ratificada pela França, em 1974, podendo o Conselho Constitucional, se necessário, recordar que sua autoridade de tratado prevalece sobre a de uma lei?

Aliás, esse Conselho Constitucional já tinha, em sua jurisprudência, firmado "uma concepção particularmente abrangente da liberdade individual", o que poderia levá-lo a invalidar disposições mais restritivas na mesma matéria.

Preservar a segurança individual

Finalmente, não seria perigoso que os políticos expusessem o tamanho de seu patrimônio "aos ataques de achacadores e seqüestradores, aos atentados de grupelhos revolucionários"?⁶ Não tenham as mais destacadas figuras da esfera política, como os outros cidadãos, esse "direito à seguridade, isto é, à segurança" colocado pelo artigo 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem?

A fronteira entre vida pública e vida privada

Sem dúvida, replicou-se que o respeito à privacidade, neste tempo de exibicionismo televisivo e jornalístico, sofre muitos arranhões, tanto para os políticos de destaque quanto para as estrelas do *show-business*. Mas o fato de certas regras, constitucionalmente asseguradas, serem diariamente ofendidas por práticas sociais cada vez mais generalizadas não fornece ao legislador o menor fundamento para transgredi-las.

Referências estrangeiras

Mas convincentes foram as vozes que argüiam exemplos estrangeiros, emanados de países tão intransigentes quanto a França em matéria de liberdades individuais. Os Estados Unidos e a Itália instituíram um sistema de declaração de patrimônio aberta ao público (cf. infra. *A transparência patrimonial na política norte-americana e italiana.*) Verdade é que constituem exceções. A própria Grã-Bretanha, apesar de pioneira no tocante ao financiamento da vida política (cf. infra. *A legislação britânica*), limita-se a exigir de seus deputados que, já eleitos, entreguem à Câmara dos Comuns uma declaração dos cargos ocupados e dos interesses possuídos em sociedades. No Japão, os membros do governo devem declarar seu patrimônio pessoal ao assumirem o cargo.

Quando comparada com os "modelos" norte-americano e italiano, a nova legislação francesa, de fato, parece pouco ambiciosa. Mas tem

⁶ Relatório da Comissão das Leis do Senado, do relator Larché, cf. supra. 1. Todos os argumentos de senadores aqui referidos foram tirados desse documento.

o mérito de existir, o que, como vimos, não é tão comum. Mesmo que ela não consiga evitar o surgimento de todo e qualquer conluio francamente escuso (como o admitia o mesmo Rabelais, "... não se consegue digerir ... os grandes ladrões"), pode dissuadir os políticos de cederem às tentações a que estão expostos e, em todo caso, viabilizar uma punição severa das faltas que forem comprovadas.

O financiamento de partidos e campanhas eleitorais

Por mais popular que seja, o controle do patrimônio dos políticos não é senão um aspecto, de reduzida importância, de uma questão bem mais abrangente: a do "dinheiro político" que sustenta os partidos e as campanhas eleitorais.

Em jogo, a democracia

A política é um mercado inflacionado

Adquirir, equipar e manter dependências; remunerar funcionários; elaborar, imprimir e divulgar jornais, boletins, volantes, cartazes; organizar deslocamentos, viagens, reuniões, comícios, encontros: as atividades partidárias de rotina custam caro. Custo esse que se multiplica por quatro ou cinco nos anos eleitorais. Esses gastos vêm crescendo proporcionalmente ao espetacular encarecimento dos pleitos observado ao longo dos últimos vinte anos. Esse encarecimento tem duas causas principais: o alongamento das campanhas que, salvo em caso de eleições antecipadas, funcionam a todo vapor durante semanas, ou até meses, desde a abertura oficial; e a evolução das técnicas de propaganda, que já se valem de procedimentos ruinosos, recorrendo a empresas de assessoramento político, consultores em comunicação, institutos de sondagem de opinião, publicidade nos moldes comerciais... O custo global por candidato que, para os principais candidatos à Presidência francesa em 1974, era avaliado em aproximadamente 8 milhões de dólares, passou para 30 milhões em 1981, 52 milhões — para os dois turnos — parece ser uma previsão razoável para o pleito de 1988... Deputados eleitos em 1981 declararam ter gasto de 20.000 a 24.000 dólares em sua campanha; já os eleitos de 1986 anunciaram gastos da ordem de 200.000 dólares.⁷

⁷ Ndt: Os valores fornecidos pelo original, obviamente arredondados e expressos em FF, foram convertidos pelo tradutor na base de 1 US\$ = 5 FF, o que implica certa margem de erro, decorrente da

Recursos oficiais

Onde encontrar o dinheiro necessário? É claro que existem as contribuições dos filiados: são meros auxílios, ou até valores simbólicos. Também temos a ajuda fornecida pelo Estado: é um mínimo vital (cf. infra. *Os subsídios à vida política já existentes na França. A participação anterior do Estado francês no financiamento das campanhas para a Presidência e a Assembléia Nacional*). Subscrições, donativos, eventos sociais, jantares-debates, festas diversas, venda de bugigangas com símbolos da causa e patrimônios pessoais trazem um certo complemento. Falta muito, no entanto, para esses rendimentos legais se igualarem à arrecadação de fato. A diferença vem de alhures, de paragens incertas, que fornecem quantias impossíveis de avaliar: "Os recursos dos partidos ... não são bem o que se pensa que sejam, são geralmente pouco claros, por motivos muito diversos, aliás nem sempre escusos...", admitiu o Presidente Georges Pompidou em entrevista coletiva dada em 23 de setembro de 1971. O Presidente do RPR, Jacques Chirac, com mais ousadia ainda, declarou em uma emissão da RTL, em 1982: "Existem métodos questionáveis de financiamento dos partidos políticos. Não cabe a mim tratar disso".

Subsídios secretos

Por obscuros e questionáveis que sejam, tais métodos não chegam a ser um segredo. *O dinheiro secreto* dos partidos — retomando o título de livro publicado por André Campana em 1976⁸ — tem origens tão notórias que Thierry Pfister, por exemplo, lhes dedica um capítulo inteiro de seu último livro⁹.

Todos os partidos, sempre que possível, se valem de entidades públicas (Poder Executivo, seguridade social, empresas públicas, prefeituras...) para dar emprego a militantes estáveis, remeter correspondência partidária (desde a Assembléia Nacional, por exemplo), dar

variação dessa taxa no tempo (em 20-10-1992, era 1 US\$ = 5,08 FF). Os valores citados no original são, na ordem, 40 milhões de FF (candidatos à Presidência, em 1974), 150 milhões de FF (idem, em 1981), 260 milhões de FF (idem, para os dois turnos, em 1988), 100.000 a 120.000 FF (deputados eleitos em 1981) e 1 milhão de FF (idem, em 1986).

⁸ CAMPANA, André. *L'argent secret*, ed. Arthaud, Paris 1988.

⁹ PFISTER, Thierry. *La République des fonctionnaires*, ed. Albin Michel, Paris 1988.

moradia a filiados e simpatizantes (HLM), arrendar dependências a preços mais suaves e, principalmente, abastecer "caixinhas eleitorais". Parece haver uma preferência pelos esquemas municipais: as empreitas de obras públicas, os contratos de instalação e manutenção do setor de moradia social (calefação de edifícios, elevadores), a concessão de diversos alvarás (credenciamentos, alvarás para construir) dão margem a uma arrecadação invisível (comissões e valores obtidos mediante propostas majoradas, licitações "de cartas marcadas", obras complementares superfaturadas, prestações de serviços superavaliadas), devidamente repassada ao beneficiário "de direito".

Não é menos comum que se apele para a generosidade da iniciativa privada: transferências de valores — invisíveis na contabilidade —, auxílios sob forma de equipamento, material diverso, assinaturas, publicidade gratuita, apoio administrativo (dependências, carros...), serviços variados prestados de forma mais ou menos notória pelo patronato, certas empresas, vários laboratórios farmacêuticos, seguradoras, gráficas, agências de publicidade ou assessoramento em comunicação, firmas de consultoria mais ou menos fictícias. Uma multidão de associações, cuja coloração política nem sempre é perceptível, cuja apelação (alianças, agências, "carrefours", centros, círculos, clubes, congregações, federações, agrupamentos, institutos, ligas, movimentos, uniões...) e objeto (a formação, os desportos, a ecologia, a defesa do consumidor, a ação social, a cultura, a defesa da democracia...) enganam, servem para captar o dinheiro de que necessitam os partidos. Sem falar no dinheiro estrangeiro — os subsídios da CIA, o ouro de Moscou, as liberalidades eventuais de fundos de socorro mútuos belgas ou alemães, o dinheiro de Abidjan, Argel, Bagdá, Damasco, Libreville... — cujo volume é provavelmente exagerado pela lenda, mas nem por isso deixa de existir de alguma forma.

Impossível inocência

As notas frias tornaram-se o símbolo dessas práticas ocultas, que provocam a indignação da opinião pública e da classe política quando surge algum escândalo, mas são normalmente toleradas pelas mesmas. Aliás, como se poderia esperar outra coisa, senão há um verdadeiro financiamento público, nem transparência contábil, nem limitação dos recursos e despesas dos partidos? "Ninguém pode ser elei-

to se se mantiver inocente”, repara, com desenvoltura. Maurice Duverger. Uma vez que a inocência é impossível, não há porque ser considerado culpado. A generalização do ilícito torna certa a impunidade.

Tais procedimentos — nem sempre totalmente ilegais, mas que frequentemente beiram à ilegalidade —, além de ofenderem a lei e a ética, constituem ameaças à regra do jogo democrático: a liberdade, a igualdade, a sinceridade e a credibilidade da competição política e, particularmente, dos pleitos eleitorais, são pressupostos dessa regra.

Liberdade

O art. 4.º da Constituição consagra a participação dos partidos no *serviço público do sufrágio universal*¹⁰ ao declarar que *contribuem para a manifestação do sufrágio*. O mesmo artigo estabelece que os partidos *se formam e exercem sua atividade livremente*. Vale dizer que a falta de dinheiro não deveria ser obstáculo para fundar e animar um partido, nem para candidatar-se a qualquer cargo. Do contrário, não há pluralismo, sem o qual não existe debate democrático. Essa liberdade, se não fosse assegurada pela Constituição, o seria pelo direito de associação, que dá aos cidadãos plena liberdade de se agruparem para divulgar suas idéias. Mas é preciso, também, que a espontânea manifestação dos anseios dos membros do partido não seja açambarcada ou desviada por grupos de pressão, públicos ou privados, com força suficiente para fazer prevalecer a defesa de seus interesses corporativistas. A independência em relação às potências financeiras é, assim, um dos requisitos do respeito do princípio de soberania nacional, imposto pela Constituição a todos os partidos.

Igualdade

Igualdade na competição. Desde que respeitem os princípios fundamentais da democracia, todos os partidos têm o mesmo direito de expressar suas idéias, e todos os candidatos, inclusive aqueles sem partido, deveriam dispor de recursos materiais equivalentes para divulgar seu programa. Acontece que é cada vez maior a distância a separar esse princípio

da realidade. É evidente que nem todos os candidatos têm a mesma capacidade de atrair essas doações privadas e aproveitar esses esquemas lucrativos, sem os quais não funciona nenhuma legenda, e nenhum candidato pode pleitear um cargo. Muito antes de os eleitores o fazerem, manifesta-se o dinheiro, de forma pragmática: apoia, em regra, os partidos e candidatos com mais chances de vencer o pleito. Sem esperarem automaticamente um “justo” retorno de sua generosa participação (sob forma de encomendas, contratos, favores, auxílios, empréstimo de recursos humanos ou subsídios), os mecenas investem preferencialmente, é lógico, nas idéias que querem ver triunfar, e que são geralmente condizentes com seus interesses.

Qual o resultado disso? Segundo Pierre Mauroy, antigo Primeiro-Ministro socialista, as legendas de direita arrecadariam duas vezes mais dinheiro que as de esquerda, apesar de contarem com aproximadamente o mesmo número de simpatizantes no país. Por isso, os pequenos partidos parecem ter motivos reais para se sentirem preteridos por um sistema que é, de fato, se não de direito, censitário. Verdade é que o próprio de eleições majoritárias é, justamente, desfavorecer as minorias e as candidaturas independentes desprovidas de expressivo respaldo popular. Mas, com esse mecanismo, surge um risco de esclerosar-se a capacidade de adaptação do sistema partidário à evolução social e de renovação do debate democrático.

Credibilidade

Sinceridade do debate e credibilidade das eleições

Se o dinheiro é o que decide as eleições, se o êxito ou o fracasso dos candidatos, o respaldo ou a solidão dos partidos são determinados pela disparidade dos recursos disponíveis, qual o grau de credibilidade do debate democrático e dos resultados eleitorais? A questão pode, é verdade, ser examinada pelo lado oposto: um partido com idéias empolgantes arrecadará recursos com maior facilidade que partidos com plataformas menos atraentes para a opinião pública. Mesmo assim, a capacidade de convencimento dos potentes dispõe de armas evidentemente mais eficientes que as de humildes cidadãos. Ou seja, quando a força do dinheiro se sobrepõe à das palavras, das idéias e dos programas, é óbvio que a soberania do povo e as liberdades democráticas estão sendo seriamente ameaçadas.

¹⁰ MASCLET, Jean-Claude. “Cumul des mandats et financement des partis politiques”, in: *Revue politique et parlementaire*, n.º 919, setembro/outubro de 1985. Consultar, do mesmo autor, “Le financement public des partis et la réglementation de leurs ressources et dépenses”, in: *Problèmes politiques et sociaux*, n.º 527, 10 de janeiro de 1986, ed. La Documentation française.

As leis de 11 de março de 1988

O financiamento público é legítimo

Reforçar a independência dos partidos em relação às potências financeiras, limitar o papel desempenhado pelo dinheiro na competição política, permitir a repressão de abusos até então cometidos por não serem, às vezes, definidos em lei, e por serem, muitas vezes, incivíveis: eis os objetivos da Lei Orgânica n.º 88-226 e da Lei Ordinária n.º 88-227, de 11 de março de 1988. Essas leis instituem um financiamento público das campanhas para a Presidência da República e a Assembléia Nacional, bem como das atividades partidárias de rotina, financiamento esse bastante expressivo para que as disparidades de acesso a verbas de origem privada não sejam mais, em princípio, determinantes.

O reconhecimento dos partidos pela Constituição, os princípios de liberdade associativa e soberania popular conferem legitimidade a esse financiamento público, chegando inclusive a transformá-lo em obrigação inarredável: é mister do Estado, defensor das liberdades individuais e coletivas, garantir o efetivo exercício dos direitos assegurados pela lei e a Constituição. De que maneira? Financiando certas legendas desprovidas de recursos, quando necessário. E, em todo caso, procurando limitar a influência do dinheiro na vida política.

Uma legislação abrangente

Mas, ao pensar dessa maneira, obrigava-se o legislador a maior abrangência. Não seria possível instituir um financiamento público dos partidos e campanhas eleitorais sem limites e sem fiscalização. Qualquer verba pública requer limitação de gastos, fiscalização da aplicação e, portanto, publicidade da contabilidade. Sob pena de incorrer em hipocrisia, não se pode impor transparência e fiscalização aos gastos sem haver, também, transparência e fiscalização das despesas e recursos de origem privada. Assim, era incontornável a aprovação de uma legislação que abrangesse toda a vida financeira dos partidos, sem que essa legislação cerceasse a total liberdade outorgada aos partidos pela Constituição. De fato, essas injunções e imperativos contraditórios fixaram os limites do campo do legislador e da nova legislação francesa.

Duas grandes vertentes, o financiamento dos partidos e o das campanhas eleitorais, reúnem o essencial do novo dispositivo.

O financiamento dos Partidos

Rateio das verbas em função do número de parlamentares

Os partidos e grupos políticos que já possuem um embrião de estatuto por passarem a ser pessoas jurídicas (cf. infra. *O regime jurídico dos partidos políticos na França*) podem agora receber auxílios provenientes de verba prevista no projeto de Lei de Finanças do ano, mediante proposta conjunta remetida ao governo pelas Mesas da Assembléia Nacional e do Senado. Essa verba é rateada proporcionalmente ao número de parlamentares que tenha declarado à Mesa de sua assembléia serem vinculados ou filiados ao partido ou grupo político, no mês seguinte à abertura da primeira sessão legislativa de cada ano (ou, caso tenha sido dissolvida e ainda não esteja reunida a Assembléia Nacional, no mês seguinte à segunda quinta-feira após a eleição). Nenhum parlamentar pode declarar vínculo com vários partidos ou agremiações (arts. 8.º e 9.º da Lei n.º 88-227).

Isenção de controle financeiro ordinário

Essas verbas públicas não estão sujeitas ao controle financeiro ordinário (art. 10 da Lei n.º 88-227; cf. infra. *O regime jurídico dos partidos políticos na França*). Devem os beneficiários, no entanto, elaborar balanços "com discriminação das receitas por origem e das despesas por natureza" e, após a sua certificação por dois auditores,¹¹ entregá-los às Mesas das Assembléias, que os publicam no *Diário Oficial*. A inobservância dessas disposições acarreta a perda de qualquer auxílio do Estado pelo ano subsequente (art. 11 da Lei n.º 88-227).

Cumprir notar que a regulamentação do financiamento dos partidos se aplica somente às verbas públicas, não havendo nenhum controle sobre seu financiamento privado.

O financiamento das campanhas eleitorais

Muito diferente é o tratamento dispensado à questão das "campanhas eleitorais" (para a Presidência e a Assembléia Nacional), em que as doações feitas a candidatos são objeto de várias disposições, como também ocorre com o financiamento público.

Limitação das despesas de campanha

É instituído limite de despesas de campanha

¹¹ Ndt: Exatamente, *commissaires aux comptes*.

nha dos candidatos, que é de 100.000 dólares para a eleição de deputados, 24 milhões de dólares para cada candidato à Presidência no primeiro turno e 28 milhões de dólares para cada um dos dois candidatos no segundo turno¹². Esses valores são reajustados anualmente em decreto, pela previsão de evolução da média anual dos preços de consumo familiar, verificada no relatório econômico e financeiro anexo ao projeto de Lei de Finanças. Entram no cômputo as despesas efetuadas nos três meses antecedentes à eleição dos deputados, e nos seis meses antecedentes à eleição presidencial (arts. 2.º e 7.º da Lei Orgânica n.º 88-226). Os candidatos à Assembléia Nacional que extrapolam os limites fixados perdem o direito ao ressarcimento-padrão de suas despesas de campanha.

Ressarcimento parcial das despesas de campanha

O valor fixo desse ressarcimento é igual a 5% do limite máximo legal de despesas de campanha, para todos os candidatos à Presidência, mas é de 25% desse limite para aqueles que tenham obtido no primeiro turno mais de 5% dos votos válidos. Os candidatos à Assembléia Nacional são beneficiados com percentuais mais modestos: 10% do limite para os que tenham obtido 5% dos votos no primeiro turno, não sendo previsto ressarcimento para os que não tenham atingido esse patamar de votação. Em todo caso, o ressarcimento não pode exceder o valor total de despesas constante da conta de campanha do candidato.

Os candidatos que tenham extrapolado o limite legal de despesas e os que não tenham apresentado suas contas perdem o direito a esse ressarcimento (art. 4.º da Lei n.º 88-226 e art. 6.º da Lei n.º 88-227)

Obrigatoriedade da conta de campanha

Os candidatos devem manter uma conta de campanha, com todos os comprovantes (notas fiscais, propostas, comprovantes de receitas ...), de que constem todas as receitas, discriminadas por origem, e todas as despesas efetuadas diretamente ou por sua conta, discriminadas por natureza.

Os candidatos à Presidência entregam essa

¹² Ndt: cf. supra. 7. Os valores citados no original são, na ordem, 500.000 FF (candidatos à Assembléia Nacional), 120 milhões de FF (primeiro turno da eleição presidencial) e 140 milhões de FF (segundo turno da eleição presidencial).

conta, anexos os comprovantes, ao Conselho Constitucional, que a publica no *Diário Oficial*. No caso dos candidatos que participam do primeiro turno da eleição de deputados, são entregues, por um membro da Ordem de Peritos em Contabilidade, à *préfecture*¹³ de sua circunscrição eleitoral. Quanto aos deputados eleitos, entregam esses documentos à Mesa da Assembléia Nacional. As contas de candidatos a deputado e deputados eleitos não são publicadas, mas podem ser comunicadas, a pedido, ao Conselho Constitucional e autoridades judiciais (arts. 3.º e 10 da Lei Orgânica; art. 6.º da Lei Ordinária).

Regulamentação das doações de origem privada, dedutíveis do imposto sobre a renda

Finalmente, fica regulamentada a doação feita por pessoa de direito privado a candidato à Presidência ou à Assembléia Nacional. As doações verbais não devem exceder 4.000 dólares, quando feitas por pessoa física, e 10.000 dólares, quando feitas por pessoa jurídica. Qualquer doação superior a 400 dólares deve ser paga mediante cheque¹⁴. A soma das doações em dinheiro não pode exceder 20% da soma das receitas lançadas na conta de campanha do candidato, nem as contribuições de origem privada ultrapassar o limite legal de despesas de campanha. A doação com finalidade eleitoral é vedada às pessoas jurídicas de direito público, cassinos, grêmios e casas de tabolagem. Não se autoriza qualquer auxílio estrangeiro. As penalidades previstas em caso de infração são as capituladas no Código Eleitoral. Como última disposição, faculta-se ao doador deduzir do imposto sobre a renda as doações feitas, até certo limite (art. 9.º da Lei Orgânica).

As disposições mais polêmicas

Várias disposições desse conjunto de leis foram objeto de controvérsias durante o debate parlamentar, não chegando a classe política a nenhum consenso a seu respeito.

¹³ Ndt: *Préfecture*: serviços do *préfet*, alto funcionário civil, demissível *ad nutum*, que representa o poder executivo central no departamento. Deve-se evitar qualquer confusão com *prefeitura (mairie, municipalité)* e *prefeito (maire)*.

¹⁴ Ndt: cf. supra. 7. Os valores fornecidos no original são, na ordem, 20.000 FF (doação verbal feita por pessoa física), 50.000 FF (doação verbal feita por pessoa jurídica), 2.000 FF (limite máximo de doação feita em dinheiro).

O sistema de distribuição das verbas públicas aos partidos é alvo de críticas

Foi especialmente criticada a decisão de atribuir aos partidos verbas de custeio proporcionais ao número de cadeiras ocupadas no Parlamento. Se bem seja mais ou menos justa em caso de representação proporcional (como na Finlândia, por exemplo), tal disposição parece questionável em um sistema majoritário, que aumenta a representação parlamentar dos partidos vitoriosos e reduz, quando não anula, a dos partidos eleitoralmente minoritários. É sabido que uma legenda pode receber um número apreciável de votos sem conseguir assento no Parlamento. Certos países, aliás, aplicam fórmulas menos radicais:

— *na Itália*, em que funciona a representação proporcional, basta que um partido obtenha 300.000 votos a nível nacional ou 2% dos votos válidos nas circunscrições em que apresentou candidatos à Câmara dos Deputados para ter direito a subsídios orçamentários;

— *na Alemanha*, que tem um misto de sistema majoritário e representação proporcional, o sistema de ressarcimento das despesas de campanha com verbas públicas equivale, na prática, a um subsídio regular, que contribui para estabelecer uma igualdade de oportunidades entre os partidos e não desfavorece as pequenas legendas (cf. infra. *O sistema de financiamento público dos partidos e campanhas na RFA*). Muitos juristas o consideram exemplar;

— *na Suécia*, que realiza seus pleitos pelo sistema proporcional, o auxílio público aos partidos inclui um subsídio calculado a partir do número de cadeiras ocupadas na Assembléia, que é pago às legendas que tenham obtido ao menos um assento no *Riksdag*, ou 2,6% dos votos em todo o país em uma das duas eleições precedentes. Esse primeiro auxílio é reforçado por um subsídio pago ao secretariado do partido, que compreende uma parte de valor igual para todos os partidos com representação parlamentar e uma outra parte, proporcional à importância dessa representação, havendo ainda, nessa segunda parte, um prêmio adicional para os partidos de oposição. A repartição é executada por uma comissão composta de três altos magistrados;

— *na Noruega*, o apoio financeiro público, cujo montante é determinado anualmente no bojo da Lei de Finanças, é concedido aos par-

tidos políticos (em nível nacional e local) proporcionalmente ao número de votos obtidos. Mas é reservado às legendas que tenham apresentado listas de candidatos em ao menos 50% das circunscrições, obtendo mais de 2,5% dos votos válidos nas eleições para o *Storting*.

Também se questiona o número mínimo de votos para ressarcimento

Há na lei francesa um outro ponto controverso. Os princípios de liberdade de candidatura e igualdade entre candidatos parecem impor um direito de todos os candidatos a terem seus gastos de campanha ressarcidos. No entanto, a manutenção de um patamar de 5% dos votos válidos como requisito para esse ressarcimento está em conformidade com a deliberação do Conselho constitucional de 23 de maio de 1979, que admite a possibilidade de a lei "condicionar a devolução de caução e o ressarcimento de despesas de propaganda à obtenção de número mínimo de votos". Essa decisão guarda coerência com um sistema que tende a favorecer a formação de uma sólida maioria parlamentar e governamental. Aliás, a Lei de 10 de julho de 1985, que instaurou a representação proporcional nas eleições para a Assembléia Nacional, acolheu essa decisão, e a maioria dos países estabelecem um patamar como requisito à concessão dos auxílios públicos.

Críticas ao sistema de doações de origem privada

Finalmente, a regulamentação das doações de origem privada foi criticada em relação a dois pontos:

— a limitação imposta ao valor das doações verbais pode ser contornada, valendo-se da Lei de 23 de julho de 1987, relativa ao *mecenato*, que permite entre outras coisas, que empresas patrocinadoras de associações sejam contempladas com deduções de impostos, de até 0,2%, em caso de doação a favor de associação comum, ou 0,3%, se a associação beneficiada for declarada de utilidade pública;

— a dedutibilidade fiscal das doações de origem privada a favor de candidatos, introduzida para incentivar o financiamento privado das campanhas, por ser esse financiamento considerado um ato cívico, assemelhado ao auxílio prestado a associação de utilidade pública, é questionada por quem aponta o caráter eminentemente partidário dessa categoria de

doação. Além do tipo de doação em apreço, talvez sejam questionáveis todos os incentivos fiscais que visam beneficiar qualquer categoria de pessoas. É óbvio que, para manter sua capacidade de arcar com despesas praticamente irreduzíveis, a Fazenda tem que achar receitas substitutivas todas as vezes que concede reduções ou isenções de impostos. Assim, os contribuintes acabam pagando pelos favores outorgados. Mesmo assim, cumpre reconhecer que numerosíssimas democracias ocidentais (a Bélgica, a Espanha, os Países-Baixos, o Portugal, a Alemanha...) estão praticando sistemas, aliás bem variados, de dedução fiscal das doações feitas a partidos e candidatos.

Ceticismo quanto à eficácia do sistema

Em geral, não faltam vozes que ironizem a eficácia que cabe esperar do novo dispositivo legal. Alegam essas vozes que, na ausência de uma limitação geral dos recursos e despesas de origem privada, os auxílios estatais, sejam eles diretos ou indiretos, novos ou antigos, não irão substituir as práticas clandestinas dos partidos, mas somar-se a elas. Será, porém, mais fácil penalizar as fraudes verificadas. "Casos" e "escândalos" não desapareceram dos costumes políticos dos países que aprovaram leis nesta matéria — a Grã-Bretanha, em 1863 e, até, de certa forma, em 1445 e a Espanha, muito recentemente¹⁵ —, mas eles já estão sendo castigados com severidade. Além disso, talvez seja a nova legislação francesa uma etapa inicial. O Primeiro-Ministro Jacques Chirac e o Ministro do Interior Charles Pasqua declararam tratar-se de um primeiro passo: nada impede aprimorar essa legislação quando for necessário. Tal adaptação, aliás, está prevista na própria Lei, que reza: "Debater-se-á publicamente, na primeira sessão ordinária de 1988-1989, (...) a aplicação das leis...", de março de 1988, a partir de relatório elaborado pelo governo, decorrido o prazo de dezoito meses da promulgação dos novos dispositivos (art. 18 da lei ordinária).

¹⁵ Em relação a legislações estrangeiras, cf. MASCLETE, Jean-Claude e MUTIGNON, Pierre. *Problèmes politiques et sociaux*, n.º 527, 10 de janeiro de 1986, ed. La Documentation française.

NdE: O símbolo a seguir indica o início de box no original: — * —

O Código de Ética norte-americano

Em relação à transparência do patrimônio dos políticos, os Estados Unidos aprovaram, em 1978, um código de ética que, de fato, institucionalizou práticas já existentes e relativamente espontâneas: nesse país, o comportamento em relação ao dinheiro é muito diferente do que é no Velho Continente. Ali não cabe pudor em matéria financeira, e a fortuna é vista como mérito pessoal.

Declarações pormenorizadas

São obrigados a declarar sua situação patrimonial os membros do Congresso e assessores de gabinete, os membros do Poder Executivo, como o Presidente, o Vice-Presidente, Ministros e altos funcionários, bem como certos magistrados: os membros da Corte Suprema e os juizes federais.

Além disso, seus cônjuges e filhos dependentes devem declarar a origem de seus rendimentos, quando superiores a mil dólares. A declaração deve especificar a origem e valor dos bens, quando excedentes de certo valor: quando superiores a 100 dólares, os salários, honorários, dividendos, juros, alienações, ganhos de capital e donativos; quando superiores a 250 dólares, benefícios salariais (transporte, moradia funcional, alimentação, lazer), ressarcimentos; quando superiores a 1.000 dólares, bens móveis e imóveis (identificados e classificados por faixa de valor), aquisições, alienações e permutas de bens; débitos, quando superiores a 10.000 dólares.

Uma fiscalização minuciosa

Os membros do Congresso cumprem um processo rigoroso. Anualmente, até 15 de maio, os parlamentares de nível federal entregam um relatório pormenorizado sobre sua situação financeira ao Secretário da Câmara dos Representantes ou ao Secretário-Geral do Senado. Esse documento é fiscalizado por um funcionário do Estado representado e as comissões competentes da própria Câmara. O Controlador-Geral¹⁶ verifica o cumprimento da lei por meio de inquéritos periódicos, transmite suas conclusões e, quando necessário, apresenta recomendações aos membros do Congresso.

¹⁶ Ndt: *Comptroller general*, chefe do *General Accounting Office (GAO)*, equivalente ao TCU brasileiro.

Consulta pública

O público pode consultar *in loco* ou obter fotocópia desses documentos, mediante requerimento escrito com menção do nome e endereço do solicitante, e declaração da ciência das proibições relativas à obtenção e utilização desses relatórios: é vedado qualquer uso para fins comerciais não jornalísticos ou para fins financeiros pessoais (informar-se sobre a solvência de pessoa eleita ou fazer pedido financeiro, mesmo a favor de obra beneficente).



A legislação italiana

Talvez no intuito de inibir essa "lamentável tendência para a corrupção"¹⁷ que periodicamente ocupa a mídia dessa península, a Itália promulgou, em 5 de julho de 1982, uma lei que obriga certos ocupantes de cargos eletivos e membros do governo a declararem sua situação patrimonial. São eles os senadores, eleitos, nomeados ou por direito: os deputados; o Presidente do Conselho e os membros do governo; os conselheiros regionais e provinciais; os vereadores de capitais de província e cidades de mais de 100.000 habitantes. Sujitos às mesmas obrigações estão os dirigentes de empresas públicas e da administração indireta, de estabelecimentos públicos nacionais e locais e de organismos que recebem verbas públicas, acima de certo patamar.

Controle de patrimônios e rendimentos

Esse controle abrange todo o patrimônio, devendo a declaração discriminar os bens móveis registrados, os imóveis, as ações e partes de sociedade, incluídos os bens do cônjuge e dos filhos menores. A essa declaração patrimonial, prestada "pela própria honra", anexam-se uma declaração de rendimentos tributáveis e, no caso dos ocupantes de cargos eletivos, uma declaração, também prestada pela própria honra, das fontes de financiamento da campanha eleitoral, recursos alocados pelos partidos e contribuições recebidas. Esses documentos são entregues ao presidente da respectiva assembleia ou, no caso dos membros do governo que não são parlamentares, ao Presidente do Senado. São complementados, anualmente, por um atestado demonstrativo da variação da situação patrimonial desde o atestado anterior, e por uma cópia da declaração de rendimentos.

¹⁷ PFISTER, Thierry. *La République des fonctionnaires*, ed. Albin Michel, 1988.

Publicação

Havendo descumprimento dessas obrigações, o presidente do órgão eletivo competente manda ao faltoso uma advertência, com a injunção de acatá-las no prazo de quinze dias; persistindo a falta, informa o ocorrido ao plenário do órgão.

A presidência do órgão eletivo competente elabora uma síntese das declarações, publicada no boletim oficial do Parlamento, no caso dos parlamentares e membros do governo, ou no boletim oficial da região, quando se trata de ocupantes de cargos locais.

Consulta pública

Os documentos publicados podem ser consultados por qualquer eleitor que o solicite.



A legislação britânica*

Já em 1445, esforçou-se a Inglaterra por inibir fraudes eleitorais cometidas por candidatos que não hesitavam em influenciar eleitores, ou até comprar votos. Esse primeiro dispositivo foi reforçado em 1696 e 1729. O *Corrupt Practices Prevention Act* (Lei sobre a Prevenção da Corrupção) de 1854, ampliado em 1863 e 1883 (primeira limitação imposta às despesas eleitorais), retomado em 1918, 1949 e 1969, é o fundamento do sistema atual. Nele, as despesas pessoais do candidato, dentro de sua circunscrição, obedecem a um teto fixado pelo Parlamento a partir de um valor-padrão fixo, aumentado de alguns *pence* por eleitor inscrito. Cada candidato designa um agente eleitoral que é, além dele, a única pessoa habilitada para efetuar despesas, cujos comprovantes devem ser entregues à autoridade administrativa responsável pela organização do pleito. Os faltosos incorrem em severas penalidades, entre as quais a anulação da eleição e a inelegibilidade por determinado prazo. Essa regulamentação, que se limita a disciplinar o comportamento individual do candidato em sua circunscrição, não incide sobre as despesas efetuadas no país pelos partidos. Vale dizer que sua eficácia é muito limitada. Na prática, as campanhas do *Labour Party* (Trabalhistas) são financiadas pelos sindicatos, e as dos Conservadores, pela *City*; os pequenos partidos são fortemente desfavorecidos.

* Fonte: J. Dutheil de La Rochère, *Le Royaume - Uni*, Ed. LGDJ, Paris 1979, citado em *Problèmes Politiques et Sociaux*, n.º 527.

A lei também veda a remuneração de simpatizantes para fazer propaganda de domicílio em domicílio, afixar cartazes e organizar certos comícios durante a campanha eleitoral, que tem duração máxima de 17 dias. O uso da rádio e televisão para fins eleitorais é regulamentado desde 1969: proíbe-se utilizar rádio estrangeira; a participação de um candidato em emissão de propaganda geral está sujeita à anuência dos candidatos concorrentes; o horário é dividido de comum acordo entre a cadeia de rádio ou televisão e os diversos partidos, sendo que os dois grandes partidos dispõem de horários de mesma duração, ao passo que os pequenos partidos dividem entre si um horário muito mais modesto.

As infrações são julgadas por uma *election court*, que só acolhe denúncias apresentadas por candidato ou eleitor da circunscrição; essa instância é composta de dois juizes, e só pode anular uma eleição por unanimidade.

A instalação de um sistema de subsídios públicos, proposta em maio de 1975 pelo "Relatório Houghton", ainda não foi aprovada.

— * —

Os subsídios à vida política já existentes na França

Até 1988, não existia na França nenhum sistema estabelecido em lei de ajuda direta ao financiamento, público ou privado, da vida política. Mas já existiam certas formas de auxílio, que permaneceram em vigor com a promulgação da nova legislação.

Os subsídios ao funcionamento dos blocos parlamentares

As assembléias põem à disposição das bancadas dependências e diversos serviços gratuitos ou subsidiados; pagam certas despesas correntes e remuneram dois assessores de gabinete por parlamentar.

Os deputados e senadores repassam a seu partido uma parte, variável de uma legenda a outra, mas muitas vezes expressiva, de seu vencimento e gratificações mensais, que são compostos de:

— um vencimento líquido¹⁸ de aproxima-

¹⁸ *Ndt*: o termo *liquido* significa, neste caso, "deduzidas as contribuições sociais, mas não imposto sobre a renda" (*après cotisations sociales*), por não ser esse retido na fonte, como o é no Brasil. A equivalência em US\$ fornecida no texto da tradução foi calculada pelo tradutor pela taxa de 1 US\$ = 5FF.

damente 27.700 FF (5.540 US\$), para um parlamentar com menos de 15 anos de antiguidade, e 30.180 FF (6.036 US\$), para os outros;

— uma ajuda de custo de 17.300 FF (3.460 US\$), para o secretariado;

— uma verba de 19.640 FF (3.928 US\$), destinada à remuneração de dois assessores de gabinete, sendo que ao menos um desses é, muitas vezes, colocado à disposição do partido;

— uma verba de 3.100 FF (620 US\$), alocada pela assembléia "para despesa de remuneração".

Além disso, cada bloco parlamentar recebe uma verba mensal de custeio de 31.900 FF (6.380 US\$). Os correios, as comunicações telefônicas e os deslocamentos de deputados até sua circunscrição são gratuitos.

Na prática, os parlamentares comunistas transferem integralmente esses valores ao PCF, que lhes concede 9.000 FF (1.800 US\$) por mês e todo o apoio técnico necessário. No Partido Socialista, consta que essa retenção varia de 4.000 FF (800 US\$) a 10.000 FF (2.000 US\$), de um caso a outro. Salvo exceção, a metade dos assessores de gabinetes socialistas são colocados à disposição desse partido. O RPR reteria uma cotização mensal fixa de 1.500 FF (300 US\$) a 2.000 FF (400 US\$) e a UDF, de 2.000 FF (400 US\$). A Frente Nacional receberia, de cada parlamentar seu, 8.600 FF (1.720 US\$), um dos dois assessores e, claro, a verba mensal de custeio.¹⁹

Os subsídios à imprensa

Os subsídios públicos à imprensa não favorecem somente as publicações partidárias, como também a "imprensa do leitor", contribuindo assim diretamente para a divulgação das idéias dos partidos. Cumpre mencionar:

— *os subsídios orçamentários*: tarifas especiais da SNCF para o transporte ferroviário de publicações (136 milhões de FF em 1988 — 27,2 milhões de US\$); tarifas telefônicas reduzidas e ressarcimento das despesas com fax (23,8 milhões de FF — 4,76 milhões de US\$); subsídios concedidos pelo Fundo de apoio aos jornais de informação geral e política com baixo potencial publicitário, desde que esses tenham tiragem inferior a 25.000 exemplares e distribuição inferior a 150.000 exemplares no ano antecedente à concessão do subsídio (11,4 mi-

¹⁹ Valores fornecidos pelo *Dossier du Canard Enchaîné* n.º 27, março/abril 1988.

lhões de FF — 2,28 milhões de dólares);

— *os incentivos fiscais*: redução das alíquotas de TVA de 4% (ou 3,15% na Córsega, e 2%, nos Departamentos Ultramarinos) para 2,1% (ou 1,05%, nos Departamentos Ultramarinos), concedida aos periódicos políticos que sejam editados com regularidade, tenham audiência nacional e defendam interesses não limitados a determinada categoria;²⁰

gratuidade da patente de registro de editores de folhas periódicas e certas agências de notícias; redução do imposto sobre sociedades, concedida às empresas de imprensa que realizem lucros;

— *as facilidades postais*: tarifas postais preferenciais concedidas, com certos requisitos, a publicações que tenham “caráter de interesse geral quanto à difusão do pensamento”, bem como a “jornais e escritos periódicos editados por organismos sem fins lucrativos e de administração isenta de interesse” (aproximadamente 14.000 publicações favorecidas, o que equivale a um esforço dos PTT de cerca de 3,2 bilhões de FF — 640 milhões de US\$ — em 1987); desconto de 50% nas tarifas aplicadas aos telegramas de imprensa e comunicações telegráficas especializadas;

— *gratuidade da difusão por cadeia estatal de rádio e televisão*, assegurada aos comunicados do governo e ao exercício do direito de resposta, quando solicitado; transmissão de debates parlamentares; horários de transmissão concedidos pela Lei de 30 de setembro de 1986 aos partidos com representação própria na Assembléia Nacional ou no Senado.

A participação anterior do Estado francês no financiamento das campanhas para a Presidência e a Assembléia Nacional

O custeio público de parte das despesas eleitorais e as facilidades fornecidas pelas comissões de propaganda constituídas em todas as circunscrições, para cada eleição em portaria assinada pelo *préfet*, são elementos de uma regulamentação rígida que, em princípio, tende

²⁰ A partir de 1989, a alíquota de 2,1% (ou 1,05% nos Departamentos Ultramarinos) aplicar-se-á a todas as publicações abrangidas pelo regime especial da imprensa.

Ndt: a TVA, “taxa sobre o valor agregado”, é o equivalente francês do IPI.

a limitar o valor dessas despesas.

As condições legais do apoio público

— *Definição da duração oficial da campanha eleitoral*: nas eleições presidenciais, essa tem duração mínima de 15 dias, antes do primeiro turno, e, para o segundo turno, abrange o período compreendido entre a publicação no *Diário Oficial* dos nomes dos candidatos remanescentes e a sexta-feira que antecede a votação; nas eleições para a Assembléia Nacional, a duração da campanha é de 20 dias. É vedada a fixação de cartazes (excetuadas as convocações para reuniões eleitorais) após a quinta-feira que antecede o primeiro turno e a sexta-feira que antecede o segundo turno. É vedada, também, a transmissão por rádio ou televisão de qualquer mensagem de caráter eleitoral a partir de 0 horas da véspera da votação.

— *Regulamentação da propaganda*: é atribuído a cada candidato ou lista de candidatos um espaço-padrão para cartazes, em local escolhido pela prefeitura, sendo vedada a fixação de quaisquer cartazes com fins eleitorais em outro espaço, ou em espaço atribuído a outro candidato; são regulamentados o formato e as cores dos cartazes: são limitados o número (um exemplar por destinatário e turno) e formato das circulares remetidas aos eleitores: são regulamentados o formato e número (limitado em 240% do número de eleitores alistados na circunscrição) das cédulas oficiais, declarações de intenções e circulares dos candidatos; é vedada a veiculação de qualquer publicidade comercial na imprensa durante a campanha oficial.

As formas do apoio público

— *Ressarcimento parcial, mediante apresentação de comprovantes de despesas com material eleitoral* (cédulas oficiais, cartazes, declarações e circulares) e afixação de cartazes: despesas com papel, impressão e distribuição desse material para todos os candidatos à Presidência da República, independentemente de sua votação, e para os candidatos à Assembléia Nacional com mais de 5% dos votos válidos (disposição essa que passou a aplicar-se também à eleição para o Conselho Superior do Estrangeiro, por força do art. 15 da Lei Ordinária n.º 88-227, de 11 de março de 1988).

— *Restituição da caução paga por todos os candidatos*, desde que o candidato tenha obtido ao menos 5% dos votos válidos, no valor fixo de 10.000 FF (2.000 US\$), para os candidatos à Presidência da República e 1.000 FF

(200 US\$), para os candidatos à Assembléia Nacional.

— *Contribuição pública para as despesas de campanha presidencial*, mediante ressarcimento de 250.000 FF (50.000 US\$) aos candidatos que obtiveram ao menos 5% dos votos válidos (art. 19 do Decreto de 14 de março de 1964).

— *Facilidades materiais oferecidas pelas comissões de propaganda*, encarregadas, nas eleições para a Assembléia Nacional, de estabelecer a lista de gráficas credenciadas para imprimir material eleitoral e remeter cédulas oficiais, correndo por conta do Estado o custeio e gastos decorrentes dessas operações. Nas eleições presidenciais, as tarefas equivalentes ficam a cargo da Comissão Nacional de controle que, coordenando comissões departamentais, zela pela manutenção da igualdade entre candidatos.

— *Horários oferecidos pelas empresas públicas de radiodifusão e televisão aos candidatos e partidos*: duas horas na televisão e duas na rádio para cada candidato à Presidência, no primeiro turno (sendo possível uma redução desse tempo em caso de haver muito candidatos), e duas horas na televisão para os candidatos remanescentes no segundo turno; no primeiro turno das eleições para a Assembléia Nacional, três horas de difusão simultânea na televisão e na rádio, rateadas por igual entre a oposição e a situação, exclusivamente para os partidos com representação na Assembléia Nacional; no segundo turno dessa eleição, aplica-se o mesmo esquema com horário de uma hora e meia: os partidos sem representação na Assembléia Nacional, mas que apresentem ao menos 75 candidatos, têm direito a um horário de 7 minutos no primeiro turno e 5 minutos no segundo turno. A Comissão Nacional de Comunicação e Liberdades estabelece as normas de produção, programação e difusão dessas emissões e faz recomendações às empresas privadas de radiodifusão e televisão.

— * —

O regime jurídico dos partidos políticos na França

A questão do financiamento dos partidos não pôde ser dissociada daquela de seu regime jurídico: como se pode alocar recursos públicos a uma entidade que, por não possuir personalidade jurídica, não tem capacidade para recebê-los? Ora, ainda que o art. 4.º da Constituição de 1958 sacramente a importância da

atuação partidária na vida política (“os partidos e grupos políticos concorrem para a expressão do voto. Formam-se e exercem sua atividade livremente. Devem respeitar os princípios de soberania nacional e democracia”), os partidos não foram até agora dotados de regime específico por qualquer disposição constitucional ou legislativa. Assim, os partidos estão sujeitos ao regime associativo definido na Lei de 1901, que, ao distinguir as associações registradas daquelas que não o são, somente concede personalidade jurídica às registradas. E os partidos que não se tenham registrado previamente — caso do Partido Comunista Francês (PCF) e da antiga Seção Francesa da Internacional Obreira (SFIO) — não possuem oficialmente capacidade jurídica, podendo até ser considerados meras associações de fato.

O debate de 1958

Tal situação (reconhecimento constitucional e ausência de regime jurídico definido) pode surpreender. Aliás, os redatores da Constituição de 1958 tinham previsto, inicialmente, uma redação mais explícita dos preceitos relativos aos partidos. O anteprojeto de Constituição elaborado por Michel Debré por volta do 10 de julho de 1958 previa, no artigo único do Título “Dos partidos e agremiações políticas”: “Podem constituir-se livremente os grupos ou agremiações políticas que apresentam candidatos nas eleições ou têm atividade política. Devem esses, no entanto, fazer declaração e registrar seu estatuto. Sua organização deve inspirar-se em princípios democráticos. Devem prestar contas de seus recursos e despesas, anualmente, ao Conselho Constitucional, podendo esse verificar a boa-fé das declarações apresentadas. As observações do Conselho Constitucional são publicadas no *Diário Oficial*. A apuração pelo Conselho Constitucional de transgressão do disposto neste artigo autoriza o Governo a requerer à Alta Corte de Justiça a dissolução do grupo incriminado”. Destarte, a instalação de um regime próprio vinha acompanhada do desejo de fiscalizar o financiamento dos partidos e, de forma mais geral, sua organização e funcionamento.

Uma vez que essa redação não foi aprovada, François Luchaire, em suas observações sobre o anteprojeto de Constituição de 29 de julho de 1958,²¹ remetia para o legislador a in-

²¹ Cf. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, I.a Documentation française, 1987

cumbência de definir um regime jurídico para os partidos e mostrava claramente o que, àquela altura, estava em jogo: "Seria bom prever-se a possibilidade de estabelecer, por via legislativa, um estatuto dos partidos políticos. Um pouco à maneira da Constituição alemã (art. 21), a Constituição limitar-se-ia a prever que a criação de partidos políticos é livre, mas que sua organização interna deve aguardar conformidade com os princípios democráticos. O Conselho Constitucional ficaria incumbido de zelar pelo cumprimento da legislação nessa matéria. E a obrigação de submeter-se a uma organização democrática tolheria consideravelmente o Partido Comunista e outros partidos de tendência autoritária."

As decisões tomadas em 1988

Ainda que essa proposta não produzisse efeitos jurídicos, não deixou de ter consequências políticas. Ela vem explicar, por exemplo, a desconfiança que persiste no seio do PCF: esse partido considera que o princípio constitucional de liberdade de organização e atividade partidárias não permite que se imponha aos partidos um regime estabelecido em lei. *Sobretudo, tal proposta justifica o cuidado que teve o legislador de 1988 — ainda que rejeitando o argumento do PCF — de evitar qualquer risco de inconstitucionalidade dos dispositivos por ele adotados em relação ao regime jurídico e financiamento dos partidos.*

Assim, o art. 7.º da Lei n.º 88/227, de 11 de março de 1988, após reafirmar que "partidos e grupos políticos formam-se e atuam livremente", *outorga-lhes personalidade jurídica de pleno direito, com o cuidado de não sujeitá-los à obrigação de declaração prévia, precaução aliás dispensável, uma vez que o Conselho Constitucional, em sua Decisão n.º 71-44-DC, de 16 de julho de 1971, já tinha confirmado com toda a clareza que esse processo exclui qualquer fiscalização prévia.*

Outrossim, o art. 10 da mesma lei livra os partidos e grupos políticos objeto beneficiários de ajuda pública do regime de direito comum instaurado para controlar a utilização das verbas públicas: as verbas destinadas ao financiamento dos partidos não estão sujeitas ao controle financeiro previsto na Lei de 10 de agosto de 1922, relativa à organização do controle das despesas empenhadas: os partidos não ficam sujeitos ao controle da Corte de Contas; tampouco se lhes aplica o disposto no Decreto

de 30 de outubro de 1935, que prevê que toda associação, obra ou empresa subsidiada pode ser fiscalizada pela autoridade outorgante do subsídio.

Por muito que desejasse o legislador afastar qualquer elemento suscetível de ser interpretado como exercício de algum controle da atividade partidária, a concessão de verbas públicas não pode vir a ser um cheque em branco. Por isso, o art. 11 da lei instaura um processo específico que garante a transparência financeira dos partidos e grupos beneficiários de ajuda pública: suas contas devem ser objeto de balanço anual, certificado por dois auditores, e entregues, no primeiro trimestre do ano subsequente ao exercício, às Mesas da Assembléia Nacional e do Senado, que as publicam no Diário Oficial. O partido inadimplente perde, pelo ano subsequente, o direito à ajuda pública.

— * —

O sistema de financiamento público dos partidos e campanhas na Alemanha

A Lei dos Partidos Políticos de 24 de julho de 1967, alterada pelas Leis de 22 de julho de 1969, 24 de julho de 1974, 21 de dezembro de 1979 e 28 de dezembro de 1983, instaura na Alemanha, para as eleições para o *Bundestag*, um sistema de restituição parcial das despesas efetuadas e de adiantamento de futuras restituições de despesas de campanha eleitoral, financiado com verbas orçamentárias. Tal sistema equivale, na prática, a subsidiar regularmente os partidos políticos, e prevê que a contabilidade das campanhas seja controlada e publicada. Um dispositivo similar aplica-se às eleições estaduais.

O mecanismo de financiamento público

— *A limitação das despesas restituíveis:* calcula-se o montante global das despesas de campanha restituíveis na base fixa de 5 marcos alemães por eleitor alistado.

— *Rateio:* reparte-se esse "montante fixo de custos de campanha eleitoral" entre os partidos que, na apuração definitiva da eleição, obtiveram pelo menos:

— ou, 0,5% dos "segundos votos" válidos em todo o território eleitoral (trata-se de um dos dois votos de que dispõe cada eleitor, o que lhe permite manifestar sua preferência por um partido ao escolher, em eleição proporcional por listas, uma das listas que estão concor-

rendo em cada estado federado;²²

— ou, 10% dos “primeiros votos” válidos (sendo o “primeiro voto” o que permite ao eleitor votar em um só candidato, eleito em turno único, em cada um dos 247 distritos eleitorais), caso nenhuma lista estadual do partido tenha sido autorizada a concorrer no estado federado em apreço²².

A restituição da cota-parte do montante fixo de custos de campanha eleitoral é requerida por escrito ao Presidente do *Bundestag*, que determina o valor restituível e o paga, deduzidos os adiantamentos já recebidos.

— *Adiantamentos*: adiantamentos sobre a restituição relativa às próximas eleições podem ser obtidos pelos partidos que obtiveram, nas eleições anteriores, votação suficiente para fazer jus a essa restituição. O valor dos adiantamentos não pode exceder, a cada vez, 20% do montante restituível nas eleições anteriores. Esses adiantamentos são devolvidos pelo partido após as eleições se excederem o montante restituível ou se o partido não tiver atendido os requisitos para a restituição.

A regulamentação das doações

— *A declaração das doações*: devem ser declaradas as doações superiores a 20.000 marcos alemães, com menção do valor e da identidade do doador. Certas doações são ilegais, em especial aquelas provenientes de fundações políticas ou associações de interesse público, aquelas efetuadas por associações profissionais para serem repassadas a um partido, as doações anônimas superiores a 1.000 marcos alemães e as que foram oferecidas com evidente expectativa de obtenção de vantagem econômica ou política...

— *Deduções fiscais*: a Lei de 28 de dezembro de 1983 equipara os partidos a associações de interesse público para fins tributários.

O controle

— *Controle e publicidade*: os órgãos diretores dos partidos devem entregar relatórios comprobatórios públicos com discriminação, por origem e destinação, dos valores recebidos e do patrimônio. Esses relatórios, revisados por auditores, são entregues à Presidência do *Bundestag*, que verifica sua conformidade com a lei, e discutidos nos congressos partidários subsequentes à sua publicação. A Presidência do *Bundestag* elabora anualmente um relatório sobre as publicações de custos e relatórios com-

probatórios dos partidos. Esse relatório da Presidência é publicado como documento do *Bundestag*.

— *Penalidades*: o recebimento de doações ilegais, o descumprimento da Lei dos Partidos e a falta de divulgação de relatório comprobatório acarretam a perda do direito à restituição dos custos de campanha eleitoral, até o limite de duas vezes o valor das contribuições ilegalmente recebidas, utilizadas em contravenção à lei ou omitidas no relatório comprobatório.

— * —

As linhas mestras do dispositivo norte-americano

A regulamentação, muito minuciosa, das campanhas eleitorais *federais* nos Estados Unidos é fixada pela Lei de 15 de outubro de 1974, alterada pela Lei de 11 de maio de 1976. Essa lei é composta, no essencial, de três grandes partes: as duas primeiras versam sobre as eleições federais em geral (presidenciais e eleições para o Congresso), e a segunda disciplina unicamente as eleições presidenciais.

A publicidade dos recursos e despesas dos candidatos nas eleições federais

— *É obrigatória a declaração de todas as contribuições eleitorais* (doações, empréstimos, prestações e benefícios não pecuniários) recebidas pelo candidato, devendo esse declarar todas as contribuições, e o doador, as que excederem o valor de 100 US\$. São vetadas doações anônimas superiores a 100 US\$, devendo ser efetuados por cheque os pagamentos acima desse valor. Paralelamente, todas as despesas são declaradas, com discriminação pormenorizada.

— *O candidato deve constituir um comitê eleitoral único*, habilitado para receber recursos eleitorais, administrar contribuições e despesas, manter e publicar registros contábeis.

— *Comissões eleitorais estaduais reúnem e controlam balancetes entregues pelos comitês eleitorais dos candidatos e remetem periodicamente para a Comissão de Eleições Federais (FEC) relatórios pormenorizados sobre as contribuições recebidas e despesas realizadas*. Tais comissões estaduais, de composição bipartidária, têm amplos poderes de jurisdição. Submetem os documentos recebidos à revisão e cruzamento de auditores e juristas. Podem aplicar multas civis e solicitar ao *Attorney Geral* (Ministro da Justiça) que mova

²² Ndt: *Land*, plural: *Länder*.

ação penal. Muitas deliberações das comissões eleitorais estaduais são públicas.

— *Penalidades severas* são impostas em caso de transgressão da lei: multas, penas de detenção, às vezes ineligibilidade por determinado prazo.

— *O público tem livre acesso aos dossiês financeiros dos candidatos*, que podem ser consultados na FEC e nas capitais estaduais. Cópias desses documentos podem ser compradas a preços módicos, às vezes sob certas condições. A imprensa pode publicar esses dados, o que constitui sem dúvida a mais eficiente e disuasiva cominação.

A limitação das contribuições para eleições federais

— *A limitação das contribuições individuais.* As doações pecuniárias devem ser feitas ao comitê eleitoral do candidato, até o limite de 1.000 US\$ por ano e candidato, ou a um comitê político local, até o limite de 5.000 US\$ por ano, ou ao comitê nacional do partido, até o limite de 20.000 US\$ por ano, não podendo a soma dessas contribuições exceder 25.000 US\$ por ano. Além disso, o candidato que aceitou o financiamento público de sua campanha deve limitar a 50.000 US\$ o uso de bens próprios ou de sua família.

— *Limitação das doações pecuniárias procedentes de pessoas jurídicas:* 5.000 US\$, quando destinadas a candidato ou comitê político local, e 15.000 US\$, quando destinadas ao comitê nacional do partido. Essas pessoas jurídicas só podem contribuir pelo intermédio dos comitês de ação política (CAP) constituídos para tal, uma vez que são proibidos os pagamentos diretos.

— *Limitação individual, por candidato, das contribuições feitas pelos partidos e comitês políticos de apoio*, não havendo, no entanto, qualquer limitação global.

O financiamento público e a limitação das despesas de campanhas Presidenciais

Se bem as despesas de campanhas não sejam limitadas para as eleições para o Congresso norte-americano, são-no para as eleições presidenciais, em contrapartida do financiamento público da campanha pelo qual podem optar os candidatos à Presidência federal, desde que recebam ao menos 5% dos votos válidos e renunciem a qualquer financiamento privado de sua campanha. O sistema eleitoral norte-

americano complica esse sistema, uma vez que comporta quatro etapas:

— as eleições primárias escolhem os delegados que participarão das convenções nacionais do Partido Republicano e do Partido Democrata;

— as convenções nacionais partidárias designam os candidatos respectivos que concorrerão na eleição geral;

— o eleitorado norte-americano elege os membros do Colégio Eleitoral;

— o Colégio Eleitoral elege oficialmente o Presidente.

Limitação das despesas de campanhas

— *Campanha para as eleições primárias:* cada candidato pode gastar aproximadamente 10 milhões de US\$, observados o limite máximo de 6 centavos de dólar por eleitor alistado e o limite mínimo de 200.000 US\$ por Estado;

— *Campanha para as eleições do colégio eleitoral:* o teto é de 20 milhões de US\$, não computadas as despesas realizadas pelos comitês nacionais de apoio aos partidos, limitadas a 2 centavos de dólar por eleitor inscrito.

Atribuição das verbas públicas

— *Candidaturas nas eleições primárias:* os candidatos que receberam ao menos 100.000 US\$ em pequenas contribuições não superiores a 250 US\$, com arrecadação mínima de 5.000 US\$ em ao menos 20 Estados, são contemplados com *matching funds*, ou seja, recursos públicos em valor igual ao montante das doações privadas recebidas. Destarte, o sistema duplica a arrecadação de origem privada. Os candidatos que não obtiveram 10% dos votos válidos em duas eleições primárias consecutivas perdem o direito a receber *matching funds*.

— *Dotação pública federal de aproximadamente 3,5 milhões de US\$, destinada às convenções nacionais dos dois grandes partidos:* os pequenos partidos podem obter um financiamento público proporcional ao número de votos recebidos nas últimas eleições.

— *Custeio público integral da campanha para a eleição geral, até o limite de 20 milhões de US\$ por candidato, desde que os candidatos dos dois grandes partidos tenham optado pelo financiamento público.* Os candidatos de pequenos partidos podem requerer financiamento público quando tenham recebido ao menos 5% dos votos.

Direitos políticos

Perda, suspensão e controle jurisdicional

TEORI ALBINO ZAVASCKI

SUMÁRIO

1. Conceituação. 2. Perda dos direitos políticos. 2.1. Perda da nacionalidade. 2.2. Cancelamento da naturalização. 3. Suspensão dos direitos políticos. 3.1. Recusa de cumprimento de obrigação. 3.2. Perda da capacidade civil. 3.3. Condenação criminal. 3.4. Improbidade administrativa. 4. Direitos políticos e cargo público. 4.1. Agentes políticos. 4.2. Servidores públicos. 5. Considerações finais.

I. Conceituação

O capítulo da Constituição sobre "Direitos Políticos" (Capítulo IV do Título II) trata de temas como exercício da soberania popular pelo sufrágio e pelo voto, alistabilidade eleitoral, elegibilidade e impugnação de mandato eletivo. Essa variedade temática fornece os elementos para uma compreensão do que sejam os "direitos políticos" ou "direitos de cidadania": o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo. Dir-se-á que esta conceituação abrangente envolve não apenas os direitos políticos propriamente ditos mas também outros direitos dos quais os direitos políticos constituem simplesmente pressuposto. É verdade. Entretanto, a se tentar purificar o conceito, chegar-se-ia a uma definição restritíssima, segundo a qual direito político seria apenas o direito de ser eleitor. Com efeito, o próprio direito de ser candidato, ou seja, a elegibilidade, já tem como pressuposto o "pleno exercício dos direitos políticos" (CF, art. 14, § 3º, II). Preferível, assim, e na esteira da boa doutrina, a

Teori Albino Zavascki é Juiz do TRF - 4.ª Região e do TRE/RS. Professor de Processo Civil na UFRGS

Texto básico de palestra proferida na Escola Superior da Magistratura da AJURIS, em 29.10.93

conceituação em sentido amplo¹.

Estar no gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos não eletivos (CF, arts. 87; 89, VII; 101; 131, § 1.º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (CF, art. 61, § 2.º, art. 29, XI), propor ação popular (CF, art. 5.º, inc. LXXIII). Quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político (Lei n.º 5.682, de 21.7.71, art. 62), e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo (Lei n.º 8.112, de 11.12.90, art. 5.º, II). Não pode, também, ser diretor ou redator-chefe de jornal ou periódico (Lei n.º 5.250, de 9.2.67, art. 7.º, § 1.º) e nem exercer cargo em entidade sindical (CLT, art. 530, V).

Nem todas as pessoas gozam de direitos políticos plenamente. Há as que só estão habilitadas para algumas de suas faculdades e outras há que não se investem em qualquer delas. São pressupostos para aquisição da capacidade política (a) a capacidade civil e (b) nacionalidade. Por isso, não têm direitos políticos os estrangeiros e os menores de 16 anos. Têm direitos políticos, porém não todos, os inelegíveis, tais como os menores de 18 anos e os analfabetos (CF, art. 14, § 4.º). A inelegibilidade, ou seja, a restrição ao direito político de candidatar-se decorre, ademais, de outras circunstâncias: da irreclegibilidade para certos cargos (CF, art. 14, § 5.º), da inelegibilidade em razão de vínculos pessoais com titulares de certos cargos

(§ 7.º) e das demais hipóteses previstas na Lei Complementar n.º 64, de 18.5.90, editada segundo a previsão do § 9.º do art. 14, da Constituição Federal. Para certos cargos eletivos a elegibilidade está condicionada a limite mínimo de idade: 35 anos para Presidente, Vice-Presidente e Senador, 30, para Governador, Vice-Governador, 21 para Deputado, Prefeito e Vice-Prefeito (CF, art. 14, § 3.º, VI). Assim, sob este aspecto, antes de atingir 35 anos de idade, ninguém, a rigor, pode se dizer na plenitude dos direitos políticos².

Não se pode confundir "cidadania" com "nacionalidade". Ser cidadão é ter direitos políticos. Ter nacionalidade significa ser brasileiro, nato ou naturalizado (CF, art. 12). A nacionalidade é pressuposto da cidadania. Porém, nem todo o nacional é cidadão, porque nem todos têm direitos políticos, como se viu³.

2. Perda dos direitos políticos

A Constituição Federal veda a cassação dos direitos políticos, mas admite sua perda ou suspensão nas hipóteses previstas no art. 15, a saber: (I) cancelamento da naturalização, (II) incapacidade civil absoluta, (III) condenação criminal transitada em julgado, (IV) recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta ou da prestação alternativa e (V) improbidade administrativa. Inobstante rezar o dispositivo constitucional que a perda ou suspensão dos direitos políticos "só se dará nos casos..." elencados no art. 15, é certo que pelo menos um caso não está ali compreendido: o de perda de nacionalidade, de que trata o art. 12, § 4.º, II, da Constituição. O cidadão brasileiro que adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária perderá a nacionalidade brasileira e, conseqüentemente, seus direitos de cidadania⁴.

A rigor, são apenas duas as hipóteses de perda dos direitos políticos: o cancelamento da naturalização e a perda da nacionalidade brasi-

¹ Esta definição de direitos políticos, em sentido amplo, tem o aval abalizado dos nossos constitucionalistas, como se pode ver em Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1989, 1.º v., p. 288: "Os direitos políticos são aquelas prerrogativas que permitem ao cidadão participar na formação e no comando do governo". Na definição clássica de Pimenta Bueno, os direitos políticos são "as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo do seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade de gozo desses direitos" (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1958, p. 458, citado por Ferreira Pinto, op. cit.). Pontes de Miranda sintetiza: "Direito político é o direito de participar da organização e funcionamento do Estado" (*Comentários à Constituição de 1967*, Rio de Janeiro, Forensc. 1987, v. 4, p. 573).

² É por isso que se diz que, no direito brasileiro, a cidadania tem graduação mínima, média e máxima, conforme a maior ou menor gama de direitos políticos atribuídos ao cidadão (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 5.ª ed., 1975, p. 260).

³ Ver a propósito FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 259.

⁴ Anoto opinião em outro sentido de José Afonso da Silva, que dá a entender que a perda da nacionalidade, hoje, não importa perda dos direitos políticos (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 7.ª ed., p. 331).

leira. Todas as demais são hipóteses de suspensão, pois que de efeitos temporários: perdura enquanto perdurar a causa determinante, nos casos de incapacidade civil absoluta, de condenação criminal e de recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa⁵; no caso de improbidade administrativa, o tempo de suspensão dos direitos políticos é o estabelecido na lei regulamentadora do art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, ou seja, a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.

2.1. Perda da nacionalidade

Em casos de aquisição, por cidadão brasileiro, de outra nacionalidade, por naturalização voluntária, a perda dos direitos políticos decorrerá, *ipso iure*, do ato que declarar a perda da nacionalidade (art. 12, § 4.º, da CF), independentemente de qualquer outro ato administrativo ou sentença. É que a nacionalidade é pressuposto essencial da cidadania: sem aquela impossível esta.

2.2. Cancelamento da naturalização

A perda dos direitos políticos por cancelamento de naturalização decorre, também *ipso iure*, do trânsito em julgado da sentença que decretar o cancelamento. É o que dispõe de modo expresso, o inciso I, do art. 15 da Constituição Federal, ou seja, independentemente de qualquer específica menção na sentença à perda dos direitos políticos, esta se operará automaticamente ante o cancelamento do seu pressuposto essencial, a nacionalidade. Exige-se, no entanto, que o cancelamento decorra de sentença, ou seja, de ato do Poder Judiciário. Não está recepcionado pela nova Constituição, deste o § 3.º do art. 112 da Lei n.º 6.815, de 19.8.80, que prevê hipótese de declaração de nulidade do ato de naturalização mediante processo administrativo no Ministério da Justiça.

São da competência da justiça federal "... as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção e à naturalização", conforme dispõe o inciso X, do art. 109 da Constituição Federal.

3. Suspensão dos direitos políticos

3.1. Recusa de cumprimento de obrigação

Em regimes constitucionais anteriores a 1988, a recusa de cumprimento de obrigação a todos

imposta acarretava a perda dos direitos políticos⁶. Não foi por outra razão que o Código de Processo Penal estabeleceu, em seu art. 435, que "a recusa do serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, importará a perda dos direitos políticos (CF, art. 1º, letra b)". A Constituição de 1988 não distinguiu expressamente os casos de perda dos de suspensão. Porém, ao regulamentar "a prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório", como manda o art. 143, §§ 1.º e 2.º da atual Constituição, a Lei n.º 8.239, de 4.10.91, estabeleceu que a recusa ao atendimento de serviços nela previstos importará suspensão dos direitos políticos (art. 4.º, § 2.º). Realmente, a sanção política de perda dos direitos, pela sua perpetuidade, não parece adequada à natureza da falta, sempre passível de "regularização", como reconhece a citada Lei n.º 8.239, de 1991 (§ 2.º do art. 4.º). A suspensão dos direitos políticos, nestes casos, não poderá dispensar o devido processo legal, a teor do que dispõe o art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, assegurados ao acusado os mais amplos meios de defesa.

3.2. Perda da capacidade civil

A capacidade civil é condição para aquisição e manutenção da capacidade política. Verificando-se hipótese de incapacidade civil absoluta dentre as previstas na lei civil⁷, suspensa ficará a cidadania enquanto perdurar aquela. A suspensão dos direitos políticos é efeito natural do trânsito em julgado da sentença que decretar a interdição e a sua requalificação se dará, também automaticamente, pelo ato que determinar a retomada da capacidade civil.

3.3. Condenação criminal

Suspendem-se os direitos políticos por "condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos", diz o inciso III do art. 15 da Constituição Federal. A Constituição anterior tinha dispositivo semelhante no § 2.º, letra c, do art. 149, cuja aplicabilidade a jurisprudência e a doutrina condicionaram à edição da lei complementar referida no § 3.º daquele artigo, a saber: "lei complementar disporá sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de

⁵ O cumprimento de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório está disciplinada na Lei n.º 8.239, de 4.10.91, que, no art. 4.º, § 2.º, refere-se à suspensão dos direitos políticos decorrente da recusa.

⁶ Constituição de 1969, art. 149, § 1.º, b; Constituição de 1946, art. 135, § 2.º, II; Constituição de 1937, art. 119, b.

⁷ Código Civil, art. 5.º; Decreto n.º 24.559, de 3.7.34, art. 26.

sua reanquirição⁸. Dita lei jamais chegou a ser editada. A Constituição de 1988, no entanto, não refere exigência de norma regulamentadora. A eficácia plena e a aplicabilidade imediata do seu inciso III do art. 15 é destarte, inquestionável, e assim pensa a doutrina e decidem os Tribunais⁹.

A suspensão dos direitos políticos não é pena acessória, e sim consequência da condenação criminal: opera-se automaticamente, independentemente de qualquer referência na sentença.

O art. 1.º, I, e, da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990) deu ensejo a pensar-se que a suspensão dos direitos políticos não se daria em todos os casos de condenação, mas apenas e tão-somente nos ali elencados. Não é correto o entendimento. O que o dispositivo da lei complementar disciplina é hipótese de inelegibilidade. "pelo prazo de três anos após o cumprimento da pena", em relação aos que "forem 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"¹⁰. Vale dizer: em tais casos, ainda que retomados os demais direitos políticos por exauridos os efeitos da condenação, persistirá a inelegibilidade enquanto não transcorrido o prazo de três anos. A elegibilidade, como já se acentuou,

constitui apenas um dos direitos políticos ou uma das prerrogativas inerentes aos direitos políticos e com estes, portanto, não se confunde.

O constituinte não fez exceção alguma: em qualquer hipótese de condenação criminal haverá suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da sentença. Trata-se de preceito extremamente rigoroso, porque não distingue crimes dolosos dos culposos, nem condenações a penas privativas de liberdade de condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou danoso. A condenação por contravenção, que também é crime, acarreta, assim, o efeito constitucional¹¹.

A suspensão dos direitos políticos perdura enquanto perdurarem os efeitos da condenação. Duas correntes se formaram a respeito do que se há de entender por "duração dos efeitos". Uma, partindo do pressuposto de que, por "efeitos da condenação" devem ser entendidos os previstos na lei penal, neles incluídos, portanto, também os efeitos secundários, como o de "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado à vítima", previsto no art. 91, I, do Código Penal. Vale dizer: enquanto não atendida esta obrigação, perdurará o efeito da condenação e, portanto, a suspensão dos direitos políticos. Outra orientação, mais restrita, é no sentido de que os efeitos da condenação se esgotam com o cumprimento da pena imposta pela sentença condenatória, ainda que persistam os efeitos secundários de que trata a Lei Penal. O sentido ético que inspira e subjaz à sanção política prevista no art. 15, III, da Constituição¹² dá abono à primeira interpretação, aliás adotada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul¹³. É a segunda, no entanto, a que tem o aval do Tribunal Superior Eleitoral¹⁴. Qualquer que seja o entendimento, é certo que durante o prazo do *sursis* a sanção política persistirá, porque ain-

⁸ Na Ação Penal n.º 225-RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgada em 18.7.77, o STF decidiu, por unanimidade, "declarar que a presente condenação, por isso que suspensa a execução de pena privativa da liberdade, não importa na suspensão dos direitos políticos, face à inexistência da lei complementar a que se refere o art. 149, § 3.º, da Constituição" (RTJ 82/647).

⁹ "A norma do artigo 15, III, da Constituição Federal é auto-aplicável", diz o Prejulgado n.º 1, de 1992, do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul.

¹⁰ Com razão se questiona a rigidez constitucional da letra e, do inc. I do art. 1.º da LC 64/90. A autorização constitucional para criação, por lei complementar, de novas hipóteses de inelegibilidade só poderia ser utilizada com o "fim de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta" (CF, art. 14, § 9.º). Ora, é questionável a compatibilidade do disposto na letra e, referida, com a finalidade expressa na Constituição, como bem observou Antônio Carlos Mendes, in *Fascículos de Ciências Penais*, v.s., n.º 2, p. 38, abr./jun. 1992.

¹¹ Anoto opinião em sentido contrário de Antônio Carlos Mendes, op. cit., que admite a possibilidade de "concluir-se que os crimes culposos são insuscetíveis de suspensão dos direitos políticos".

¹² "No tocante ao fundamento da medida, diz Pontes de Miranda ser ético, já que o criminoso não é idôneo para participar dos negócios públicos" (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, 2.º v., p. 595).

¹³ Acórdão n.º 50/92, de 25.3.92, Rel. Juiz Armando José Lima da Rosa, entre outros.

¹⁴ Acórdão n.º 12.931, de 1.10.92, Rel. Min. Torquato Jardim, entre outros.

da persistem os efeitos da condenação.

Por outro lado, sejam quais forem os efeitos a que se refere o constituinte, não há dúvida que, uma vez esgotados, opera-se a requalificação dos direitos políticos, independentemente da reabilitação criminal. Exigir-se, para tal fim, a conclusão do processo formal de reabilitação seria prolongar o tempo de suspensão da cidadania e sujeitá-la a imposições não previstas na Constituição. Com efeito, a reabilitação, que tem efeito meramente declaratório, só pode ser requerida após dois anos "do dia que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar a execução..." e desde que atendidos outros requisitos elencados no art. 94 do Código Penal. Exigir-se a reabilitação significaria prolongar a suspensão por mais dois anos além do prazo previsto pelo constituinte.

3.4. *Improbidade administrativa*

A suspensão dos direitos políticos por motivo de improbidade administrativa é hipótese nova no direito brasileiro, introduzida pela Constituição Federal de 1988. A improbidade, tradicionalmente, cominavam-se sanções de natureza penal, ainda que com efeitos políticos. Mas, sempre em ação penal. Agora, a sanção não é penal: é civil ou, melhor dizendo, político-civil. Leia-se, com efeito, a Constituição Federal no § 4.º do art. 37: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Ora, essa circunstância — natureza não criminal da sanção — inova substancialmente na ordem jurídica, o que fica evidenciado no exame da Lei n.º 8.429, de 2.6.92, que, regulamentando o texto constitucional, dispôs sobre "as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional".

Autor e lesado por improbidade tem conceito amplíssimo na lei, conforme se vê nos seus artigos 1.º e 2.º. Agente público, eventual sujeito ativo do ilícito, é considerado "todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior" (art. 2.º). Como vítimas figuram, além das entidades da administração direta, in-

direta e fundacional, as empresas incorporadas ao patrimônio público ou aquelas entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com parcela superior a cinquenta por cento do patrimônio ou da receita (art. 1.º) e, ainda, as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgãos públicos (parágrafo único do art. 1.º).

Os atos de improbidade foram divididos em três grandes grupos: os "que importam enriquecimento ilícito" (art. 9.º), os "que causam prejuízos ao erário" (art. 10) e "os que atentam contra os princípios da administração pública" (art. 11). No que diz respeito à cominação de suspensão dos direitos políticos ora em estudo — que é aplicável cumulativamente com outras previstas na lei, como a perda do cargo público, o ressarcimento dos danos, a perda dos acréscimos patrimoniais ilicitamente obtidos etc. —, fixou a lei, no art. 12, a seguinte graduação: suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, para os atos da improbidade do primeiro grupo (art. 9.º); de cinco a oito anos, para os atos do segundo grupo (art. 10); e de três a cinco anos, para os demais (art. 11). "Na fixação das penas", diz a lei, "... o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (art. 12, parágrafo único).

Muito embora a penalidade seja a suspensão dos direitos políticos e a perda do cargo eletivo, se for o caso, a ação não é da competência da Justiça Eleitoral, já que a matéria não tem natureza eleitoral. Em voto no TRE/RS sustentamos que "o controle dos direitos políticos dos cidadãos, em princípio, refoge à competência eleitoral. Só o será se, no curso do processo eleitoral e em função dele, houver necessidade de, incidentalmente, conhecer de matéria relacionada com inelegibilidade. É o que ocorre quando do pedido de registro de candidaturas ou de diplomação de eleitos, onde a elegibilidade (e, portanto, se for o caso, a existência dos direitos políticos) deve ser examinada. Nesses casos, porém, a existência dos direitos políticos é fundamento para a decisão, jamais seu objeto. É que a elegibilidade, ou seja, a aptidão para ser votado, é apenas um dos atributos dos direitos políticos, já que, a este, outros atributos e faculdades são inerentes, e não apenas os relacionados com eleições (direito de votar e ser votado) e sim os que dizem respeito ao *status civitatis* no seu mais amplo sentido. Portanto, a perda ou suspensão dos direitos políticos traz aos cidadãos atingidos conseqüências muito mais abrangentes que as relacionadas com

eventual e episódica participação em determinado pleito eleitoral"¹⁵. Portanto, a ação de que trata a Lei n.º 8.429/92 será processada e julgada perante a justiça comum. Se a lesão afetar direito ou interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, a competência será da justiça comum federal, já que, nestes casos, figurando a lesada no pólo ativo da relação processual, ou como autora (art. 17), ou como litisconsorte (art. 17, § 3.º), aplica-se a regra de competência do art. 109, I, da Constituição. Nos demais casos, a competência será de justiça comum dos Estados.

Por outro lado, não se tratando de ação penal, não se aplicam, à hipótese, as regras que estabelecem foro especial por prerrogativa de função, tais como as dos arts. 29, VIII, 102, I, *b e c*, 105, I, *a*, e 108, I, *a* da Constituição. Independentemente do grau hierárquico do agente público que tenha praticado o ato de improbidade, a ação será proposta perante o juízo de primeira instância, como aliás ocorre quando se trata de ação popular. Saliente-se que, a teor do art. 20, da lei em comento, a suspensão dos direitos políticos somente se efetivará com o trânsito em julgado da sentença, o que importa dizer que todos os recursos que vierem a ser interpostos terão efeito suspensivo.

4. Direitos políticos e cargo público

Questão importante é a de saber se a perda ou suspensão dos direitos políticos acarreta a perda do cargo público. Para respondê-la é de mister distinguir-se e precisar-se a condição daquele que exerce cargo de Governo (o "agente político") e daquele que exerce cargo de administração (o "servidor público", propriamente dito). "Governo", diz Hely Lopes Meirelles, "é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A admi-

nistração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. Isto não quer dizer que a administração não tenha poder de decisão. Tem. Mas o tem somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros, ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria".¹⁶ Daí a fundamental distinção antes referida entre os agentes políticos, ocupantes de cargos de Governo, dos "servidores públicos", ocupantes de cargos de administração. Lê-se na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que "Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado", enquanto que "a designação de servidores públicos abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e entidades de sua administração indireta ou fundacional relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência"¹⁷.

4.1. Agentes políticos

O gozo dos direitos políticos é condição indispensável à elegibilidade, como faz expresso o art. 14, § 3.º, II, da Constituição Federal. É igualmente requisito para o exercício de cargos não eletivos de natureza política, tais como os de Ministros de Estado, Secretários estaduais e municipais (CF, art. 87). Não tena sentido, que a esses agentes políticos — "titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ... ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do poder", encarregados de formar a vontade superior da sociedade política — fosse dado exercer o cargo mesmo quando privados dos direitos de cidadania. Seria um verdadeiro contra-senso, já que "o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *munus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da

¹⁵ Processo Classe XVII, Acórdão n.º 179/93, de 4.8.93, votação unânime, com a seguinte ementa: "Representação: suspensão de direitos políticos por improbidade administrativa. Matéria que refoge à competência da Justiça Eleitoral. Declinação de competência e remessa dos autos ao juízo de direito da comarca de origem do feito".

¹⁶ *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 14.ª ed., p. 56.

¹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 4.ª ed., 1993, p. 123.

civitas e por isto candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade”¹⁸. Aos agentes políticos — titulares de cargos eletivos ou não — exige-se, portanto, o pleno gozo dos direitos políticos, não apenas para habilitar-se ou investir-se no cargo, mas, igualmente, para nele permanecer. Assim, a superveniente perda ou suspensão dos direitos de cidadania implicará, automaticamente, a perda do cargo. Há, porém, uma exceção: a do parlamentar que sofrer condenação criminal. O trânsito em julgado da condenação acarreta, como já se viu, a suspensão, *ipso iure*, dos direitos políticos (CF, art. 15, III), mas não extingue, necessariamente, o mandato eletivo. Ao contrário das demais hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, que geram automática perda do mandato (art. 55, IV, da CF), perda que “será declarada pela Mesa da Casa respectiva...” (art. 55, § 3.º), em caso de condenação criminal a perda do mandato (art. 55, VI) “... será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta...” (CF, art. 55, § 2.º). Ou seja: não havendo cassação do mandato pela Casa a que pertencer o parlamentar, haverá aí hipótese de exercício do mandato eletivo por quem não está no gozo dos direitos de cidadania. Esta estranha exceção poderá representar, quem sabe, um mecanismo de defesa contra o exacerbado rigor do art. 15, III, do Texto Constitucional, mas é curioso que assim seja, dado que a condenação do parlamentar só se tornou viável ante a prévia licença dos seus pares para a instauração da ação penal (CF, art. 53, § 1.º).

A essa altura cumpre referir o art. 92, I, do Código Penal, que prevê como “efeitos da condenação: I — a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos; ...”. A luz da Constituição passada entendia-se que não era legítimo o dispositivo no que se referia a mandato eletivo, já que, implicando suspensão de direito político, a pena não poderia ser criada senão em lei complementar, como exigia o § 3.º do art. 149, da Constituição Federal de 1969¹⁹. Pois bem, no regime constitucional vigente, com mais razão a disposição é inaplicável: o mandato eletivo ou se extin-

gue automaticamente pela suspensão dos direitos políticos acarretada pela sentença penal condenatória transitada em julgado, ou, no caso de mandato parlamentar, dependerá de decisão da respectiva Casa Legislativa, como antes se viu.

4.2. Servidores públicos

No que se refere aos servidores públicos, o tratamento é diferente. É certo que a lei exige o gozo dos direitos políticos como requisito para investidura em cargo público (Lei n.º 8.112/90, art. 5.º, II). Porém, dada a natureza profissional, e não política, do cargo que exercem, e o caráter permanente, e não transitório, do seu exercício, só a perda dos direitos políticos é que poderá atingi-lo. E atingi-lo-á, não pela perda dos direitos políticos em si, mas pela perda da nacionalidade, causa da perda daqueles direitos. Em casos de suspensão, que é sempre temporária, dos direitos de cidadania, a perda do cargo não será, pois, decorrência necessária, mas dependerá de cominação aplicada autonomamente, mediante o devido processo legal, nos casos que a lei estabelecer. Em outras palavras: o exercício de cargo público de natureza profissional, diferentemente do que ocorre com os cargos de natureza política, não se interrompe por suspensão dos direitos políticos. Perda do cargo poderá haver se o fato determinante da suspensão dos direitos políticos constituir também infração sancionável com dita penalidade, o que se verificará, se for o caso, em processo próprio, administrativo — disciplinar (Lei n.º 8.112/90, art. 127, III e V), jurisdicional-civil (Lei n.º 8.429, de 1992, art. 12) ou jurisdicional-penal (Código Penal, art. 92, I).

5. Considerações finais

Parece certo concluir-se, dessas observações, que o controle dos direitos políticos resultou superlativamente valorizado pela Constituição de 1988, notadamente por dois aspectos: primeiro, pela auto-aplicabilidade do dispositivo que prevê a suspensão dos direitos políticos em caso de condenação criminal transitada em julgado, o que importa valorização dos padrões éticos da cidadania; segundo, pela criação da pena política para as hipóteses de improbidade administrativa, o que representa instrumento importante — hoje inteiramente regulamentado e apto a ser utilizado — para a moralização da atividade pública e dos seus serviços, exigência impostergável de uma sociedade que, impaciente e esperançosa, ansia ver afastados da vida pública os que, por improbos, não merecem os direitos de cidadania

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. e loc. citis.

¹⁹ A propósito: DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Renovar, 2.ª ed., p. 155.

O Real e o Plano de Estabilização Econômica

A Medida Provisória nº 542/94

LEON FREIDA SZKLAROWSKY

SUMÁRIO

O Plano Real e os contratos administrativos. O Cruzeiro Real. Os planos anteriores: Cruzado, Bresser e Verão. Planos Collor I e II. Unidade Real de Valor e Real. As obrigações pecuniárias e os contratos: Análise da Lei n.º 8 880/94 e a MP n.º 542/94. Reajuste de contratos e atualização entre o adimplemento e o efetivo pagamento. Correção monetária a partir de 1.º de julho de 1994. Contratos e obrigações pecuniárias a partir de 1.º de julho de 1994. Contratos celebrados ou convertidos em REAL. Contratos celebrados ou convertidos em URV. Contratos comuns e administrativos. Contratos anteriores a 1.º de julho de 1994. Contratos administrativos. Contratos vigentes em 1.º de abril de 1994. Rescisão ou alteração unilateral. Conversão das obrigações pecuniárias e dos contratos para o REAL. Contratos comuns e administrativos. Correção pré-fixada ou sem correção. Correção fundada em índices de preços: Periodicidade igual ou menor. Periodicidade maior. Contratos com quantidades variáveis. Obrigações – número de meses menor. Contratos com cláusula de atualização pelo atraso. Dedução pela inflação. Reajuste e Revisão de Contratos. Conclusão.

Considerações gerais

A Medida Provisória n.º 336, de 28 de julho de 1993, dá início a nova revolução e expectativa, no âmbito do Sistema Monetário Nacional (SMN), como prelúdio do Programa de Estabilização Econômica, que se inaugurou com a Medida Provisória n.º 434, de 27.2.94, e concretizou-se, finalmente, com a Lei n.º 8.880, de 27.5.94¹, que dispõe sobre o Programa de Esta-

O Professor Leon Freida Szklarowsky, Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional, aposentado, é advogado, Juiz Arbitral da American Association's Commercial Panel, de Nova York, membro dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do Distrito Federal (Secretário-Geral); acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário, do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal, membro da International Fiscal Association, da Associação Brasileira de Direito Financeiro, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Integra o Conselho Editorial dos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Ed. Revista dos Tribunais e o Conselho de Orientação das Publicações – Boletim de Direito Administrativo e de Licitações e Contratos – da Ed. NIDJ. Entre suas obras destacam-se: Responsabilidade Tributária, Execução Fiscal e Medidas Provisórias.

¹ Publ. no *DOU* de 28 de maio de 1994. Essa lei tem como fonte o Projeto de Lei de Conversão n.º 11, de 1994 (Publ. em avulso do Centro Gráfico do Senado Federal - Brasília/DF), retificada, pela publ. no *DOU* de 1.6.94, para incluir o Anexo, que trata do comportamento da URV em *Cruzeiros Reais* no período de 1.º de janeiro a 1.º de março de 1994, demonstrando a metodologia utilizada para o cálculo.

bilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional e institui a Unidade Real de Valor (URV), completada pela Medida Provisória n.º 542, de 30.6.94, a qual disciplina o *Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL*.²

A Lei n.º 8.697, de 27.8.93¹, é sucedânea da citada Medida Provisória n.º 336/93 que alterou a moeda nacional, denominando-a de *Cruzeiro Real*, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da publicação da acima citada Medida Provisória. É a primeira etapa do Plano.

A nova unidade da moeda equivale a mil cruzeiros⁴, suprimindo uma vez mais três zeros, o que iria ocorrer posteriormente, com maior intensidade, com a implementação de nova fase do Plano⁵.

¹ Cf. publ. no *DOU* de 30.6.94. A Comissão Especial para apreciar a MP n.º 542 foi instalada em 6.7.94, sob a presidência do Dep. Ney Lopes e relatoria do Senador José Fogaça. Apresentaram-se 217 emendas a essa MP.

² O Presidente da República adotou a MP n.º 336/93 e o Congresso Nacional aprovou-a, *in integrum*, tendo o Senador Humberto Lucena, Presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional, promulgado a referida Lei n.º 8.697.

³ Cf. art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 8.697/93 e da MP n.º 336/93.

⁴ O festado jurista Theotonio Negrão traça a *correlação de valores entre as sucessivas moedas do Brasil e suas desvalorizações e anota que:*

1 - *O mil réis*: vigorou até 31.10.42, sendo substituído, a partir de 1.11.42, pelo *Cruzeiro*, com o mesmo valor, por determinação, do Decreto-Lei n.º 4.791, de 5.10.42, enquanto que a Lei n.º 4.511, de 1.12.64, extinguiu a fração do cruzeiro - o centavo (§ 1.º do art. 1.º).

2 - *O Cruzeiro*: vigorou de 1.11.42 até 12.2.67. A partir de 13.2.67, *ex vi* do Decreto-Lei n.º 1 de 13.11.65, do Decreto n.º 60.190, de 8.2.67, e da Resol. do Banco Central da República do Brasil, n.º 47, de 8.2.67, foi substituído pelo *Cruzeiro Novo* (NCr\$ 1,00 = Cr\$ 1.000,00).

3 - Este, a partir de 15.5.70, passou a denominar-se tão-somente *Cruzeiro*. A Lei n.º 7.214, de 15.8.84, extinguiu os centavos.

4 - *O Cruzado*, em virtude do Decreto-Lei n.º 2.283, de 27.2.86 (Decreto-Lei n.º 2.284, de 10.3.86), substituiu a moeda anterior (Cz 1,00 valia NCr\$ 1.000,00, ou melhor, Cr\$ 1.000,00 (Cf. Res. 1.100, de 28.2.86, do Banco Central do Brasil). Vigorou, de 28.2.86 a 15.1.89.

5 - *Cruzado Novo*: Substituiu o *Cruzado*, de

Os planos anteriores: Plano Cruzado, Bresser, Verão e Collor

Anteriormente, o Decreto-Lei n.º 2.284, de 10.3.86, que revogou e substituiu o Decreto-Lei n.º 2.283, de 27.2.86, modifica a denominação do sistema legal brasileiro, instituindo o *Cruzado*, posteriormente, alterado para *Cruzado Novo*, pela Lei n.º 7.730, de 31.1.89 (adotou a MP n.º 32, de 15.1.89), sucedendo-se-lhe os mirabolantes Planos Bresser e Verão⁶. O pandemônio legislativo prosseguiu, com a edição dos Planos Collor I e II⁷.

Restaura-se o *Cruzeiro*, cognominando-se, assim, o *Cruzado Novo*, na mesma proporção valorativa⁸, instituindo-se nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral.

16.1.89 a 15.3.90 (NCz 1,00 = Cz\$ 1.000,00), *ex vi* da MP n.º 32, de 15.1.89, adotada pela Lei n.º 7.730, de 31.1.89.

6 O art. 1.º, § 2.º, da Lei n.º 8.024, de 12.4.90, que adotou a Medida Provisória n.º 168, de 15.3.90, novamente denomina a moeda de *Cruzeiro*, vigorando de 16.3.90 até a 1.3.93, com o mesmo valor do *Cruzado Novo*.

7 Com a Medida Provisória n.º 336, de 28.7.93, convertida na Lei n.º 8.697, de 28.8.93, c/c a Resol. n.º 2.010, de 28.7.93, do BCB, passou a existir o *Cruzeiro Real*, a partir de 2.8.93 (Cr\$ 1,00 = Cr\$ 1.000,00) (*apud* "Código de Processo Civil" e "Legislação Processual" em vigor, 25.º Ed. Malheiros Editores, 1994, pp. 1.365 e 1.366).

8 - Com a Medida Provisória n.º 542, de 30.6.94, a partir de 1.7.93, a unidade do SMN é o *Real*. Sobre seu valor, *conf. Remissão 18*.

⁶ Sobre os Planos Econômicos, Indexação, Reajuste de Contratos e Novas Moedas, durante o Governo Sarney, cf. nosso "Reajuste dos Contratos Administrativos e os Programas de Estabilização da Economia", in *Boletim de Licitações e Contratos*, da Editora NDJ Ltda., 11/89, *Rev. de Direito Público*, v. 95; e *Rev. Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 109/77 - 108; e caso "A Inflação e os Contratos Administrativos", in *B.J.C. cit.*, 4/90, e *Rev. de Dir. Público*, cit., v. 95.

⁷ Consulte-se a respeito o precioso parecer produzido pelo pranteado Prof. Dr. Henry Tilbery e pelo Dr. Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, publicado nos "Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas", ed. *Rev. dos Tribunais*, ano I, n.º 2, pp. 33 a 53, e de Ives Gandra da Silva Martins, "O Plano Brasil Novo e a Constituição", *Forense Universitária*, eds. 1990 e 1994. Consulte-se também a Lei n.º 8.218, de 27.8.91.

⁸ Cf. Medida Provisória n.º 168, de 15.3.90, sucedida pela Lei n.º 8.024, de 12.4.90.

A Lei n.º 8.030, de 12.4.90, veda por tempo indeterminado quaisquer reajustes, sem a prévia autorização, por portaria do Ministro da Fazenda⁹.

Em seguida, a Medida Provisória n.º 180, de 17.4.90, alterou a Lei n.º 8.024 cit., para determinar que um *Cruzeiro* corresponde a um *Cruzeiro Novo*¹⁰.

A Lei n.º 8.177, de 1.3.91 (sucedeu à MP n.º 294, de 31.1.91), estabelece regras para a desindexação da economia e fixa competência ao Banco Central do Brasil – BCB, para divulgar a Taxa Referencial – TR, calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, de investimentos, múltiplos com carteira comercial ou de investimento, caixas econômicas ou de títulos públicos federais, estaduais ou municipais, segundo metodologia aprovada pelo Conselho Monetário Nacional¹¹.

⁹ Cf. Medida Provisória n.º 154, de 15.3.90, que antecedeu a Lei n.º 8.030 cit. Sobre o Bônus do Tesouro Nacional – BTN e sua atualização, metas etc., examina-se o art. 2.º, § 6.º, desse diploma legal, que permitiu ao Ministro da Fazenda solicitar à Fundação IBGE ou a instituição de pesquisa de notória especialização o cálculo de índice de preços apropriados à medição da variação média dos preços relativos aos períodos correspondentes às metas referidas no inciso II desse dispositivo. Sobre a atualização do valor nominal do BTN, consulte-se o art. 22 da Lei n.º 8.024. A Lei n.º 8.030 cit. foi expressamente revogada pela Lei n.º 8.178, de 1.3.91.

¹⁰ Essa MP foi revogada pela MP n.º 184, de 4.5.90.

¹¹ Cf. art. 1.º. Essa lei extinguiu o BTN fiscal (Lei n.º 7.799/89), o BTN (Lei n.º 7.777/89), o maior valor de referência, vedando ao IBGE o cálculo do índice de Reajustes de Valores Fiscais e o índice da Cesta Básica, permanecendo, sob sua tutela, o cálculo do Índice Nacional de Preço ao Consumidor. A TR foi julgada inconstitucional como índice de correção monetária, porque reflete as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não se constituindo, por isso, em índice que projeta a variação do poder aquisitivo da moeda (cf. ADIN n.º 493-0, DF, STF, Pleno, in DJ de 4.9.92, Fementário n.º 1.674-2, Rel. Ministro Moreira Alves, Presidente, Ministro Sydney Sanches. A TR, por ordem do § 4.º do art. 27, da MP n.º 542/94, só poderá ser utilizada nas operações realizadas nos mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros de previdência privada e de futuros (v. art. 37 da Lei n.º 8.880/94), V. arts. 1.º da Lei n.º 8.177/91 e 1.º da Lei n.º 8.660/93. O art. 57 da MP n.º 542 revogou o parágrafo único do art. 10 da Lei n.º 8.177/91, que admitiu a utilização da TR ou TRD para remuneração dos valores das obrigações deles decorrentes, de acordo com

Por outro lado, a Lei n.º 8.178, de 1.3.91 (sucedeu à MP n.º 285, de 31.1.91), também estabeleceu regras sobre preços e salários, permitindo sua majoração somente através de expressa e prévia autorização do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento¹².

Unidade Real de Valor – URV e Real

A Unidade Real de Valor – URV foi instituída pela Medida Provisória n.º 434, de 27.2.94, reeditada pelas Medidas Provisórias n.º 457, de 29.3.94, e 482, de 28.4.94, esta última transformada em Projeto de Lei de Conversão n.º 11, de 1994¹³, que se converteu, na Lei n.º 8.880, de 27.5.94, publicada no *DOU* de 28 seguinte¹⁴.

A URV¹⁵, desde seu nascedouro, foi dotada de curso legal, para servir unicamente de padrão de valor monetário, integrando o Sistema Monetário Nacional, juntamente com o *Cruzeiro Real*, que continuou a ser utilizado como meio de pagamento, dotado de poder liberatório até a emissão do *Real*, quando deixou de ter curso legal e poder liberatório, não mais compondo o Sistema Monetário Nacional¹⁶.

A URV, por imposição das Medidas Provisórias n.º 434, 457 e 482 (PLC 11/94) e do art. 2.º da Lei n.º 8.880/94, seria dotada de poder liberatório, a partir da sua emissão como moeda divisionária pelo Banco Central do Brasil, passando então a denominar-se *Real*, o que de fato ocorreu, em 1.º de julho de 1994, com a edição da Medida Provisória n.º 542, de 30.6.94, que instituiu o *Real*, como nova unidade do Sistema Monetário Nacional, com curso legal em todo o território nacional¹⁷.

A paridade entre o *Real* e o *Cruzeiro Real*, a partir de 1.º de julho de 1994, foi fixada no valor correspondente ao do dia 30 de junho de

a redação dada pela Lei n.º 8.178/91. Também revogou o art. 16 deste diploma legal.

¹² Consulte-se a Lei n.º 8.218, de 29.8.91.

¹³ Cf. art. 1.º. Consulte-se o Parecer n.º 9, de 1994, do Rel. Deputado Neuto de Couto, de 10.5.94 (Publ. Centro Gráfico do Senado Federal – Brasília/DF).

¹⁴ Cf. art. 1.º

¹⁵ Cf. art. 1.º das MPs 434, 457, 482, PLC 11/94 e art. 1.º da Lei n.º 8.880/94.

¹⁶ Cf. arts. 1.º, § 1.º, e 3.º das MPs 434, 457, 482, PLC 11/94 e 3.º da Lei n.º 8.880/94. *A URV em 1.º de março de 1994, correspondia a CR\$ 647,50.*

¹⁷ Cf. art. 2.º das Medidas Provisórias antes citadas: arts. 2.º da Lei n.º 8.880/94 e 1.º da Medida Provisória n.º 524 cit.

1994, isto é, CR\$ 2.750,00, permanecendo fixa para os fins previstos no art. 3.º, § 3.º, da Lei n.º 8.880/94 e do art. 2.º desta Medida Provisória.¹⁸

A fonte da Lei n.º 8.880/94 é o Projeto de Lei de Conversão n.º 11, de 1994, relatado pelo Deputado Neuto de Couto, consubstanciando as emendas e destaques à Medida Provisória n.º 482, de 28.4.94, em substituição às Medidas Provisórias n.º 457, de 29.3.94 e 434 de 27.2.94, que não foram apreciadas pelo Congresso Nacional, *in tempore*.

O § 3.º do art. 4.º da Lei n.º 8.880/94 dispõe

¹⁸ Cf. §§ 3.º e 4.º do art. 1.º da MP n.º 542.

Art. 3.º da Lei n.º 8.880/94:

“Por ocasião da primeira emissão do *Real* trata-se no *caput* do art. 2.º, o *Cruzeiro Real* não mais integrará o Sistema Monetário Nacional, deixando de ter curso e poder liberatório.

§ 1.º A primeira emissão do *Real* ocorrerá no dia 1.º de julho de 1994.

§ 2.º As regras e condições de emissão serão estabelecidas em lei.

§ 3.º A partir da primeira emissão do *Real*, as atuais cédulas e moedas representativas do *Cruzeiro Real* continuarão em circulação como meios de pagamento até que sejam substituídas pela nova moeda no meio circulante, observada a paridade entre o *Cruzeiro Real* e o *Real* fixada pelo Banco Central do Brasil naquela data.

§ 4.º O Banco Central do Brasil disciplinará a forma, prazo e condições da substituição prevista no parágrafo anterior”.

Art. 2.º da MP n.º 542/94:

“O *Cruzeiro Real*, a partir de 1.º de julho de 1994, deixa de integrar o Sistema Monetário Nacional, permanecendo em circulação como meio de pagamento as cédulas e moedas dele representativas, pelo prazo de 30 (trinta) dias, na forma prevista nos §§ 3.º e 4.º do art. 3.º da Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994.

§ 1.º Até o último dia útil de julho de 1994, os cheques ainda emitidos com indicação de valor em *Cruzeiros Reais* serão acolhidos pelas instituições financeiras e pelos serviços de compensação, sem prejuízo do direito ao crédito, nos termos da legislação pertinente.

§ 2.º Os prazos previstos no *caput* e no parágrafo anterior poderão ser prorrogados pelo Banco Central do Brasil.

§ 3.º Os documentos de que trata o § 1.º serão acolhidos e contabilizados com a paridade fixada, na forma do art. 1.º, § 3.º, para o dia 1.º de julho de 1994”.

¹⁹ O Presidente da República editou o Decreto n.º 1.066, de 27.2.94, disciplinando a metodologia do

que o Poder Executivo publicará a metodologia para o cálculo da paridade diária entre o *Cruzeiro Real* e a URV¹⁹; corresponde à redação do § 3.º do artigo 4.º das Medidas Provisórias n.º 434, 457, 482 e do PLC n.º 11/94.

O Decreto n.º 1.066, de 27.2.94, delineou a metodologia que a variação diária da expressão em cruzeiros reais da URV seria calculada, com alicerce em taxas de inflação medidas por três índices, a saber:

I- índice de Preços ao Consumidor (IPC), da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), da USP, apurado para a terceira quadrissemana;

II- Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA-E), da Fundação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); e

III- Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), da Fundação Getúlio Vargas.

A divulgação fez-se, diariamente, pelo Banco Central do Brasil, válida para o dia útil seguinte, aplicando-se essa mesma expressão aos dias úteis não intermediários²⁰.

Observe-se que a URV desempenhou variadas e importantes funções no contexto do Plano, até sua absorção pelo *Real*; convivendo o País, com, pelo menos, dois tipos de moeda, até a emissão do *Real*, ou seja, o *Cruzeiro Real* e a URV²¹, e, por mais algum tempo, subsiste a harmonia entre o *Cruzeiro Real* e o *Real*.

Novamente, desponta um Plano, superior aos anteriores; contudo, sem dúvida, peca pelo exagerado tecnicismo e obscuridade, especialmente na disciplina de contratos e obrigações pecuniárias, impedindo seu pronto entendimento e exigindo do infeliz súdito, inédito esforço na exegese das disposições normativas, extremamente confusas, repetindo os exageros e impropriedades anteriores.

O que deveria ser de fácil inteligência torna-se um jogo penoso e tortuoso, quase in-

cálculo da URV, tendo em vista o disposto no § 3.º do art. 4.º da MP n.º 434 cit.

O art. 5.º da Lei n.º 8.880/94 sublinhou que o valor da URV seria utilizado pelo Banco Central do Brasil como parâmetro para negociação com moeda estrangeira, repetindo o art. 5.º do PLC 11/94 e o art. 5.º das MPs n.º 434, 457 e 482.

²⁰ Cf. art. 1.º, I, II e III, e § 4.º, do cit. Decreto.

²¹ Cf. art. 8.º da Lei n.º 8.880/64; idem PLC n.º 11/94, MPs n.º 434, 457 e 482.

decifrável ^{21A}.

As obrigações pecuniárias e os contratos: análise da Lei n.º 8.880/94 e da MP n.º 542/94

A tônica fundamental desta fase do Plano é produzir, de vez, a queda vertical da inflação e estabilidade econômica, tendo introduzido, preambularmente, a URV, como passo inicial da reforma monetária e antecedente da moeda que se pretende forte – o Real ²².

A EM da Medida Provisória n.º 542²³ explica que o plano visa preservar o princípio da livre negociação dos contratos entre as partes, tendo em vista a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o respeito ao ato jurídico perfeito, o que é bastante confortável e enobrecedor.

Com relação às conversões, para o Real, em 1.º de julho de 1994, dos valores e obrigações em *Cruzeiros Reais* ou URV, assegura sua fidelidade absoluta, à preservação do valor real, dos direitos e obrigações sem *intercessão nos contratos livremente pactuados*²⁴.

A Lei n.º 8.880/94 consigna regras de signi-

^{21A} Há de se relatar, não obstante, a energia da equipe econômica, dirigida pelo culto Ministro da Fazenda, Dr. Rubens Ricupero, quando afiança que a meta do Plano é realmente a estabilidade da moeda e o fim da inflação, corroborado esse ideário pelo Presidente do BCB, Dr. Pedro Malan, e Dr. Pêrsio Arida, ao se manifestarem, no Fórum Aberto da Comissão Mista, em 10.7.94. Essa Comissão, presidida pelo Deputado Ney Lopes, sabiamente, decidiu criar o Fórum Aberto, sob forma de audiência pública, a que estiveram presentes, entre outros, os citados economistas. Nessa Comissão, também estivemos presentes, por honrosa solicitação do Presidente da Seccional do Distrito Federal, da OAB, Dr. Luiz Felipe Coelho.

²² Cf., por exemplo, a EM Interministerial n.º 84/MF/MPS/MTb/SAF/EMFA/SEPLAN/MS, de 29.3.94, capeada pela Mensagem n.º 81, de 1994 – CN (n.º 260/94, na origem), da MP n.º 457 cit.

²³ Cf. EM Interministerial n.º 205/MF/SEPLAN/MS/MTb/MPS/MS/SAF, de 30.6.94, Publ. no *DOU* da mesma data (Edição Extra), da MP n.º 542/94.

²⁴ Cf. EM Interministerial n.º 205 cit. item 20; idem, item 24. Essa EM contém uma incorreção (item 9), ao proparar que é a MP n.º 434 fonte imediata da Lei n.º 8.880, quando, na verdade, a citada Lei é fruto do PLC n.º 11/94 da MP n.º 482. Louve-se, porém, desta vez, a proclamação da veemente vontade do legislador de não se permitir lançar em aventuras espúrias experimentadas, nos outros planos, esmagando alguns dos princípios econômicos e jurídicos, por demais caros, e que receberam, de pronto, o corretivo do Poder Judiciário.

ficativa importância, que não podem ser esquecidas, na aplicação da MP n.º 542.

Reajuste de contratos e atualização entre o adimplemento e o efetivo pagamento

A Lei n.º 8.666, de 21.6.93, alterada pela Lei n.º 8.883, de 8.6.94, assegura aos contratantes o direito de estabelecer, entre as cláusulas necessárias, além do preço e das condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajuste de preços e a atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento²⁵, com a indicação expressa e obrigatória, no edital, do critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela, bem como o critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento ²⁶.

²⁵ Cf. art. 55, III, da Lei cit. A previsão de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento é uma inovação salutar, em relação ao revogado Decreto-Lei n.º 2.300/86, enquanto que a Lei n.º 7.801, de 11.7.89, convalidando a Lei n.º 7.747, de 4.4.89, e a Medida Provisória n.º 40, de 8.3.89, que a antecedeu, e sólida jurisprudência do TCU, facultavam a incidência da correção em cada prestação, somente para o período compreendido entre a data estipulada para cada pagamento da obrigação e aquela que efetivamente se desse o pagamento (arts. 2.º da Lei n.º 7.747/89 e da MP n.º 40/89; art. 4.º, § 3.º, da Lei n.º 7.801/89 – é a mora por atraso de pagamento da prestação (cf. Nosso “Contratos Administrativos e Programas de Estabilização da Economia”, cit., item 78 e Conclusão I, 2). Neste sentido, o Projeto de Lei n.º 571, do Dep. Luiz R. Ponte. Consulte-se de, Bernardo Ribeiro de Moraes, o *Compêndio de Direito Tributário*, Forense, 1984, com excelente estudo sobre a correção monetária (p. 706).

²⁶ Os incisos XI e XIV, c, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93, foram modificados pela Lei n.º 8.883, de 8.6.94, que adotou a Medida Provisória n.º 472, de 15.4.94, transformada no Projeto de Lei de Conversão n.º 10 de 1994, consoante Parecer n.º 6, de 1994-CN, do Relator Deputado Walter Nori. Antecederam esta última Medida Provisória as de n.º 351, de 16.9.93; 360, de 18.10.93; 372, de 17.11.93; 388, de 16.12.93; 412, de 14.4.94; 429, de 16.2.94 e 450, de 17.3.94. Os atos praticados, sob sua égide, foram convalidados pela MP n.º 472 cit. e, após, pela Lei n.º 8.883/94 (art. 4.º). A Constituição Federal, no parágrafo único do art. 62, apregoa que as Medidas Provisórias perderão eficácia, desde sua edição, se não

O reajuste de preços e a revisão de contratos não se confundem!²⁷

O art. 12 da Lei n.º 8.880/94 inquina de nula, de pleno direito, não surtindo qualquer efeito, a cláusula de revisão ou de reajuste de preços, nos contratos a que se refere o artigo anterior (art. 11), que contrarie o disposto nesta lei²⁸.

O art. 11²⁹ foi expressamente revogado pela
forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações dela decorrentes; no entanto, tomou-se praxe o Presidente da República (e não o Congresso Nacional, o que se nos afigura extremamente perigoso e inconstitucional). Convolar os atos praticados, sob sua égide, através de Medidas Provisórias substitutivas das não convertidas em lei ou até estranhas.

²⁷ Cf. nosso "Reajustamento e Revisão de Preços de Contratos Administrativos", in *Revista dos Tribunais*, 630/47-51, com ampla nota bibliográfica e jurisprudencial; idem, *Direito Administrativo Brasileiro*, de Hely Lopes Meireles, 17.ª ed. atualizada por Eurico A. Azevedo, Décio Aleixo e José E. Burle Filho, 1992, Malheiros Editores; idem, do autor, *Licitação e Contratos Administrativos*, 8.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1988

²⁸ Idêntico à redação do PLC n.º 11/94. Diferente é a redação do art. 12 das MPs 434, 457 e 482: "É nulo de pleno direito e não surtirá nenhum efeito, nos contratos a que se refere o artigo anterior, a estipulação de cláusula de revisão contratual com periodicidade inferior a um ano" (foi acrescentada na Lei a expressão "ou de reajuste de preços" e substituída a expressão "com periodicidade inferior a um ano" porque "contraria o disposto nesta Lei").

²⁹ Cf. art. 57.

O revogado art. 11 está assim redigido:

"Art. 11. Nos contratos celebrados em URV, a partir de 1.º de março de 1994, inclusive, é permitido estipular cláusula de reajuste de valores por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, desde que a aplicação da mesma fique suspensa pelo prazo de um ano.

§ 1.º Fica o Poder Executivo autorizado a reduzir os prazos de suspensão da aplicação do reajuste a que se refere o caput deste artigo e de atualização financeira ou monetária a que se refere o § 4.º do artigo 15.

§ 2.º O disposto nesse artigo não se aplica aos contratos e operações referidos no artigo 16 desta Lei".

O artigo 16 determina que continuariam expressos em *Cruzeiros Reais* até a emissão de *Real* os contratos que especifica e que são regidos por leis especiais, v.g., depósitos de poupança, consórcios etc. Sem embargo da revogação (suspensão) desse preceito, outros remanesceram que suspendem por um ano a permissão de reajuste de contratos.

Medida Provisória n.º 542/94³⁰.

Correção monetária a partir de 1.º de julho de 1994

Esta Medida Provisória regula a *Correção Monetária*, no Capítulo IV, a qual incidirá sobre a obrigação pecuniária contraída, a partir de 1.º de julho de 1994, inclusive, e considerando-se apenas a variação acumulada do IPC-R³¹.

O IPC-R – Índice de Preços ao Consumidor, criado pelo art. 17 da Lei n.º 8.880/94, calculado e divulgado, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a partir da primeira emissão do *Real*, até o último dia útil de cada mês, refletirá a variação mensal do custo de vida em *Real* para uma população objeto composta por famílias com renda até 8 salários mínimos³².

³⁰ Na realidade, enquanto não aprovada a Medida Provisória, pelo Congresso Nacional, por ser lei, sob condição resolutiva, vigorando desde a data de sua edição, apenas suspende a lei ou os artigos que pretende derrogar ou revogar, e perderão eficácia, desde sua edição, se não for convertida em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação. As relações jurídicas dela decorrentes deverão ser disciplinadas pelo Congresso Nacional (art. 62 da CF) e, se não o fizer, poderá o súdito ou o prejudicado utilizar-se do mandado de injunção (cf. nossos "Medidas Provisórias", Ed. Revista dos Tribunais, 1991, e "Medidas Provisórias e o Mandado de Injunção", in "Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas", da Ed. Revista dos Tribunais, 1/79, e na *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, Ed. Jurid. Vellenich Ltda., São Paulo, 102/57). Cf., também, de Brasilino Pereira dos Santos, "As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil", Ed. LTr, de Arnaldo Wald, parecer in *Rev. Dir. Administrativo*, v. 185, 1991, pp. 349 e ss.; Giovanni Clark, "Medidas Provisórias", *Revista de Informação Legislativa*, n.º 113, jan./mar. 1992, pp. 163 e ss.; Ivo Dantas, *apud* Giovanni Clark

Saulo Ramos confirma, com razão, que, enquanto não se converter em lei, apenas paralisará os efeitos das leis a ela anteriores, não se operando, por isso, a repristinação (cf. Conferência, no II Fórum Jurídico Brasileiro de Belo Horizonte, Brasília, 1989, pub. do Min. Justiça, p. 11). Neste sentido, Arnaldo Wald (*Rev. Dir. Adm.*, 185/358, citando Michel Temer, Saulo Ramos, Caio Tácito, Manoel Gonçalves Ferreira.

³¹ Cf. art. 27 da MP n.º 542.

³² Cf. nosso "Inflação e Contratos Administrativos" cit., com ampla bibliografia acerca da indexação. O citado dispositivo será regulamentado pelo Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, não podendo a abrangência geográfica do IPC-R ser menor que a dos índices atualmente calculados pelo IBGE e o período de coleta deverá ser

A Medida Provisória n.º 542, ao acrescentar parágrafo ao citado art. 17, atribui ao Ministro da Fazenda a competência para fixar o IPC-R, com base nos indicadores disponíveis, se houver interrupção da apuração ou da divulgação pelo IBGE, dando a conhecer a metodologia utilizada, observada sempre a precedência em relação aos índices apurados por instituições oficiais de pesquisa³³.

Contratos e obrigações pecuniárias a partir de 1.º de julho de 1994

As obrigações pecuniárias e, pois, os contratos, a partir de 1.º de julho de 1994, sob pena de nulidade, somente poderão ser corrigidos pela *variação acumulada do IPC R com exceção dos*:

a) contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens, para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou de *variação no preço dos insumos utilizados*;

b) das operações e contratos de que trata o Decreto-Lei n.º 857, de 11.8.69³⁴, e o

compatível com a divulgação do prazo estabelecido no *caput* (§ 1.º).

³³ Cf. art. 54 da MP cit.

³⁴ Cf. o DL citado:

"Art. 1.º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações, que, exequíveis no Brasil, estipularem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art. 2.º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;

III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modifica-

art. 6.º da Lei n.º 8.880/94³⁵;

c) das hipóteses tratadas em lei especial.

Está proibida, sob pena de nulidade e não produzindo efeitos, a inserção de *cláusula de reajuste de valores*, cuja periodicidade seja inferior a um ano, a qual poderá ser reduzida por ato do Poder Executivo³⁶, nem a correção monetária poderá estar em desacordo com o disposto neste artigo.

Contratos celebrados ou convertidos em REAL

Os contratos celebrados ou convertidos em *Real*, com cláusula de reajuste de valores: 1) por índices de preços ou 2) por índice que reflète a variação ponderada de custos dos insumos utilizados, a *periodicidade para reajuste será anual*, podendo o Poder Executivo reduzir essa periodicidade.

O legislador, preocupado com a longevidade do período de reajuste, autoriza o Poder Executivo a diminuir esse prazo, bastando, evidentemente, que se caracterizem os motivos excepcionais.

Todavia, apesar dessa generosidade, qualquer cláusula, com periodicidade inferior, é tida como nula.

URGE, portanto, que os contratantes se precavenham fazendo incluir no contrato cláusula que preveja a suspensão do reajuste por 1

ção das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade, a registro prévio no Banco Central do Brasil.

Art. 3.º No caso de rescisão judicial ou extrajudicial de contratos a que se refere o item I do artigo 2.º deste Decreto-Lei, os pagamentos decorrentes do acerto entre as partes, ou de execução de sentença judicial, subordinam-se aos postulados da legislação de câmbio vigente".

³⁵ Cf. art. 6.º: "É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal, e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior".

³⁶ Cf. art. 28, §§ 1.º e 5.º, da MP n.º 542. No passado recente, também o legislador proibiu reajustes de contratos, com prazos inferiores a um ano. Não obstante, 90 dias após, ou menos, o Poder Executivo reduziu o petrificado prazo de um ano.

ano, por força de imposição legal, permitindo, porém, o reajuste, se assim for necessário, tão logo o Poder Executivo reduza esse prazo^{36A}.

Essa periodicidade é contada a partir:

I- da conversão para o *REAL*, se as obrigações ainda estiverem expressas em *Cruzeiros Reais*;

II- da conversão ou contratação em URV, se as obrigações foram contratadas, até 27 de maio de 1994, e estão expressas em URV;

III- da data da contratação, se as obrigações foram contraídas, após 1.º de julho de 1994; e, finalmente,

IV- do último reajuste, se se tratar de locação residencial.

Duas são as hipóteses excepcionais:

a) operações feitas no mercado financeiro e no Sistema Financeiro da Habitação;

b) operações e contratos, que se filiam ao regime legal do Decreto-Lei n.º 857/69 e ao art. 6.º da Lei n.º 8.880/84.

Há um conflito que merece profunda meditação: a criação do IPC-R, a partir de 1.º de julho, com a proibição categórica, sob pena de nulidade, de inclusão de cláusula de reajuste de valores com periodicidade inferior a um ano!

Salva essa contradição a faculdade de o Executivo poder reduzir esse prazo, se a inflação desobedece à vedação legal, como já ocorreu, amiúde, no passado.

Contratos celebrados ou convertidos em URV

Contratos comuns e administrativos

Contratos anteriores a 1.º de julho de 1994

Os contratos celebrados ou convertidos em URV, com cláusula de reajuste de valor por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, terão esses índices calculados naquela moeda (URV) até a emissão do *Real*, e, após, em *Real*, com observância do art. 38 da Lei n.º 8.880/94³⁷.

O artigo 38 de Lei n.º 8.880/94 é a chave para o cálculo dos índices de correção monetária, após o *Real*.

Esses contratos e obrigações terão seus

^{36A} Cf. art. 28 da MP n.º 542.

³⁷ Cf. § 3.º do art. 27 da MP n.º 542/94.

índices calculados, de duas formas:

I – Até a emissão do *REAL*, que ocorreu em 1.º de julho de 1994, o cálculo far-se-á em URV;

II – Após a emissão do *REAL*, o cálculo far-se-á em *Real*, observado o art. 38 da Lei n.º 8.880/94.

I – Até a emissão do *Real*

O art. 7.º da Lei n.º 8.880/94 preceitua que:

1- o valor das obrigações pecuniárias de qualquer natureza, a partir de 1.º de março de 1994, inclusive, podia ser convertido em URV, desde que houvesse prévio acordo; e 2- o não convertido em URV, deverá ser, obrigatoriamente, convertido em *Real*, a partir da data de sua emissão, mantido o equilíbrio econômico-financeiro e observada a data de aniversário³⁸ de cada obrigação. Os critérios serão os estabelecidos em lei³⁹.

Contratos Administrativos

Se os contratantes forem: Órgãos e Entidades da Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seus Fundos Especiais, Autarquias, inclusive as especiais, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e demais entidades por ela controladas direta ou indiretamente, nas licitações ou nos atos formais de dispensa ou inexigibilidade instaurados após 15 de maio de 1994, seus valores serão expressos em URV.

A Lei ordena o óbvio: a observância das disposições da Lei n.º 8.666/93 e constante dos arts. 11 (revogado pela MP n.º 512) e 12 da Lei n.º 8.880⁴⁰.

Lembra, ainda, que, nos processos de contratação, se os contratos não foram firmados⁴¹ mas os atos convocatórios já tenham sido pu-

³⁸ A Medida Provisória n.º 542/94 define o dia de aniversário como sendo o dia do vencimento; e na falta deste o dia do último reajuste; e, ainda, na ausência deste o dia do surgimento, em qualquer mês, da obrigação, do título, do contrato ou da parcela contratual (art. 22).

³⁹ A MP n.º 542/94 o fez.

⁴⁰ Cf. art. 14 da Lei n.º 8.880/94.

⁴¹ O legislador inadvertidamente fala em contratos não firmados. Deveria aludir a contratos não publicados, porque somente com a publicação adquirirão eficácia (art. 61, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93). (Cf. Marçal Justen Filho, Com. à "Lei de Licitação e Contratos Administrativos", Aide, Edit., 1.ª ed., 1993, pp. 350 a 354).

blicados ou expedidos, o vencedor poderá optar por fazê-lo, segundo descrito nos mencionados atos, se se comprometer, por escrito, a promover, em seguida, as alterações previstas no art. 15, isto é, *repactuação e conversão, podendo a Administração Pública rescindir o contrato, em caso negativo.*

Contratos vigentes em 1.º de abril de 1994

Os contratos para aquisição ou produção de bens para entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e arrendamento, serão repactuados e seus valores convertidos em URV⁴².

A repactuação desses contratos observará as seguintes regras⁴³:

a) Os contratos com reajustamento pré-fixado ou sem cláusula de reajuste terão seus preços mantidos em *Cruzeiros Reais*.

b) Nos contratos que contenham cláusula de reajuste de preços por índices pós-fixados gerais, setoriais, regionais ou específicos, em que a periodicidade do reajuste seja igual à periodicidade do pagamento, serão feitas as seguintes alterações:

1- cláusula convertendo, para URV de 1.º de abril de 1994, os valores contratuais expressos em *Cruzeiros Reais*, reajustados *pro rata* até o dia 31 de março de 1994, segundo os critérios estabelecidos no contrato, aplicando-se aos valores referentes à mão-de-obra, quando discriminados, o disposto nos artigos 18 e 19 desta Lei^{43A}.

2- cláusula estabelecendo que, a partir da conversão dos valores do contrato para URV, a variação de preços para efeito do reajuste será medida pelos índices previstos no contrato, calculados a partir de preços expressos em URV e em *Real*, considerando-se como índices aqueles ajustados para o dia 31 de março de 1994, nos termos do inciso anterior (inciso 1).

c) Nos contratos que contenham cláusula de reajuste de preços por índices pós-fixados, gerais, setoriais, regionais ou específicos, em que a periodicidade do reajuste seja diferente

⁴² Cf. art. 15 da Lei n.º 8.880/94. O legislador exige a observância dos arts. 11 (revogado), 12 (o óbvio: será nula a cláusula que contrariar esta lei), e 16 (regência por lei específica dos contratos que menciona).

⁴³ Cf. art. 15 e §§ da Lei n.º 8.880/94.

^{43A} Os arts. 18 e 19 regulam a conversão, em URV, do salário mínimo e dos salários dos trabalhadores em geral, em 1.º de março de 1994.

da periodicidade de pagamento, serão feitas as seguintes alterações:

I – cláusula convertendo para URV, a vigorar, a partir de 1.º de abril de 1994, os valores das parcelas expressos em *Cruzeiros Reais*, pelo seu valor médio, calculado com base nos preços unitários, nos termos das alíneas seguintes, aplicando-se aos valores referentes à mão-de-obra, quando discriminados, o disposto nos artigos 18 e 19 da Lei n.º 8.880/94:

a) dividindo-se os preços unitários, em *Cruzeiros Reais*, vigentes em cada um dos meses imediatamente anteriores, correspondentes ao período de reajuste, pelos valores em *Cruzeiros Reais* da URV dos dias dos respectivos pagamentos ou, quando estes não tenham ocorrido, dos dias das respectivas exigibilidades;

b) calculando-se a média aritmética dos valores em URV obtidos de acordo com a alínea a;

c) multiplicando-se os preços unitários médios, em URV, assim obtidos, pelos respectivos quantitativos, para obter o valor da parcela;

II – cláusula estabelecendo que, a partir da conversão dos valores do contrato para URV, a variação de preços para efeito do reajuste será medida pelos índices previstos no contrato, calculados a partir de preços expressos em URV e em *Real*;

III – cláusula estabelecendo que, se o contrato estiver em vigor por um número de meses inferior ao da periodicidade do reajuste, o mesmo será mantido em *Cruzeiros Reais* até completar o primeiro período do reajuste, sendo então convertido em URV, segundo o disposto neste artigo, devendo, caso o período do reajuste não se complete até a data da primeira emissão do *Real*, ser o contrato convertido em *Reais* nos termos do parágrafo único do artigo 7.º e do artigo 38 desta Lei^{43B};

d) nos contratos que contiverem cláusula de atualização financeira ou monetária, seja por atraso ou por prazo concedido para pagamento, será suspensa por um ano a aplicação desta cláusula, quando da conversão para URV, mantendo-se a cláusula penal ou de juro de mora real, caso a mesma conste do contrato original, observado o disposto

^{43B} O art. 7.º possibilita, se houver acordo prévio, a conversão do valor das obrigações pecuniárias, a partir de 1.º de março de 1994, em URV. O art. 38 trata do cálculo dos índices de correção monetária no mês em que se verificar a missão do *Real*.

no § 1.º do artigo 11^{43c}.

e) na conversão para URV dos contratos que não contiverem cláusula de atualização monetária entre a data final do período de adimplemento da obrigação e a data da exigibilidade do pagamento, adicionalmente ao previsto no § 2.º deste artigo, *será expurgada a expectativa de inflação considerada explícita ou implicitamente no contrato relativamente a este prazo, devendo, quando o contrato não mencionar explicitamente a expectativa inflacionária, ser adotada para o expurgo a variação do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna – IGP/DI, da Fundação Getúlio Vargas – FGV, no mês de apresentação da proposta ou do orçamento a que este se referir, aplicado *pro rata* relativamente ao prazo previsto para o pagamento;*

f) nos casos em que houver cláusula de atualização monetária decorrente de atraso de pagamento corrigido também o período decorrido entre a data do adimplemento da obrigação e da exigibilidade do pagamento, aplica-se a este período o expurgo referido na hipótese anterior, segundo os critérios nele estabelecidos⁴⁴.

Por outro lado, se o contratado não tiver concordado com a repactuação, a Administração Pública poderá rescindir ou modificar unilateralmente o contrato, nos termos dos arts. 58, I (cláusula extravagante: atribui à Administração Pública a prerrogativa de alterar ou rescindir o contrato *unilateralmente*), e § 2.º, 78, XII, e 79, I, e § 2.º, da Lei n.º 8.666/93⁴⁵.

A Lei n.º 8.666/93 admite a rescisão unilateral, nos casos que ela aponta e exige que se respeite o *due process of law*, isto é, o contraditório e a ampla defesa, com fundamento na Constituição e na legislação própria.

Também, a alteração unilateral é facultada à Administração, respeitados os direitos do contratado.

A lei comanda, ainda, que essas alterações

^{43c} Revogado pelo art. 57 da MP n.º 542/94. Vide Remissão 30.

⁴⁴ O Decreto n.º 1.110, de 13.4.90, publicado ainda, sob a vigência da MP n.º 457/94, dispõe sobre a conversão para a URV dos contratos para a aquisição de bens de entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e arrendamento vigentes em 1.3.94, altera os arts. 2.º, § 2.º, 3.º, VI, e 5.º e parágrafo único, do Decreto n.º 1.054, de 7.2.94, revoga o art. 10 desse Decreto, que, por sua vez, revogou o Decreto n.º 94.684, de 24.7.87, que dispunha sobre reajustes de contratos.

⁴⁵ Cf. § 7.º do art. 15 da Lei n.º 8.880/94.

se façam por termo aditivo e manda retroagir os efeitos financeiros a 1.º de abril de 1994, inclusive as parcelas não quitadas até àquela data relativas a março de 1994 e meses anteriores se, neste último caso, os contratos originais previrem cláusula de atualização monetária⁴⁶.

II – Após a emissão do Real

Após a emissão do Real, o § 3.º do art. 27 da MP n.º 542 obriga a sujeição ao art. 38 da Lei n.º 8.880, desde que esteja inserta cláusula de reajuste de valor por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

O cálculo far-se-á, tendo em vista o mês em que se verificou a emissão do Real (esta ocorreu em 1.º de julho de 1994), e o mês subsequente, alicerçado nos preços em Real, o equivalente em URV dos preços em *Cruzeiros Reais* e os preços nominados convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios da lei.

Conversão das obrigações pecuniárias e dos contratos para o Real

Contratos comuns e administrativos

As diretrizes básicas, para a conversão dos contratos, comuns e administrativos⁴⁷, para o Real, fundam-se na Medida provisória n.º 542/94, de sorte que todas as obrigações pecuniárias expressas em *Cruzeiros Reais*, não convertidas em URV até 30 de junho de 1994, inclusive, em 1.º de julho seguinte o foram compulsoriamente, abrangendo aquelas que não o foram, por determinação da Lei n.º 8.880/94⁴⁸.

Também aqui várias situações se apresentaram e mereceram do legislador disciplina diferente, não tão singela, fugindo do deleite e conforto que nos legou o legislador do Código Civil, na precisão e descrição legal, transformando-o em verdadeira peça literária lida com redobrado prazer!⁴⁹

⁴⁶ Cf. § 8.º do art. 15 cit. Sobre retroação dos efeitos financeiros, consulte-se nosso Parecer, publicado no “Boletim de Direito Administrativo” da Edit. NDJ Ltda., v. 7, julho de 1988. Defendemos a ilegalidade da retroação financeira.

⁴⁷ Cf. art. 23 da MP n.º 542/94. O art. 23 manda aplicar aos contratos regidos pelo art. 15 da Lei n.º 8.880/94 – contratos com a Administração Pública – as disposições desta MP, no que concerne a conversão para o Real.

⁴⁸ Cf. art. 14.

⁴⁹ Walter Coneviva adverte, com fina sensibilidade, que “a lei nem é verdadeira nem falsa, mas dá a direção. Sendo manifestação diretiva, há de ser compreensível pela maioria, aplicável com rapidez”, e,

Correção pré-fixada ou sem correção

a) As obrigações pecuniárias em *Cruzeiros Reais*, com cláusula de correção monetária pré-fixada ou sem cláusula de correção monetária deviam ser convertidas em *Real*, no dia 1.º de julho de 1994, de conformidade com a paridade entre o *Cruzeiro Real* e o *Real* fixada para aquela data.⁵⁰

Correção fundada em índice de preços periodicidade igual ou menor

b) As obrigações pecuniárias em *Cruzeiros Reais*, com cláusula de correção monetária escudada em índices de preços, com periodicidade de reajuste pleno igual ou menor que a periodicidade de pagamento, convertem-se em *Real*, no dia 1.º de julho de 1994, segundo a paridade fixada para aquele dia, reajustando-se, ainda, *pro rata tempore* (proporcionalmente), os valores do contrato expressos em *Cruzeiros Reais* desde o último aniversário⁵¹ até 30 de junho de 1994, inclusive, respeitando-se o índice contratual⁵².

A partir de 1.º de julho de 1994, o cálculo da correção monetária deverá calcar-se em índice de preços calculado, de conformidade com o art. 38 da Lei n.º 8.880/94 o que também valerá para hipóteses seguintes⁵³.

Correção fundada em índice de preços - periodicidade maior

c) As obrigações pecuniárias em *Cruzeiros Reais*, com cláusula de correção monetária, calculado em índices de preços, com periodicidade de reajuste pleno maior que a periodicidade de pagamento, convertem-se em *Real*, no dia 1.º de julho de 1994, seguindo complexas e esotéricas normas:

a) dividindo-se o valor em *Cruzeiros Reais* a obrigação vigente no dia do aniversário em cada um dos meses imediatamente anteriores, em número igual ao do último período de reajuste pleno, pelo valor em *Cruzeiros Reais* do

equivalente em URV nesses mesmos dias;

b) extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes da hipótese anterior;

c) reconvertendo-se, em *Cruzeiros Reais*, o valor encontrado pela URV do dia do aniversário em junho de 1994;

d) aplicando-se, *pro rata tempore*, sobre o valor em *Cruzeiros Reais* de que trata a hipótese anterior o índice contratual ou legal até 30 de junho de 1994; e

e) convertendo-se em *Real* o valor corrigido na forma da hipótese anterior pela paridade fixada para aquela data⁵⁴.

Contratos com quantidades variáveis

Entretanto, em se tratando de contratos para aquisição ou produção de bens para entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e arrendamento, em que as quantidades de bens e serviços variarem a cada mês, o cálculo da média referida para as hipóteses antecedentes, far-se-á com base nos preços unitários⁵⁵.

Obrigações Número de meses menor

Em se tratando de obrigações, com o transcurso do número de meses menor que a da periodicidade de reajuste pleno, a conversão far-se-á, de acordo com o *caput* do art. 21 desta MP, considerando-se somente os valores correspondentes aos meses a partir do contrato⁵⁶, isto é:

As obrigações pecuniárias em *Cruzeiros Reais*, com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços, em que a periodicidade

⁵⁴ Cf. art. 24 da MP n.º 542/94. O cálculo a que se refere o *caput* desse artigo terá como fundamento o preço em *Real*, o equivalente em URV dos preços em *Cruzeiros Reais* e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses anteriores (§ 1.º do art. 24 da MP n.º 542/94).

Ainda se aplicarão *pro rata tempore*, da data da conversão até a data do aniversário, os índices da correção a que estiverem sujeitos, calculados, segundo o art. 38 da Lei n.º 8.880/93, obedecendo as disposições legais, regulamentares e contratuais. A conversão dos preços em *Cruzeiros Reais* para URV far-se-á pelos índices do dia de sua coleta.

Sobre "dia do aniversário", vide Remissão 38.

⁵⁵ Cf. art. 21, § 1.º, da MP n.º 542/94.

⁵⁶ Cf. § 2.º do citado artigo. Deixa-se de comentar o dispositivo referente a locação residencial, em virtude das aceras controvérsias no seio do próprio Governo, o que faremos, a parte: cf. *caput* do art. 21 da MP n.º 542/94.

com Alf Ross, conclui que "a clareza e a integração numa estrutura estável, são essenciais" (cf. aut. cit., "Letras Jurídicas", in *Folha de São Paulo*, de 10.7.94, 4.2). Lamentavelmente, nem todos observam esses preciosos ensinamentos!

⁵⁰ O valor nessa data era de CRS 2.750,00 fixado. Cf. art. 19 da MP n.º 542/94.

⁵¹ O conceito de aniversário está descrito no art. 22 da MP n.º 542. Vide Remissão 38.

⁵² Cf. art. 20 da MP n.º 542/94.

⁵³ Cf. art. 24 da MP n.º 542/94.

dade de reajuste pleno é maior que a periodicidade de pagamento, serão convertidas em *Real*, no dia 1.º de julho de 1994, da seguinte forma:

a) dividindo-se o valor em *Cruzeiros Reais* da obrigação vigente no dia do aniversário de cada um dos meses imediatamente anteriores, em número igual aos do último período de reajuste pleno, pelo valor em *Cruzeiros Reais* do equivalente em URV nesses mesmos dias;

b) extraíndo-se a média aritmética dos valores resultantes da hipótese anterior;

c) reconvertendo-se, em *Cruzeiros Reais*, o valor encontrado pela URV do dia do aniversário (cf. Remissão 38) em junho de 1994;

d) aplicando-se, *pro rata tempore*, sobre o valor em *Cruzeiros Reais* de que trata a hipótese anterior o índice contratual ou legal até 30 de junho de 1994; e

e) convertendo-se em *Real* o valor corrigido na forma da hipótese anterior pela paridade fixada para aquela data.

Contratos com cláusulas de atualização pelo atraso

O legislador ainda aqui se esmerou em complicar o que poderia ser de meridiana simplicidade e clareza.

Dedução pela inflação

Nos contratos, que não contiverem cláusula de atualização monetária entre a data final do período de adimplemento da obrigação e a data da exigibilidade do pagamento, o legislador presumiu, absurdamente, a inclusão, no preço, de valor relativo a expectativa inflacionária, de forma que, na conversão para o *Real*, será deduzida essa expectativa inflacionária. Se o contrato não o mencionar explicitamente, deve-se adotar para aquela dedução a variação do IGP-DI – Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna, da FGV, no mês de junho de 1994, aplicado *pro tempore* em relação ao prazo previsto para o pagamento⁵⁷. No caso de estar inserida cláusula de correção monetária, pelo atraso de pagamento, aplica-se a mesma dedução, utilizada para a hipótese antecedente, de conformidade com os mesmos critérios.

Vale dizer, regulam-se do mesmo modo situações diferentes.

Reajuste e revisão de contratos

O reajuste de contratos e a revisão são institutos distintos, tratados diferentemente pelo

sistema legal.

A previsão do reajustamento de contrato, com a delimitação dos indexadores, como cláusula necessária, e antecedida pela obrigatória indicação no edital⁵⁸ é uma faculdade dos contratantes e deve expressamente estar contida na cláusula que disciplina o preço, as condições de pagamento e os critérios de reajustamento, a data-base e a periodicidade, em consonância com as proposições, de natureza pública, introduzidas pela Lei n.º 8.880/94, c/c da MP n.º 542/94.

A Revisão do Contrato, ou seja, a alteração das condições de sua execução, pode ocorrer seja por interesse da Administração, seja pela superveniência de fatos novos, que tornem inequívoco o acordo inicial. São fatos imprevisíveis e inelutáveis⁵⁹.

A doutrina consente na revisão, para adequar o contrato a nova realidade e a recomposição dos preços e não se mescla com o reajuste de preços.

O Decreto-Lei n.º 2.300/86 abriu caminho, para permitir a revisão administrativa, e o legislador de 1993, não só admitiu a revisão administrativa, como faculdade das partes, senão *impôs* a Administração o dever de restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial, se houver alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado⁶⁰. Também *implicar* a revisão dos contratos, para mais ou para menos, se, após a apresentação da proposta, ocorrem a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, que *comprovadamente* repercutam nos preços⁶¹.

⁵⁷ Cf. arts. 55, III, c/c o art. 40 da Lei n.º 8.666/93, alterada pela Lei n.º 8.883/94.

⁵⁸ Consultem-se: nosso "Reajustamento e Revisão de Preços", in *Revista dos Tribunais*, 630/47-51, com Notas doutrinárias e jurisprudenciais; "Teoria da Imprevisão", de Arnoldo Wald, *Revista Jurídica*, FND-UB, 1959, V. XVII/155; "Teoria da Imprevisão", Paroer, *Revista Forense* 103/451; Ives Gandra da Silva Martins, "O princípio da patrimonialidade, o realinhamento de preços e a teoria da imprevisão", *Sup. Trib. - LTR* 60/345-87; Márcio Klang, "A Teoria da Imprevisão e a Revisão dos Contratos", Ed. *Revista dos Tribunais*, 2.ª ed., 1981 (com farta citação doutrinária e jurisprudencial).

⁶⁰ Cf. art. 65, § 6.º, da Lei n.º 8.666/93.

⁶¹ Cf. art. 65, § 5.º, da Lei n.º 8.666 cit.

Outras situações foram providentemente inscritas pelo legislador.

No caso de prorrogação de contratos, por força das circunstâncias descritas no § 1.º do art. 57 da citada Lei, há de se restaurar o equilíbrio econômico-financeiro, se for o caso⁶².

A Lei n.º 8.883, de 8.6.94, restaurou e, com razão e coerência, a alínea *d* do inciso II do art. 65 da Lei n.º 8.666, vetada pelo Presidente da República.

Essa disposição é a regra geral que disciplina a revisão dos contratos, calçada na doutrina dominante e em copiosa jurisprudência, visando restabelecer a relação que as partes ajustaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do contrato, evitando-se o enriquecimento ilícito de uma das partes.

A finalidade precípua é manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato na hipótese de:

- 1- ocorrerem fatos imprevisíveis;
- 2- fatos previsíveis, de conseqüências incalculáveis, que retardem ou impeçam a execução do objeto;
- 3- caso de força maior;
- 4- caso fortuito; ou
- 5- fato do príncipe, configurando álea econômica extracontratual.

Em conseqüência, esses fatos deverão ser comprovados devidamente; são posteriores a vigência do contrato e não podem ser ignorados pela Administração. A Lei n.º 8.880/94, sabidamente, expressou a intenção do legislador de preservar o equilíbrio econômico-financeiro, nos contratos⁶³.

A Medida Provisória n.º 542 também não se omitiu e, em vários dispositivos, preocupou-se em incorporar, expressamente, medidas efetivas para manter o equilíbrio econômico-financeiro⁶⁴.

Destarte, o reajuste de preços pode, segundo a melhor doutrina, ficar suspenso, por determinação legal, como vem ocorrendo, desde os anteriores Planos Econômicos, devendo o inciso III do art. 55 da Lei n.º 8.666 acomodar-se à

lei nova, de natureza econômica e que incide, imediatamente.

No entanto, a revisão dos contratos não está acorrentada a essa proibição, porque as normas que regulam a revisão dos contratos, visando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, não foram derogadas e, portanto, convivem com a legislação de natureza econômica, porque assim o quer, expressamente, a lei⁶⁵ e porque esta também ofertou seu consentimento, com a categórica manifestação da Medida Provisória n.º 542, sob comentário.

Ademais, seria inconcebível que, ante fatos e hipóteses posteriores imprevisíveis ou previsíveis de conseqüências incalculáveis, não se permitisse a revisão contratual, para a restauração do equilíbrio econômico-financeiro, colidindo com os postulados maiores.

Conclusão

1 – O Plano Real é precedido da nova moeda *Cruzeiro Real*, denominação dada ao *Cruzeiro*, por força da Medida Provisória n.º 336, de 28.7.93, transformada na Lei n.º 8.697, de 27.8.93.

2 – Com a Medida Provisória n.º 434, de 27.2.94, sucedida pelas MPs 457, de 29.3.94, e 482, de 28.4.94; esta última transformada no PLC 11/94, que se converteu na Lei n.º 8.880, de 27.5.94, inicia-se uma nova fase da economia brasileira, com a instituição do *Plano Real* ou *Programa de Estabilização Econômica*, instituindo a *Unidade Real de Valor* – URV, que convive com o *Cruzeiro Real*, até o surgimento do *Real*, em 1.º de julho de 1994, sucedendo os fracassados planos e projetos econômicos anteriores.

3 – A URV foi dotada de curso legal, para servir tão-somente de padrão de valor monetário, integrando o Sistema Monetário Nacional, juntamente com o *Cruzeiro Real*; este utilizado como meio de pagamento com poder liberatório até a emissão do *Real*.

4 – Até a emissão do *Real*, o Banco Central do Brasil fixou a paridade diária entre o *Cruzeiro Real* e a URV, com base na perda do poder aquisitivo do *Cruzeiro Real*, calculada, segundo três índices: IPC (FIPE), IPCA-E (IBGE) e IGP-M (FGV).

5 – O Plano pretende preservar o princípio da livre negociação, da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e do respeito ao ato

⁶² Cf. art. 57, § 1.º. Outras hipóteses: arts. 58, § 1.º, 65, II, *c*.

⁶³ Cf. arts. 7.º, parágrafo único; 15 (*caput*, *repack*, *repação*); § 7.º (*faculta não repactuar*), etc.

⁶⁴ Examinem-se, por exemplo, o § 4.º do art. 21; art. 26.

⁶⁵ Cf., por ex., o art. 14 da Lei n.º 8.880/94.

jurídico perfeito.

6 – O sistema inquina de nula, não produzindo qualquer efeito, a cláusula de revisão ou de reajuste inferior a um ano.

7 – O Poder Executivo está autorizado a diminuir o prazo de um ano.

8 – Mas não está vedada a revisão de contrato, para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro, objetivando evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes.

9 – A partir de 1.º de julho de 1994, as obrigações pecuniárias e os contratos, sob pena de nulidade, somente poderão ser corrigidas pela variação acumulada do IPC-R – Índice de Preços ao Consumidor, excetuados os casos que indica.

10 – O reajuste e a revisão de contratos são institutos distintos, tratados diferentemente pelo sistema legal.

11 – O respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido induz o respeito aos contratos em vigor e aos critérios de reajustamento, conquanto suspensos por um ano ou menos, se o Poder Executivo reduzir esse prazo.

Em síntese

I – A Prerrogativa de editar Medida Provisória, como exceção ao princípio, sempre acoberta da divisão de poderes, deve compatibilizar-se com o sistema legal e doutrinário, numa harmônica orquestração.

II – A Medida Provisória, dada sua eficácia imediata, não revoga a lei anterior, mas suspende-lhe a vigência e eficácia. Se rejeitada ou extinta, pela inércia do Congresso, após o decurso do prazo, a lei anterior tem restaurada imediatamente a vigência e a eficácia, eis por que não há de falar em repristinação.

III – Se o Congresso Nacional não disciplinar os efeitos decorrentes da Medida Provisória não aprovada, *in tempore*, poderá o súdito ou o prejudicado, utilizar-se do mandado de injunção.

IV – A Medida Provisória permite uma verdadeira simbiose entre o Poder Executivo e o Legislativo, podendo ou devendo este, ao transformá-la em projeto de lei de conversão, purificar o texto, para torná-lo, efetivamente, claro e preciso.

“A Medida Provisória n.º 566, de 29.7.94, publicada no DOU do dia seguinte, convolou os atos praticados, com base na Medida Provisória n.º 542,

de 30.6.94, que não foi apreciada pelo Congresso Nacional, *opportuno tempore* (vide Remissão 26).

Basicamente, a nova Medida Provisória repete a anterior, produzindo apenas pequenas alterações, que lhe não afetam a substância.

O § 3.º do art. 21, teve a redação alterada, visando aprimorar-lhe a compreensão, no que diz respeito aos contratos de locação residencial. A nova redação substituiu a expressão “superior a 6 meses”, por “com periodicidade de aplicação superior a 6 meses”.

O art. 22 redefine o dia do aniversário, para os contratos que tenham por objeto a aquisição ou produção de bens para entrega futura, a execução de obras, ou a prestação de serviços, que tenham cláusulas de reajuste de preços por índices de preços setoriais, regionais ou específicos ou ainda, que reflita (*sic*) a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Para estes contratos, o dia do aniversário corresponde ao último dia de validade dos preços contratuais em cada período de reajuste.

Na hipótese de obrigações pecuniárias em *Cruzeiros Reais* com cláusula de correção monetária por índice de preço, remanesce a definição da Medida Provisória precedente (cf. Remissão 38).

Entretanto, observe-se que, nesta data, 30 de julho de 1994, todas as obrigações pecuniárias em *Cruzeiros Reais* com cláusulas de correção monetária por índice de preços (arts. 20 e 21) as obrigações pecuniárias em *Cruzeiros Reais*, sem cláusulas de correção monetária ou com cláusula de correção monetária pré-fixada (art. 19), já foram convertidas em *Real*, em 1.º de julho de 1994, e também o foram, obrigatoriamente, as obrigações pecuniárias expressas em *Cruzeiros Reais* que não tenham sido convertidas em URV até 30 de junho de 1994, inclusive (art. 14). Não é só. Ainda as obrigações que tenham sido mantidas em *Cruzeiros Reais*, por imperativo da Lei n.º 8.880/94 e as expressas, nos arts. 15 e 16 desta Medida Provisória e da anterior. Igualmente foram convertidas em *Real*.

Certamente, a redação primitiva constitui-se na regra geral e assim deveria permanecer, ao invés da alínea *a* do novo texto, enquanto que a alínea *b* do atual art. 22 enquadra-se como exceção.

O § 4.º do art. 23 foi omitido, no novo texto, talvez por que o legislador se deu conta do equívoco em que ocorrera.

O § 3.º do art. 27 (Capítulo IV, da correção monetária) teve a expressão *Reajuste de Valor* substituída por *Correção Monetária*, mantendo maior coerência com o próprio título do citado Capítulo IV, e acrescentou-se o § 4.º, com a seguinte redação: “A correção monetária dos contratos convertidos na forma do art. 21 desta Medida Provisória será apurada somente a partir do primeiro aniversário da obrigação posterior à sua conversão em *Reais*.”

Na verdade, essa regra é despicinda, em face da

determinação de que é nula de pleno direito cláusula de reajuste com periodicidade inferior a um ano.

O legislador da Medida Provisória perdeu a grande oportunidade de tornar o texto legislativo mais preciso, claro e simples, inclusive com relação à periodicidade dos contratos ou das obrigações contrai-das a partir de 1.º de julho de 1994.

É óbvio que a proibição de reajuste ou de correção monetária dos contratos, por período inferior a

um ano, abrange, também, esses contratos, em função do sistema e do contexto em que estão inseridos.

Todavia, aqui a lei deveria ser explícita e não o foi.

Ironicamente, a imprensa noticia que a inflação de julho em reais, medida, pelo Índice Geral de Preços - 2 (IGP2 REAL) - IBGE alcançou 4,33%, havendo assim uma grande elevação em relação ao mês anterior (1,31%). Fonte - *Correio Braziliense*, Economia, p.14, 30.7.94.

Duração dos contratos administrativos, segundo a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993

JORGE ULISSÉS JACOBY FERNANDES

SUMÁRIO

1. A regra geral – limites subjetivos. 2. A regra geral – vigência do respectivo crédito. 3. Projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no plano plurianual. 4. Prestação de serviços a serem executados de forma contínua. 5. Aluguel de equipamentos e a utilização de programa de informática. 6. Sobre as decisões conhecidas e divulgadas. 7. Conclusão.

A nova Lei de Licitações e Contratos alterou profundamente o tema da duração dos contratos administrativos, dinamizando a periodicidade da realização das licitações.

Além de estabelecer a regular frequência do certame seletivo, dispôs sua parte repressiva, constituir crime a prorrogação dos contratos fora das restritas hipóteses que elencou no art. 57 do normativo em epígrafe.

Adiante serão expendidas breves considerações sobre o assunto, notadamente sobre os limites subjetivos e objetivos da norma e sobre os casos de prorrogação elencados nos incisos do precitado dispositivo, deixando-se de lado as hipóteses de prorrogação referidas no § 1.º do mesmo que tratam de fatos supervenientes e externos ao ajuste, justificadores, para o legislador, da ampliação do prazo de vigência dos contratos.

1. A regra geral – limites subjetivos

No *caput* do art. 57 da Lei n.º 8.666, de 21 de dezembro de 1993, foi estabelecida a regra geral a reger os contratos administrativos, vinculando o prazo de duração à vigência dos respectivos “créditos orçamentários”.

A regra é corolário do princípio, de caráter didático, insculpido nos arts. 7.º, § 2.º, II e III e

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal. Professor de Direito Administrativo da UDF. Instrutor do Curso de Análise e Licitações e Contratos do Instituto Serzedello Correa, vinculado ao Tribunal de Contas da União.

14, segundo os quais, pela nova lei, a administração deve, antes de iniciar o processo licitatório, saber com objetividade o que vai contratar, quanto aproximadamente custará e se a lei orçamentária — que traduz em quantitativos numéricos as prioridades na aplicação de recursos definidos pelo povo através dos seus legítimos representantes — autoriza a realização de despesa.

A inicial questão que vem ocupando a inteligência dos juristas pátrios diz respeito às pessoas jurídicas que estariam submetidas ao império desse dispositivo, considerando, especialmente, que a expressão “vigência dos créditos orçamentários” estaria ligada às pessoas jurídicas de direito público interno. Os que se alinham à impossibilidade de a norma do *caput* abranger as empresas públicas e as sociedades de economia mista aduzem que aquela expressão — crédito orçamentário — não se ajusta a tais entidades e ainda avocam a incompatibilidade da mesma ao prescrito nos arts. 165, § 5.º, II e 173, § 1.º da Constituição Federal.

Essas considerações merecem atenta reflexão.

Preliminarmente releva obtemperar que só a ausência de adequada compreensão dos princípios do Direito Financeiro poderia tornar estranha a noção de vigência de crédito orçamentário à órbita das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Efetivamente, mesmo antes da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1974, o Estado brasileiro vem se ocupando em conhecer e controlar o fluxo de receitas e despesas desses entes aos quais assegurou autonomia administrativa e financeira. Tanto assim o é que o, v. g. no art. 99 do precitado diploma, foi estabelecido que “os serviços públicos industriais, ainda que não organizados como empresa pública ou autárquica” — ou seja, mesmo que assumam outras formas em direito admitidas —, “manterão contabilidade especial para determinação dos custos, ingressos e resultados, sem prejuízo da escrituração patrimonial e financeira comum”. Também para assegurar o controle e a obrigatoriedade da existência de orçamento, o art. 107 da mesma lei exigiu que os orçamentos das entidades autárquicas ou parastatais fossem aprovados por decreto do Poder Executivo, vinculando-se, conforme o caso, na forma do art. 108, ao orçamento da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constituindo complemento do orçamento dessas entidades, sujeitos também a publicação, pela força vinculativa do art. 109.

Portanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista — ainda quando explorem atividade econômica industrial — submetem-se ao regime da Lei n.º 4.320, assegurado o atendimento das respectivas peculiaridades, por ressalva expressa no art. 110. Entre as “peculiaridades” está, sem laivo de dúvida, a possibilidade de alterar o orçamento sem exigência do processo legislativo, que, acatadas as exceções do art. 44 da Lei n.º 4.320, normalmente se impõem como forma essencial à alteração da Lei ânuva.

Corroborando esse entendimento o que dispõe o art. 62, § 3.º, o qual, ao tratar dos contratos administrativos regidos por normas gerais de direito privado, não ressaltou a aplicação do art. 57. De conseguinte, mesmo a esses, reconhecidos pelo legislador como *tertium genus* aplicam-se integralmente as disposições referentes à duração dos contratos inseridos no referido artigo.

2. *A regra geral — vigência do respectivo crédito*

Ensina Marçal Justen Filho, em escólio ao art. 57, que se deve distinguir os contratos de execução instantânea dos contratos de execução continuada. * Para as primeiras a obrigação pactuada efetiva-se com um só ato, enquanto a execução dos segundos se protraí no tempo em prestações periódicas.

Para ambos, vigora a exigência da previsão para realização da despesa, no caso, existência de crédito orçamentário, que nada mais é do que o elemento discriminado na lei orçamentária anual para a realização da despesa. Abrange ainda os créditos adicionais — suplementares, especiais e extraordinários —, que são autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento. Como referido, tendo as empresas públicas e sociedades de economia mista peculiaridades em relação às normas gerais de direito financeiro, a noção de lei orçamentária deve ter o elástico necessário para alcançar o “complemento” a que se refere o art. 109 da Lei n.º 4.320. Para essas entidades também a expressão “créditos adicionais” assume conotação peculiar, pela dispensabilidade de processo legislativo.

Para que seja iniciado o processo licitatório e também para o ajuste de contrato válido é imprescindível a existência de crédito orçamen-

* *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*, Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 332.

tário. Aos contratos de execução instantânea, ou prestação única, o requisito precitado é de fácil equacionamento. Dúvidas poderiam ser suscitadas se o contrato é firmado em mês de um ano e a "prestação" — (termo?) que aqui se emprega com o sentido de adimplemento — ocorre no exercício seguinte. A rigor tal hipótese não está autorizada pela lei, vez que a expressão "duração do contrato" tem como termo inicial a data do ajuste e, final, a data do adimplemento da obrigação reconhecida pela administração. Logo, não poderia haver contratação em um ano com a previsão para entrega no ano seguinte, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos do art. 57, em comento. Há, porém, outra possibilidade, que ocorre com alguma frequência e diz respeito à execução intempestiva do contrato de prestação única que, ajustado em um ano, vem a ser realizado em outro exercício financeiro, por fatores inicialmente não aventados, mas permitidos nos incisos do § 1.º do mesmo art. 57.

Nessa hipótese, deve-se ter em linha de consideração que pertencem ao exercício financeiro as despesas nele empenhadas, as quais, se não liquidadas e pagas no mesmo exercício, são inscritas em "restos a pagar" e poderão ser pagas à conta de dotação específica, consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida a ordem cronológica de exigibilidade, conforme se extrai do disposto nos arts. 35 a 37 da Lei n.º 4.320/64, sendo esse último entendido com a derrogação do art. 5.º da Lei n.º 8.666.

Vem a propósito referir, agora, a questão do contrato de execução continuada, também denominado, por De Plácido e Silva, como "contrato sucessivo".

A regra geral, como exposto, é que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, os quais, ordinariamente, vigem por doze meses e se expiram ao término do exercício, em 31 de dezembro. A lei, no *caput* do art. 57, abrangeu, na regra geral, inclusive os contratos sucessivos que tenham duração igual ou inferior a doze meses, no mesmo exercício financeiro, pois é regra do direito financeiro que o orçamento autoriza a realização da despesa por um ano, regra geral que abrange inclusive os créditos adicionais, conforme exsurge do art. 45 da Lei n.º 4.320.

Reconheceu, porém, o legislador a legitimidade para o contrato ser prorrogado, em algumas restritas hipóteses, que elencou.

É por isso que após a vigência da Lei n.º

8 666, ressalvadas as exceções nela previstas, v.g., pode-se afirmar que os contratos administrativos regulados por esse diploma vigem até o último dia do exercício financeiro, ou seja, até 31 de dezembro.

3. *Projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no plano plurianual*

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, aponta o plano plurianual como instrumento do orçamento da União, repetindo a Carta Política de 1967, para em seguida indicar que seu escopo é estabelecer a expressão financeira dos programas setoriais e regionais para aplicação das despesas de capital e para as relativas aos programas de duração continuada.

Essa expressão — duração continuada — está em plena consonância com a idéia de "contrato sucessivo", anteriormente referida.

Para os contratos cujos produtos estejam elencados no plano plurianual, poderá haver prorrogação do ajuste seja para atender aos programas de duração continuada, seja para realizar obras, compras ou serviços relativos às despesas de capital, previstas naquele diploma legal.

Insuficiente, porém, que o produto final objeto do contrato esteja previsto no plano plurianual. Deve, igualmente, ocorrer satisfação simultânea de outros requisitos para que se prorogue o ajuste:

1.º) *haver dotação orçamentária* — não se deve dissociar a regra do inciso I, da insculpida no respectivo *caput*. Embora a lei orçamentária anual esteja compelida a sufragar as metas do plano plurianual é possível que, no caso concreto, embora infrequentes vezes, o objeto do contrato não esteja previsto ou tenha sido insuficientemente dotado. A ausência de planejamento eficaz ou sua inexecução são características que se fazem presentes em países em fase de desenvolvimento. Inexistindo previsão de crédito orçamentário na lei anual, ainda que consagrado o objeto no plano plurianual, não pode haver prorrogação;

2.º) *previsão no ato convocatório* — a possibilidade de prorrogação do contrato deve estar expressamente prevista no ato convocatório por constituir elemento decisivo ao recrutamento dos licitantes interessados em participar do certame. A prorrogação em qualquer caso dos incisos, mesmos naqueles outros em que não há expressa referência à previsão no ato convocatório, só pode ocorrer se tiver sido pre-

vista. É que, como dito, constitui elemento essencial ao recrutamento, garantidor do princípio da isonomia entre licitantes, muito embora a prorrogação não seja original em direito do contrato;

3.º) *interesse da administração* — de igual modo os contratos administrativos só são ajustados e continuados enquanto interessarem a administração, como é próprio da sua natureza, em face da potencial incidência das cláusulas exorbitantes. Não se trata de poder descritivo amplo, mas que se exerce, apenas, para a satisfação do interesse público. Conseqüência direta desse requisito essencial à prorrogação, aliás a qualquer prorrogação, é que ainda quando o produto esteja previsto no plano plurianual e mesmo que tenha havido previsão editálica a possibilidade de prorrogação sujeita-se ao interesse público.

É possível que, nesses termos, o contrato vigore por muitos anos, inclusive além do prazo de vigência de uma Lei do Plano Plurianual, bastando que as leis dessa natureza seguintes continuem prevendo programas com o objeto do contrato, satisfeitos, ainda, os demais requisitos em tela.

De qualquer modo, porém, sempre o ajuste vigorará por doze meses, expirando-se em 31 de dezembro, se não for prorrogado anualmente.

4. *Prestação de serviços a serem executados de forma contínua*

A redação do inciso II tem permitido a consagração de mais de uma exegese, plenamente razoável, bem como suscitação de dúvidas bastante variadas.

Atenta reflexão sobre o assunto e a aplicação de diferentes processos interpretativos podem abranger teses aparentemente antagônicas.

Para a elucidação do tema deve-se fixar alguns conceitos-premissa, quais sejam:

— a partir da Lei n.º 8.666 os contratos administrativos, regidos por ela, têm duração limitada a doze meses, segundo se extrai da regra geral insculpida no *caput*;

— os contratos de trato sucessivo ou duração continuada admitem prorrogação quando satisfeitos os requisitos da lei.

De toda pertinência, agora, é analisar a exceção que o inciso II consagra:

1.º) *natureza do serviço* — sobre esse aspecto a lei foi categórica dispondo que sua aplicação abrange tão-só os “serviços a serem executados de forma contínua”. Admite-se a no-

ção de permanência, mas também a continuidade por um período definido;

2.º) *duração estendida* — o segundo termo, que adjectiva o substantivo “duração” faz com que a expressão tenha equivalência a *prorrogação*. Efetivamente estender a duração pressupõe que ela tenha sido previamente definida para que, ao depois, se veja ampliada no tempo.

3.º) *igual período* — as possibilidades de interpretação dessa expressão podem ser sistematizadas. Primeiro, associando-a *stricto sensu* a “respectivo crédito orçamentário” ou a vigência do contrato: assim se um crédito orçamentário teve início vigência de 1 de setembro, o contrato seria firmado com duração de quatro meses, admitindo sua prorrogação, por “igual período”, até 31 de abril. Segundo, o contrato poderia ser firmado com duração de doze meses, assegurada a possibilidade de prorrogação por “igual período”, de doze meses. Terceira possibilidade de interpretação considera as premissas referidas e sustenta que o termo “igual período” se refere à possibilidade do *caput* de um contrato vigorar até doze meses.

Essa última é a exegese mais adequada que deve ser adotada por exclusão das demais. A primeira possibilidade desconsidera que o serviço é de duração continuada obrigando a administração a renovar a licitação no curso do exercício apenas para assegurar equivalência dos períodos de duração do contrato e sua prorrogação, o que constituiria “capricho” ao legislador. Já a segunda desconsidera o orçamento e a regra geral da vigência do crédito orçamentário.

Pela última possibilidade não só se atende a noção de serviço de execução contínua, quanto se acata a regra geral de vigência anual correspondente a exercício financeiro. No exemplo estabelecido, se a administração possui um contrato de vigilância que foi rescindido em 31.8.93 e, após licitação, firma novo ajuste, esse vigorará entre 1.9.93 a 31.12.94, podendo ser estendida a sua duração — prorrogado — até 31.12.94. “Igual período” então foi associado à noção geral de crédito orçamentário e, utilizado no gênero singular, indica que só pode haver uma prorrogação.

5. *Aluguel de equipamentos e a utilização de programa de informática*

O inciso IV concede tratamento diferenciado à área de informática, abrangendo não só o aluguel de equipamentos, mas também o uso de programas.

De começo tem lugar a impossibilidade de

dissociar-se o aluguel de equipamentos da área de informática. Não é qualquer equipamento, mas tão-só aqueles utilizados em atividades de processamento de dados, ou que, na forma do art. 2.º do recente Decreto n.º 1.070, de 2 de março de 1994 (DOU 3.3.94, p. 3.046), apresentem sistemas integrados constituídos de bens e serviços de diversas naturezas em que pelo menos cinquenta por cento da composição de custos estimada sejam constituídos pelos itens específicos dos incisos I a V do precitado dispositivo.

Aliás, a doutrina parece unânime a respeito, muito embora na prática se verifique o propósito de dissociar equipamentos da locação "de informática", fato temerário, porque dissociaria igualmente a expressão aluguel vedando a prorrogação de uso de programas, ainda que não se dê sobre a forma de locação, por período superior a 48 meses.

6. Sobre as decisões conhecidas e divulgadas

Apreciando consulta formulada por órgão integrante da Administração Indireta do Distrito Federal, no Processo n.º 7.696/93, o Egrégio Tribunal de Contas adotou o entendimento de que os contratos de prestação de serviços hospitalares podem ter sua duração além do exercício financeiro, observando o limite fixado no art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/93.

Não há contrariedade entre as considerações expendidas e a r. deliberação desta Corte, vez que a mesma não definiu o termo "igual período", insculpido no final do dispositivo referido. Para a administração, s.m.j., essa exegese seria mais favorável, além de ser judicialmente razoável e contar com o beneplácito do Ministério Público junto ao Tribunal.

7. Conclusão

As considerações expendidas autorizam sejam adotadas as seguintes conclusões:

primeira: a) na apreciação dos processos que versem sobre exames de contratos administrativos firmados por órgãos da administração direta, indireta e fundacional do Distrito

Federal deverão ser observadas as normas estabelecidas no art. 57 da Lei n.º 8.666;

b) estão sujeitas às prescrições desse dispositivo também as empresas estatais que explorem atividade econômica.

segunda: Os contratos regidos pela Lei n.º 8.666 terão a duração dos respectivos créditos, entendendo-se como tal o termo final coincidente com o exercício financeiro;

terceira: Para os casos de prorrogação previstos nos incisos I, II e IV do art. 57 da precitada lei exigir-se-á sempre a existência de dotação orçamentária, previsão no ato convocatório e interesse da administração;

quarta: a) poderão ser prorrogados os contratos que tratem de projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas de dotação no plano plurianual;

b) satisfeitos os requisitos do art. 4.º, as prorrogações ocorrerão anualmente e por tantos exercícios quantos se referir o plano plurianual.

quinta: a) para a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, observando o disposto anteriormente, poderá ser prorrogado o ajuste até o término do exercício financeiro seguinte;

b) admitir-se-á, nesse caso, apenas uma prorrogação.

sexta: a) para o aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática será admissível a prorrogação do prazo até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato;

b) por equipamento e programa de informática entende-se o que dispõe o art. 3.º do Decreto n.º 1.070, de 2 de março de 1994, publicado no DOU de 3.3.94, pág. 3.046.

Além desses casos a lei autoriza, ainda, outras prorrogações de contrato por motivos supervenientes e externos ao ajuste, no respectivo § 1.º do art. 57 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que devem também ser consideradas.

Notas à margem das decisões do Tribunal de Contas da União sobre o alcance da incompatibilidade do art. 54, II, "a", da Constituição da República

RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO

Em data de 8 de dezembro de 1993, ao apreciar o Processo n.º TC - 500.623/91, o *Tribunal de Contas da União* determinou:

.....
8.3.2 - a irrestrita observância ao disposto no art. 54, inciso II, alínea a, da Constituição Federal que veda a concessão de *incentivos fiscais* do Finor a projetos de empresas de propriedade de deputados ou senadores, ou de que esses sejam controladores ou diretores, *admitindo-se*, porém, o *prosseguimento* dos projetos aprovados e iniciados *antes* da mencionada deliberação de 24.10.90, desde que venham tendo desenvolvimento regular, conforme decidido na Sessão de 16.10.91 (*Decisão n.º 269/91 - Plenário*)
.....

(*Decisão n.º 558/93 - TCU - Plenário, in DOU de 28.12.93, Seção I, p. 20904*).

2. No voto que conduziu a r. decisão, o Sr. Min. Luciano Brandão Alves de Souza, relator, *questionou* os dirigentes da Sudene/Finor pelo "*não-atendimento das determinações constantes da referida Decisão de 24.10.90 (TC - 500.304/90)*", em *especial*, dentre outras, da consubstanciada no item 1.º, a. 3, *verbis*:

"a) determinar:

.....
a. 3 - a observância *estrita* do disposto na alínea a do inciso II do art. 54 da Constituição Federal, que veda a concessão de *incentivos fiscais* do Finor a projetos de empresas de propriedade de deputados ou senadores, ou de que esses sejam controladores ou diretores, tendo em vista a *natureza contratual do vínculo*
.....

Ruy Carlos de Barros Monteiro é Advogado, ex-Consultor-Geral da República Interno e ex-Assessor de Ministro do STF

II

3. Fique claro, desde logo, que a r. *Decisão* n.º 558/93 teve por objetivo *precípua* reiterar, no ponto, *deliberação anterior*, que, até então, vinha sendo descumprida no âmbito da Sudene (Finor).

4. Limitou-se, pois, à *remessa aos precedentes inobservados* do Tribunal de Contas da União, dispensando, em consequência, de renovar os fundamentos que levaram à definição do *alcance* do preceito constitucional.

5. Duas foram as decisões invocadas, as proferidas, respectivamente, a 24.10.90 e 16.10.91, nos Processos n.º TC-500.304/89-0 e TC-000.335/90-8 (Decisão n.º 269/91), ambos da relatoria do Sr. Min. Carlos Átila Álvares da Silva.

III

6. Preliminarmente, portanto, *faz-se imperiosa* a necessidade de aprofundar o estudo da *própria jurisprudência* do Tribunal de Contas da União e, em seguida, o da *doutrina especializada*.

7. Ao mesmo tempo, cumpre recuperar-se a abalizada opinião do Prof. Ives Gandra da Silva Martins, transmitida em correspondência datada de 2.12.93, na qual o eminente tributarista sustentou:

“.....
A interdição da Carta Magna *objetiva* afastar o *tráfego de influência* e o *uso do poder político* para a obtenção de cláusulas que possam facilitar o desvio de recursos públicos.

.....
Qualquer empresa que obtenha privilégios fiscais do poder público, por força de *lei geral* e aplicável a *todos* os cidadãos e residentes, *não* obstaculiza a permanência de seus dirigentes e acionistas em cargos eletivos.

As *vedações* devem ser *sempre* interpretadas de forma *restritiva* por acarretarem limitação de direitos da cidadania e, à evidência, *não* há como pretender exegese *extensiva* contra os princípios gerais de direito no exame de relações jurídicas positivas.

Não veja, pois, como possa o *artigo 54* ser aplicado aos deputados e senadores, que participem de empresas que são usufrutuárias de benefícios fiscais regionais de caráter *geral* e decorrentes de *lei*.”

IV

8. Convém confirmar, de início, que, em relação ao entendimento do Tribunal de Contas da União, *inexistem* outras decisões *além* daquelas *remetidas* pela de n.º 558/93 (a mais recente sobre a matéria).

9. Impende, assim, examinar, *sucessivamente*, o *conteúdo* da decisão s/n, de 1990, tomada no *caso-comando*, de n.º TC-500.304/89, e da Decisão n.º 269/91, lançada no *Processo* n.º TC-000.335/90-8 (a primeira, reproduzida na *Revista do Tribunal de Contas da União* n.º 49, 1991, pp. 82 e ss).

10. No *relatório* do Processo n.º TC-500.304/89, o Sr. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva ofereceu estes elementos ao Plenário do *Tribunal de Contas da União*:

“.....
Antes de sumariar as sugestões de providências que considera necessárias para corrigir essas falhas, a *equipe de inspeção* singularizou (fl. 29) uma *questão* que erige como “paradigma das vicissitudes normativas do Sistema Finor”: a *interpretação* que classifica de *desvirtuada*, da *vedação* imposta pelo art. 54, item II, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, que proíbe deputados e senadores de, “desde a *posse*, ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de *favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público*, ou nela exercer função remunerada”.

Em extensa análise do tema, entendem os integrantes da *equipe de auditoria* que a *relação* existente entre a Sudene/Finor e a *empresa favorecida* com recursos oriundos dos *incentivos fiscais* do Finor tem “insofismável natureza contratual”, para concluir “*pela aplicação*, no âmbito do Finor do *comando proibitivo*” da referida norma constitucional.

Às fls. 33/34 do relatório, a *equipe* da RCE/PE *sugere* que, em consequência dos fatos levantados na auditoria, sejam feitas à Sudene recomendações para adotar medidas visando a:

“.....
m) *não-aprovação* de projetos de empresas de propriedade de deputados e senadores, ou de que estes sejam controladores ou diretores, considerando a *natureza contratual* da utilização dos

recursos do Finor e o comando constitucional do art. 54, inciso II, alínea a.

Após esta análise, o Sr. Inspetor-Regional (fl. 68) se manifesta de acordo com as recomendações sugeridas pela equipe de inspeção, exceto no que se refere àquela contida na alínea m. acima, que considera deva antes ser objeto de melhor estudo, conforme propõe a seguir, com o acréscimo de mais as seguintes recomendações àquelas propostas pela equipe de auditoria:

2) seja estudada a conveniência de uma definição da situação jurídica subjacente na utilização de recursos do Finor, por força das considerações constantes das fls. 29 a 33.

Diante do contido nos autos, em especial o que argumenta a equipe de inspeção às fls. 29/33, e a proposta de n.º 2, acima, do Sr. Inspetor-Regional, julguei necessário solicitar o pronunciamento do douto Procurador-Geral sobre a questão suscitada pela recomendação da alínea m. Formulei a consulta nos seguintes termos:

"O vínculo que se estabelece entre a Sudene e o beneficiário de investimentos realizados com recursos provenientes de incentivos fiscais do Finor configura contrato, para os fins de proibição expressa na alínea a do inciso II do art. 54 da Constituição Federal?" (despacho do Relator, fl. 70).

O ilustre Procurador-Geral, Dr. Francisco de Sales Mourão Branco, em sólido parecer (fls. 71/75), do qual também anexo cópia a este Relatório, examina o caso em profundidade, recorrendo tanto aos ensinamentos doutrinários (Orlando Gomes, Pontes de Miranda e Cláudio Pacheco) quanto a exegese de toda a legislação, constitucional e ordinária, que versa o assunto, desde a Carta Magna de 1891 até a recente Lei n.º 8.034, de 12.4.90.

Já no parágrafo 16 de sua promoção, adianta o Senhor Representante do Ministério Público considerar que

"a subscrição prévia de títulos de capital dos beneficiários dos incentivos

do Finor reveste-se de índole contratual, sendo inegável, ai, que o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das partes celebrantes."

E logo adiante (parágrafo 20), assinala que

"a subscrição, em tal caso, configura negócio com formalidade própria, distinta, é certo, do Contrato Administrativo (...). Poder-se-ia dizer que se trata de um contrato atípico, visando atender interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica (...) resultando do exposto que estamos diante de uma relação contratual, a qual se estabelece entre o Finor e a empresa beneficiária de investimentos realizados com recursos provenientes de incentivos fiscais do mesmo Fundo."

Conclui, por fim, o Senhor Procurador-Geral favoravelmente à "oportunidade e procedência da recomendação alviada pela equipe de auditoria, na letra m do item 273 de seu Relatório", ao lembrar que, nas subvenções econômicas, os doutrinadores "entrevêm, pacificamente, o favor referido no texto constitucional sob exame."

11. Em seu voto, o relator, Sr. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, adotou e subscreveu os conceitos desenvolvidos pelo parecer da douta Procuradoria-Geral, *verbis*:

Ainda com respeito às questões de índole legal, como destaquei no relatório, mereceu especial atenção da equipe de auditoria a inobservância do disposto na alínea a do item II do art. 54 da Constituição Federal. Por essa razão, sugere-se a formulação de expressa recomendação no sentido de seu estrito cumprimento. Em atenção à consulta que lhe fiz, o Senhor Procurador-Geral junto a este Tribunal enriqueceu este processo, como também já assinalai, com o parecer de fls. 71/75, anexo por cópia, que fundamenta em argumentação muito sólida sua conclusão, idêntica à dos analistas, no sentido de que a citada vedação constitucional, ao falar de "favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público", abrange os incentivos fiscais. Nada tenho a acrescentar a essa extensa e qualificada análise da matéria e, com ela

concordando integralmente, endosso, em seu mérito, a recomendação proposta.”

12. Identificada a origem da recomendação plenária – com caráter *mandatório* –, não se pode deixar de reproduzir as principais passagens do parecer da Ilustrada Procuradoria-Geral junto ao Tribunal de Contas da União, datado de 22 de junho de 1990:

7. Com apelo à doutrina que invoca com propriedade, a competente equipe de auditoria, nos itens 239 *usque* 271 de seu bem elaborado Relatório, não tem dúvida sobre a *natureza contratual do vínculo* que surge entre a Sudene e o beneficiário dos investimentos realizados com recursos provenientes de *incentivos fiscais* do Finor, incidindo, por isso, na *vedação* do dispositivo constitucional em comento. Assere, inclusive, com ênfase, *verbis*:

“244. A apreciação da *natureza jurídica da situação* em comento – utilização de recursos Finor – encontra seu *melhor nível* a partir do reconhecimento inofismável da *natureza contratual* desse entrelaçamento de *direitos e deveres*, posto que a produção de obrigações envolvendo interesses opostos, unificados pelo acordo de vontades, é a conceituação simples, clara e completa do contrato, enquanto categoria jurídica, posição fincada no direito romano e, ainda hoje, inexpressável”.

16. Já pela colocação até aqui feita, acreditamos razoável *inserir-se* que a *subscrição prévia de títulos de capital* dos beneficiários dos incentivos do Finor reveste-se de índole contratual, sendo inegável, aí, que o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das *partes contratantes*.

17. O contrato em questão faz-se *subsidiário* do contrato social do beneficiário, sofrendo, via de consequência, a incidência da *legislação que rege a sistemática dos incentivos fiscais*.

18. Vale assinalar que os Fundos de Investimentos Regionais criados pelo Decreto-Lei n.º 1.376, citado, não cumprem simples mandato de contribuinte investidor (cf. Lei n.º 6.404, art. 2.º, § 3.º) para a subscrição de títulos de capital dos bene-

ficiários dos projetos incentivados.

19. Não há perder de vista que a disposição (cf. DL n.º 1.376 – 75) reporta-se às ações subscritas como “ações integrantes da carteira dos Fundos” (cf. art. 17). O fundo mantém uma estratégia de captação e aplicação de capital *independente das deduções do imposto de renda*, usando, para tanto, até de outras fontes de recursos, como previsto no mesmo diploma (cf. art. 3.º).

20. É de reconhecer-se que a *subscrição*, em tal caso, configura negócio com formalidade própria, distinta – é certo – do *contrato administrativo* tal como hoje é regido pelo Estatuto Jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 2.300 – 86, tendo, no entanto, como *característica comum* a participação de *ente público*, sem perder, outrossim, algo da índole contratual. Poder-se-ia dizer que se trata de *contrato atípico*, visando atender interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica. Cobra relevo, a esse respeito, o magistério de Orlando Gomes de que “no Direito moderno, a formação dos contratos atípicos justifica-se como aplicação dos princípios da liberdade de obrigar-se e do consensualismo” (in *Contratos*, Ed. Forense, 11.ª ed., 1986, pp. 110 e ss). Indisputável é que ocorrendo “acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional” (cf. *op. cit.*, p. 14), dentro da concepção tradicional do termo, deparamo-nos com a figura do contrato, *lato sensu*.

22. Cumpre salientar que o conteúdo do dispositivo *sub examen* não é inovador, de vez que, com inexpressivas alterações de ordem redacional, o preceito, em substância, vem sendo ininterruptamente consagrado desde a primeira Constituição Republicana (cf. CF de 1891 art. 24, CF de 1934, art. 33, § 1.º, I, CF de 1937, art. 44, c. CF de 1946, art. 48, II, a, CF de 1967, art. 36, II, a e EC n.º 1, de 1969, art. 34, II, a).

24. Cobra relevo, na *vedação* posta na alínea *a* do inciso II do art. 54, a questão do *favor* que é atribuído à empresa

de que o *parlamentar* seja “proprietário”, “controlador”, ou “director”, em decorrência de *contrato* celebrado com pessoa jurídica de direito público.

25. Por oportuno, invocamos o magistério de Pontes de Miranda, que, detendo-se a respeito do tema, ao abordar o art. 36, II, *a*, da Carta de 1967, de cujo texto difere o atual apenas por incluir esta expressão *controladores* – expressão esta “mais adequada para identificar aquele que tem o poder de decisão empresarial” (cf. “a Constituição do Brasil de 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada”, Ed. Price Waterhouse, 1989, p. 394) – pondera, *verbis*:

“A expressão “favor”, no art. 36, II, *a*, deve ser entendida em sentido *assaz largo*. *Subvenção* é favor, e garantia de juros é favor. Concessão especial é favor. O empréstimo pela União é favor, porque constitui ato *estranho* às funções públicas e, firmado, de ordinário, em crédito, a empresa havia de obtê-lo nos lugares próprios, como no banco, na casa bancária, ou particular capitalista. *Favor não é só liberalidade, é o que se faz a um, sem ser obrigado a fazer a todos.*” (in *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo III, Ed. RT, 1967, p. 36.)

26. Na linha deste raciocínio, Cláudio Pacheco, em seu *Tratado das Constituições Brasileiras* (cf. Ed. Edigraf, ed. 1965, v. V, p. 314), comentando o *mesmo* dispositivo, que na Constituição de 1946 ostentava *igual* redação observada na Carta de 1967, esclarece, *verbis*:

“Alguns autores pretendem um entendimento *largo* para a expressão “favor” empregada na alínea *a*, inciso II, do art. 48. Como favor, se entendem *pacificamente as subvenções*, as garantias de juros, as *isenções* de direitos e as concessões especiais. Mas *divergem* os doutos sobre se é ou não favor o *empréstimo* concedido pela pessoa jurídica de direito público. Pontes de Miranda opina pela afirmativa, dizendo que empréstimo é favor, “porque constitui ato *estranho* às funções públicas e, firmado, de ordinário, em crédito, a empresa havia de obtê-lo nos lugares próprios, como no banco, a casa bancária, o particular capitalista”. E então define, com simplicida-

de e justiça, que “favor não é só liberalidade, é o que se faz a um sem se ser obrigado a fazer a todos”. (*Comentários à Constituição de 1946*, 2.^a edição, 1953, v. II, p. 255). Pensamos que o próprio texto constitucional oferece elementos para uma *acertada* solução, por analogia, quando, tratando do vedamento referente a *contratos*, exclui aqueles que obedecem a *normas uniformes*.”

27. Caberia perquirir, relativamente à colocação que faz o ilustre tratadista, por último citado, se tal *contrato*, de que se cogita na espécie, obedeceria a *cláusulas uniformes*, verificando-se até que ponto as *liberações de incentivos fiscais* do Finor estariam obedecendo a *normas uniformes*, e, ainda que existentes, se não comportariam *hipótese de favorecimento*. Ademais, respeitosamente, entendemos, até, “que não havendo o *constituente repetido no dispositivo em comento a ressalva final posta na alínea a do inciso I do art. 54, não seria o caso de elaster-se-lhe o alcance*”, ainda que com o recurso à *analogia*, para aplicá-la em hipótese de indiscutível peculiaridade, em que se trata de gozo de *favor*. Em tal caso, encontramos *intuitiva resistência* a admitir a *solução analógica* com que nos acena o ilustre autor.

28. A socorrer-nos do *processo analógico* optariamos, *antes*, por aplicá-lo à hipótese das *subvenções econômicas*, nas quais os autores, segundo assere Cláudio Pacheco, entrevêem, pacificamente, o *favor* referido no texto constitucional em exame, e às quais *mais se aproximam os incentivos de que cuida a espécie*.

.....”

13. Focalizada a *decisão* proferida pelo Pleno do Tribunal de Contas da União, no *caso-comando* (Decisão s/n, de 24.10.90), importa, agora, ter em conta a que se lhe seguiu, na matéria, a de n.º 269/91 (Processo n.º TC – 000.335/90): “nesta, mantendo sua anterior recomendação plenária de caráter mandatório”, a Corte de Contas deteve-se na apreciação da hipótese de projetos aprovados e iniciados anteriormente a 24.10.90, culminando por lhes aplicar o Enunciado n.º 105 da Súmula de sua jurisprudência, para ressaltar-lhes o prosseguimento.

14. Não é despidendo trazer a lume o voto do

relator, Sr. Min. Carlos Átila Álvares da Silva:

.....
No que se refere ao pedido de *orientação* sobre como proceder com relação aos *projetos* que têm *parlamentares* como *controladores* ou dirigentes, aprovados e iniciados antes daquela data, parece-me que, conforme opinam os pareceres, a solução juridicamente *correta* aponta no sentido de *concordar* com seu *prosseguimento*, — desde que seu desenvolvimento se venha processando regularmente, é claro. A *favor* dessa solução, veja-se, inclusive, o que dispõe o Enunciado n.º 105 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal: “a *modificação posterior* da jurisprudência *não alcança* aquelas situações constituídas à luz de *critério interpretativo anterior*.” Embora esta Corte não se tivesse anteriormente manifestado sobre a matéria, comprovou-se que os *órgãos jurídicos da entidade* se haviam pronunciado no sentido de que os *recursos do Finor não seriam alcançados pela vedação* contida no art. 54, inciso II, alínea *a* da Constituição Federal. Por essa razão, julgo *admissível* aplicar-se ao caso, em *sentido lato*, o princípio contido no referido Enunciado n.º 105, *para aceitar a continuidade* daqueles *projetos*.

Para evitar dúvidas, entretanto, entendendo *útil reiterar* que se *mantém plenamente a determinação* feita pelo Tribunal quanto ao *dever de observância*, pela Sudene, do *citado dispositivo constitucional*, na *análise e aprovação de projetos*, bem como determinar à Irce/PE que, na mesma diligência *in locu*, que acima menciono, *requeira da Superintendência da Sudene a lista completa e exaustiva* dos já referidos projetos “aprovados e iniciados antes de 24.10.90”, e acompanhe seu desenvolvimento.

.....”
V

15. Em suma, destina-se o presente trabalho a discutir se teria sido *lícito* ao colendo Tribunal de Contas da União haver decidido, como decidiu, que o art. 54, II, *a*, da Constituição da República veda a *concessão de incentivos fiscais* — do Finor, no caso — a *projetos de empresas*, de propriedade de deputados federais ou senadores (ou de que sejam controladores ou

diretores). *em face da natureza contratual do vínculo*.

16. A esta altura, parece aconselhável consolidar o que decorre, *imediatamente*, do que atrás já houve oportunidade de referir.

17. Em primeiro lugar, há clara diferença entre as opiniões trazidas a confronto e expendidas: de um lado, confere-se alcance restrito à vedação constitucional em foco, isso a partir, fundamentalmente, de assimilação analógica da locução “salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes” — constante da parte final da alínea *a* do inciso I do art. 54, e inexistente, na alínea *a* do inciso II do mesmo preceito constitucional (posição sustentada por Cláudio Pacheco); de outro, contrariamente, reconhece-se àquela vedação amplo espectro (entendimento perflhado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, com base no Parecer da Procuradoria-Geral).

18. A qualquer sorte, independentemente do desfecho ao qual se chegue, é certo que o próprio Tribunal de Contas da União, ao mesmo passo em que manteve o *dever de observância* da incompatibilidade profissional, ressalvou a continuidade dos projetos aprovados e iniciados antes de 24.10.90, data em que entrou a prevalecer o entendimento ora vigente.

VI

19. A questão de fundo, portanto, está em precisar o alcance da alínea *a* do inciso II do art. 54 da Constituição da República, particularmente da expressão “*favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público*”, e a subsunção, neste, da concessão de *incentivos fiscais*, vista a sua *natureza jurídica*: tudo para, afinal, saber se a proibição ali contida foi bem aplicada pelo egrégio Tribunal de Contas da União.

20. Consoante o preceituado no inciso I do art. 55 da Constituição de 1988, “Perderá o mandato o deputado ou senador” “que infringir qualquer das proibições estabelecidas no art. anterior.”

21. As proibições do art. 54 correspondem a *impedimentos*, cuja inobservância dá causa à *cassação* de mandato, *espécie* da perda de mandato, a de caráter *punitivo*.

22. Inserida no elenco das *incompatibilidades constitucionais*, a norma do art. 54, II, *a*, veicula vedação de índole profissional (*Constituição Federal Anotada*, José Celso de Mello Filho, 2.ª edição, Saraiva, 1986, p. 164), nestes

precisos termos:

"Art. 54. Os deputados e senadores não poderão:

.....
II) desde a posse;

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

.....
VII

23. A *ratio* da norma vedatória vigente resulta da *tradição* consolidada ao longo da *evolução* da história constitucional republicana.

24. Por isso, quanto ao *motivo* da incompatibilidade em causa, é possível afirmar, categoricamente, que não subsiste incerteza: na linha das Constituições anteriores, a proibição renovada na alínea *a* do inciso II do art. 54 da Carta de 1988 também teve em mira assegurar, aos deputados e senadores, o *pleno exercício do mandato*.

25. Ao comentar a cláusula constitucional "favores do Governo Federal", constante do art. 24 da Constituição de 1891, já advertia João Barbalho que "Eles estabelecem *ligação e dependência* entre o Poder Executivo e os membros do Parlamento que são parte de diretorias de empresas por aquele favorecidas, os quais *perdem* assim a necessária *isenção e imparcialidade* para se ocuparem de atos oficiais de que tiver de conhecer o Congresso. Os deputados e senadores têm a atribuição de velar na execução das leis, de acusar e julgar o Chefe do Poder Executivo, e isto *não se compadece* com a posição de principais interessados de empresas que recebem auxílio, de qualquer natureza, prestados pelo governo." (*Constituição Federal Brasileira* Comentários, 1902, p. 74).

26. Para Carlos Maximiliano, a incompatibilidade "Tira ao Executivo um *instrumento de predomínio*, impedindo de acenar a legisladores ativos com as honras e investiduras rendosas, e excluindo das deliberações do Congresso a *influência oficial* daqueles que dependem diretamente do Chefe de Estado. *Arranca* aos poderosos uma *arma de corrupção*, outorga ao parlamento mais um *penhor de independência*, assegura ao aparelho governamental uma *garantia da divisão do trabalho*." (*Comentários à Constituição Brasileira*, 2.ª edição ampliada, item n.º 268, 1923, p. 328).

27. Comentando, recentemente, o preceito da Constituição de 1988, José Cretella Júnior ressalta o *fundamento* das vedações – "de natureza *ética* para *impedir* que o congressista, desde a expedição do diploma, ou desde a posse, fique a *mercê* de Chefes do Executivo ou de Diretores de outras entidades, *perdendo*, assim, a *independência* necessária ao pleno exercício do mandato que lhe foi delegado pelo povo." (*Comentários à Constituição de 1988*, v. V, Forense Universitária, p. 2641).

28. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a propósito da *ratio* da proibição em causa, prefere: "quer-se *impedir* que o congressista se *prevalha* do mandato para beneficiar a empresa a que está vinculado." (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, Saraiva, 1992, p. 54).

29. E Pinto Ferreira, à sua vez, assim disserta sobre a matéria:

"... a *incompatibilidade* exerce um efeito altamente *moralizador* e consagra a *independência* do legislativo. Ela é *indispensável* a fim de *proibir* que os membros do Poder Legislativo, pelo seu *prestígio e influência*, possam adquirir vantagens pessoais e econômicas, favorecendo os seus interesses. Teriam necessariamente de *negociar* o seu voto, em manobras *escusas e indecorosas*, que lhes permitissem a *fruição* de vantagens e favores ofertados. O Executivo poderia beneficiar-se com a concessão de favores, dados aos legisladores, *evitando* assim a *fiscalização* destes sobre a administração. A *autonomia* e a *independência* do Poder Legislativo estão, desse modo, vinculados *naturalmente* a um sistema severo de determinação de incompatibilidades." (*Comentários à Constituição Brasileira*, 3.º v., Saraiva, 1992, p. 4).

VIII

30. Salientou o douto Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas da União que o *conteúdo* do art. 54, II, *a*, da Constituição da República em vigor "não é inovador, de vez que, com *inexpressivas* alterações de ordem *redacional*, o preceito, em *substância*, vem sendo *ininterruptamente*, consagrado desde a *primeira* Constituição Republicana".

31. Nesse quadro, quer parecer que a *análise retrospectiva* dos textos constitucionais an-

teriores oferece, realmente, *auxílio* ao correto encaminhamento da questão, em face da Carta de 1988.

32. A Constituição de 1891, em seu art. 24, dispõe:

“Art. 24 – O deputado ou senador não pode também ser presidente ou fazer parte de diretoria de banco, companhias, ou *empresas que gozem dos favores do Governo Federal, definidos em lei.*”

33. Já a Constituição de 1934, art. 33, § 1.º, 1, assim enunciou o preceito vedatório:

“Art. 33
§ 1.º) Desde que seja empossado, nenhum deputado poderá:

1) Ser diretor, proprietário ou sócio de *empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a administração pública;*”

34. A Constituição de 1937, no seu art. 44, c, estabeleceu, no ponto:

“Art. 44 – Aos membros do Parlamento Nacional é vedado:

.....
c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, *empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimentos ou subsídios do poder público;*”

35. A Constituição de 1946 – art. 48, II, a, a Carta de 1967 – art. 36, II, a, e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 – art. 34, II, a, prescreveram, semelhantemente:

“Os deputados e senadores não poderão:

.....
desde a posse:
ser proprietário ou diretor de *empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;*”

36. Cumpre registrar que, desde o advento da Constituição de 1891 – na qual surgida a inovação –, até aquele da Carta vigente, vem a doutrina refletindo sobre o *alcance* da terminologia em que se vazou o preceito vedatório.

37. Durante os trabalhos preparatórios da primeira Constituição Republicana – votação, em segunda discussão, do Aditivo José Mariano –, discurso pronunciado pelo Sr. Ubaldino do Amaral *antecipava algumas das questões que iriam, no futuro, sensibilizar a doutrina:*

“O que é que se considera favor? É a garantia de juros? É o contrato bilateral em que a companhia dá e recebe ônus? (“Incompatibilidades”, Sara Ramos de Figueiredo, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 23, jul./set., 1969, p. 196).

38. Hoje, não obstante os sucessivos textos constitucionais, o aspecto fulcral da matéria continua a residir na exata compreensão do termo *favor*.

39. É o que aponta, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “O grande problema que oferece à interpretação é a significação e o alcance da expressão *favor* que emprega. Nessa expressão está o cerne do problema.” (Op. cit., p. 53).

IX

40. Como visto, o ilustre Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas da União, em seu parecer, resolveu a questão perante os magistrados de Pontes de Miranda e Cláudio Pacheco quanto aos arts. 36, II, a, e 48, II, a, das Constituições Federais de 1967 e 1946, respectivamente (obedecida a ordem de sua argumentação).

41. É sabido que a Constituição de 1891 deferiu à lei a definição dos *favores governamentais*: a garantia de juros ou outras subvenções; o privilégio para emissão de notas ao portador, com lastro de ouro ou não; a isenção de direitos ou taxas federais ou redução deles em leis ou contrato; e o privilégio de zona de navegação, contrato de tarifas ou concessão de terras (Lei n.º 35, de 26 de janeiro de 1892, art. 31).

42. Em relação às *isenções*, distinguia Rui Barbosa, em posição minoritária:

“Se, pois, a ineligibilidade resulta dessa dependência, e essa dependência provém desses *favores*, claro está que as *isenções e reduções tributárias*, a que se referem as leis elcitorais, *não constituem os favores*, de que se trata, senão quando os bancos, companhias ou empresas deles gozarem por *contratos especiais* do Governo com essas empresas, essas companhias, esses bancos, ou *leis especiais* que em relação a tais entidades se decretarem.

.....
Mas de todo em toda outra é a solução, quando, na hipótese que se encara, não se trata de *mercês particularmente liberalizadas* a certa e determinada pessoa coletiva (empresa, companhia, ou banco), mas de isenções *gerais*, estabelecidas como na espécie vertente em *benefício de toda uma classe*.” (Comentários à Constituição Federal Brasileira, II v., São Paulo, 1933, pp. 86/7).

43. Para definir o objeto de atuação do termo *favor*, inscrito no art. 54, II, *a*, da Constituição de 1988, Manoel Gonçalves Ferreira Filho estabelece a seguinte correlação:

“Na verdade, a expressão *favor* tem no texto constitucional a significação de *condição favorável*, ou, mais precisamente, de *condição especial* em face das condições *normais e habituais* dos contratos celebrados pela mesma pessoa de direito público.” (Op. cit., pp. 54).

X

44. Fácil é constatar, pois, a *relevância* do tema em questão, sobretudo porque, segundo se tem notícia, é a vez primeira que um *caso concreto* se põe à consideração.

45. O parecer do Sr. Representante do Ministério Público, acolhido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, deu pela incidência da cláusula vedatória, mas preocupado, *prioritariamente*, em demonstrar a configuração de “algo” da índole *contratual* da *subscrição* prévia de títulos de capital (“... o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das *partes contratantes*.” “... Poder-se-ia dizer que se trata de *contrato atípico* ...”; “... deparamo-nos com a figura de contrato, *lato sensu*.”).

46. Em segundo passo, após breve referência aos sucessivos textos constitucionais sobre o assunto, invocou o Sr. Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas da União comentários de Pontes de Miranda, no sentido de que a expressão “favor” tem acepção “assaz larga”, abrangendo a subvenção, a garantia de juros, a concessão especial e o empréstimo.

47. Afinal antecipou que, a se entender, por analogia, aplicável ao caso a ressalva da alínea *a* do inciso I do art. 54 da Constituição da República – “... salvo quando o contrato obedecer a *cláusulas uniformes*” –, antes se inclinaria por aplicá-la à hipótese das subvenções econômicas.

XI

48. Recorde-se, primeiro que tudo, que a significação do dizer constitucional é a plasmada pelo sentido *natural e ordinário* das palavras utilizadas, salvo quando expresso em *linguagem técnica*, alternativa em que ao intérprete não é dado encetar distinta exegese, senão cumpri-la, conforme, aliás, a óbvia lição da doutrina clássica (COOLEY, “Princípios Gerais de Direito Constitucional” tradução de Alcides Cruz, 2.ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 407; BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, 4.ª ed., West Publishing Company, 1927, p. 85, § 62; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9.ª ed., Forense, Rio, 1984, pp. 305/6 e 309; e Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Saraiva, São Paulo, 1982, pp. 19/20).

49. Ainda, consoante a boa hermenêutica constitucional, não há negar melhor serve, o caráter *vedatório* do dispositivo, à conclusão de que a *incompatibilidade* deve ser interpretada *restritivamente*, por acarretar, como preconizou Ives Gandra, *limitação de direito da cidadania*.

50. O sentido dessa posição encontra pleno respaldo na doutrina mais autorizada, que indica a interpretação *estrita* para os dispositivos constitucionais que instituem “incompatibilidades”. (Carlos Maximiliano, op. cit., p. 313).

51. Por conseguinte, a exegese *adequada* da expressão “favor”, contida no art. 54, II, *a*, da Constituição da República, conduz a que, pela *própria natureza* da vedação, *só se possa compreendê-la* como condição “especial” (ou “favorável”), contraposta às “normais” (ou “habituais”) dos *contratos* celebrados pela *mesma* pessoa jurídica de direito público. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

52. Assim, no caso, ainda que, acertadamente, se afaste a assimilação analógica acenada por Cláudio Pacheco – da locução “salvo quando o contrato obedecer a *cláusulas uniformes*”, constante da parte final da alínea *a* do inciso I do art. 54 da Constituição –, não se afigura plausível caracterizar como “favor” – condição “especial” – a concessão de incentivos fiscais, de caráter *geral* e resultante de *lei*. (Ives Gandra).

XII

53. A esta altura, tudo o mais quanto resta saber é se a alegada *configuração contratual*

é, efetivamente, *imperativo do vínculo* que se estabelece entre a Sudene e o beneficiário de investimentos (os termos são da consulta formulada ao Sr. Procurador-Geral), pois a solução do problema concreto não basta a verificação de que a concessão de incentivos fiscais não constitui "favor", para os fins da vedação do art. 54, II, *a*, da Constituição da República.

54. *A afirmativa pouco segura, data venia*, da existência do vínculo contratual questionado (... acreditamos razoável inferir-se ...); Poder-se-ia dizer que se trata de contrato atípico (...)" parte de três premissas interligadas: a subscrição prévia de títulos de capital dos beneficiários dos incentivos do Finor é que se reveste de índole contratual ("sendo inegável, aí, que o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das partes celebrantes"); "O contrato em questão faz-se subsidiário do contrato social do beneficiário"; e a subscrição configura "negócio com formalidade própria, distinta - é certo - do contrato administrativo..."

55. São premissas, no entanto, que hão de ser recebidas com toda a reserva, uma vez enfrentada a questão sob a perspectiva puramente jurídica - que ora se impõe -, despida a discussão do compreensível empenho em superar implicações de ordem conjuntural.

XIII

56. Luiz Mélega assim resume a sistemática introduzida pelo Decreto-Lei n.º 1.376, de 12 de dezembro de 1974, que "Dispõe sobre a criação de Fundos de Investimentos, altera a legislação do Imposto sobre a Renda relativa a incentivos fiscais e dá outras providências"

"...ressalvadas certas hipóteses especialíssimas, ao em vez de aplicação direta desses incentivos, oriundos da dedução no imposto de renda, em projetos de escolha do contribuinte, isso se fará indiretamente através dos Fundos de Investimentos. O contribuinte-investidor, assim, terá a faculdade de escolher a região ou a atividade beneficiada, trocando, nos respectivos "Fundos", o seu Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais, recebido da Secretaria da Receita Federal, pelas cotas do "Fundo" que houver escolhido para efetivar a sua aplicação. O Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais foi substituído pelas "Ordens de Emissão" em virtude da redação que ao art. 15 do Decreto-Lei n.º 1.376/74 deu o art. 1.º do Decreto-Lei n.º

1.752, de 31.12.1979." (*Os Incentivos Fiscais do Imposto sobre a Renda e as Subscrições de Capital do Fundo de Investimentos do Nordeste - Finor*, in *Revista de Direito Mercantil - 37*, p. 52).

57. Em verdadeiro rigor, pode-se dizer que, na técnica dos incentivos fiscais em questão, há autodeterminação do contribuinte, mas simples opção entre solver o imposto sobre a renda, em sua integralidade, ou deduzi-lo, para investimento indireto, via Fundo de Investimento do Nordeste - FINOR.

58. Desse modo, à sua perfeita caracterização, como *direito potestativo*, o que importa - e basta - é que deriva, inequivocamente, do poder *unilateral* do contribuinte, sem nenhuma contrapartida da Sudene/BNB.

59. Nesse contexto - opção em favor do Fundo de Investimento do Nordeste - FINOR, com a transferência do recurso da Receita Federal para o sistema de incentivos fiscais -, não há como divisar a força vinculativa de contrato atípico.

60. Dar-lhe o significado contratual é, *data máxima venia*, confundir o ônus do contribuinte com o seu inexistente dever jurídico, em face da Sudene/BNB: a incumbência, em seu próprio benefício, o contribuinte tem, a de efetivar a dedução (ou a aplicação).

61. Por isso mesmo, Clóvis V. Couto e Silva, em artigo publicado em 1972 - antes, portanto, da edição do Decreto-Lei n.º 1.376, de 1974 -, já sustentava:

"A manifestação de vontade no sentido de obter, pela aquisição e indisponibilidade temporária, a dedução, formulada na declaração e imposto de renda, constitui-se em exercício de direito formativo modificativo. A manifestação de vontade é receptícia, e portanto irrevogável, a partir do momento em que chegar ao conhecimento do órgão competente. É ato em sentido estrito, que obriga a autoridade que vai fazer o lançamento.

A dedução está, porém, condicionada resolutivamente, (*condictio juris*) à aquisição de certificados, ou ao depósito, por exemplo, isto é, se isso não ocorrer, ela se desfará.

Estabelecida que a dedução do imposto está condicionada resolutivamente, resta examinar o desenvolvimento da

relação jurídica tributária. Poder-se-ia supor que o contribuinte que prometeu adquirir certificado de compra de ações, ou realizar o depósito, tenha a obrigação de fazê-lo, tanto mais quanto a condição *juris* é resolutive e não suspensiva. Esse dever seria, entretanto, no próprio benefício do contribuinte, razão pela qual a sua categoria é de mero ônus ou incumbência. Não tem o contribuinte dever jurídico em face do Estado, ou em face de terceiros, de efetivar a compra. Apenas, não o fazendo, se resolverá a dedução do Imposto de Renda, vigorando em toda a sua extensão a relação tributária, cabendo-lhe, ainda, prestar o tributo com juros, multa e correção monetária."

("A Natureza Jurídica dos Contratos Cogentes e dos Incentivos Fiscais", in *Revista da Consultoria-Geral - Estado do Rio Grande do Sul*, v. 2, n.º 2, pp. 24/5).

62. Essa nítida diferenciação de direito, entre *ônus* e *dever jurídico*, tem igualmente, peso decisivo para o completo desfecho do *caso concreto*.

XIV

63. Em conclusão, não se hesita em afirmar que o Tribunal de Contas da União, ao abrigar o parecer da douta Procuradoria-Geral, mal aplicou a incompatibilidade prevista no art. 54, II, a, da Constituição da República, pois a concessão de *incentivos fiscais* do Fundo de Investimentos do Nordeste - FINOR a projetos de empresas de propriedade de deputados ou senadores não se subsume à noção de "favor", nem decorre "de contrato com pessoa jurídica de direito público".

64. O caso *concreto*, porém, reclama algumas ponderações finais.

65. Da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - convém lembrar o disposto no art. 1.º, XVII e seu § 2.º, *verbis*:

"Art. 1.º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

XVII - decidir sobre *consulta* que lhe seja formulada por *autoridade competente*, a respeito de *dúvida* suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no *regimento interno*.

§ 2.º - A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste art. tem caráter *normativo* e constitui *prejulgamento da tese* mas não do fato ou caso concreto."

66. E da Resolução Administrativa n.º 15 - TCU - Regimento Interno do Tribunal de Contas da União -, o preccituado nos arts. 19, I, p, e 210, I, *verbis*:

"Art. 19. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:

I - deliberar originariamente sobre:

p) *consulta* sobre a matéria da competência do Tribunal;

"Art. 210. O Plenário decidirá sobre consulta quanto a *dúvida* suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I - *Presidentes* da República, do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Comissão Técnica, ou inquérito de qualquer das Casas do Congresso Nacional, de Tribunal Superior, de Partido Político;

67. A situação é *inédita*. A *peculiaridade* de hoje é que a questão se transportou para o campo *institucional*, com inequívoca repercussão no próprio *Estatuto do Parlamentar*, a recomendar o estudo da possibilidade de formulação de consulta ao Tribunal de Contas da União, para o seu devido *reexame*, à luz das razões expendidas.

Constituição e governabilidade

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

SUMÁRIO

I - Considerações gerais. II - Constituição e governabilidade. III - A Constituição de 1988 e a governabilidade brasileira. IV - Linhas de reequacionamento.

I. Considerações gerais

1. Registra-se hoje um intenso debate sobre o problema da governabilidade. Isto não é, porém, uma preocupação apenas brasileira: fora daqui também se discute a ingovernabilidade do Estado contemporâneo.

Vários pensadores de renome, como Habermas¹, Huntington² e Baldassarre³, já dedicaram páginas importantes sobre o tema bem antes de vir ele a ser discutido em face do quadro brasileiro.

Na verdade, o problema da governabilidade parece ter causas gerais que afetam todos os Estados e aspectos específicos que mais tocam o país considerado.

2. Três são essas causas gerais de ingovernabilidade.

A primeira manifesta-se no fato de que os Estados contemporâneos sofrem da falta de recursos suficientes para dar conta dos encar-

¹ Cf. HABERMAS, Juergen, *Raison et Légitimité - Problèmes de Légitimation dans le Capitalisme Avancé* -, trad. francesa, Paris, Payot, 1978.

² HUNTINGTON, Samuel P., em M. Crozier, S.P. Huntington e J. Watanuki, *La crisi della Democrazia - Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione Trilaterale*, trad. italiana, Milão, Franco Angeli, 1977.

³ BALDASSARRE, Antonio, "Lo Stato sociale: Una formula in evoluzione", em *Critica allo Stato Sociale*, obra coletiva dirigida pelo mesmo, Laterza, Roma, 1982, pp. 25 e ss.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Professor Visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Doutor pela Universidade de Paris

gos que assumem. Disto resulta a "crise fiscal" que, de outro ângulo, pode ser vista como uma "crise de sobrecarga". Ou seja, terem sido assumidas pelo Estado mais tarefas do que ele pode dar conta.

Tal crise ademais se agravaria pela inaptidão da organização governamental para dar conta, adequadamente, de todas essas tarefas, "crise (político-institucional)". É o registro dos constitucionalistas que apontam ser a organização governamental dos Estados contemporâneos ainda baseada na "separação dos poderes". É, assim, imprópria para desempenhar uma atuação positiva, pois imaginada para um poder cuja missão não iria além de manter a ordem pública e assegurar a independência do Estado.

Estreitamente ligada à crise institucional, ocorreria outra, relativa à deficiência do modelo democrático-representativo: "crise do modelo (político)".

Ora, a combinação destas três crises poderia vir a abalar o próprio consenso democrático, gerando quarta crise: a de "legitimidade".

E não é preciso lembrar que essas três crises – a de sobrecarga, a de governo, a do modelo – interagem, agravando-se. Dai resulta que a síntese – a *crise de governabilidade* – tende naturalmente a acentuar-se.

3. Parece notório passar o Brasil por uma crise de governabilidade. O Estado não dá conta das tarefas que lhe incumbem, inclusive em razão de uma inadequada partilha de responsabilidades no plano federativo, a máquina governamental se revela falha, a representação, insuficientemente democrática...

A crise brasileira envolve, pois, os três aspectos acima salientados: é uma crise de sobrecarga, conjugada com uma crise institucional, as quais se combinam com uma crise do modelo, a qual por sua vez muito ajuda a agravar as duas outras, tornando possível a quarta crise: a de legitimidade.

4. Como a constituição é, por excelência, o instrumento de governo, claro está que essas crises denunciadas, e, portanto, a ingovernabilidade apontada, têm nela a sua raiz.

No Brasil atual, manda a Justiça que não se atribua à Constituição de 1988 toda a responsabilidade pela ingovernabilidade do País. Muitos dos fatores que para tanto contribuem a ela são anteriores, e não poucos parecem endêmicos no País. Entretanto, ela em nada atenua

a crise de governabilidade, ao contrário, muito contribui para exacerbá-la.

II. Constituição e governabilidade

5. A relação constituição/governabilidade tem sido descurada pela doutrina. Há uma razão simples que o explica: trata-se do óbvio. Mas o óbvio às vezes não é visto por aqueles que se preocupam com as sutilezas da esgrima jurídico-política.

Na verdade, foi em reação a concepções, como a da constituição-dirigente, que vêm a constituição como lei material do poder, que autores como Hennis se preocuparam em enfatizar o caráter instrumental da constituição⁴. Esta deveria ser apenas e tão-somente "lei processual". Quer dizer, estabelecer competências, regular processos e procedimentos, definir limitações.

6. Esta posição muito se aproxima da visão clássica: a da constituição-garantia.

Com efeito, se os pais do Estado contemporâneo sublinharam o aspecto garantia que tem a Constituição, como se depreende do art. 16 da Declaração de 1789, nem por isso olvidavam ser esta, igualmente, instrumento de ordenação do poder. Na verdade, viam a constituição como *organização limitativa do poder*.

7. A importância da contribuição de Hennis está, pois, em valorizar o óbvio esquecido. Ou seja, a constituição há de organizar o poder, deve limitá-lo e se, atendendo à moda, quiser programar a atuação governamental, não pode deixar de levar em conta que esse arranjo tem sua valia condicionada pela governabilidade. Do contrário ficará letra morta, ou terá efeitos negativos.

A governabilidade que não passa da capacidade de o Governo conduzir a máquina estatal, e, por meio dela, a sociedade, no sentido de objetivos definidos, num quadro histórico, determinado e concreto, é o limite último do aceitável em matéria constitucional.

Por isso, toda constituição deve presumir uma *equação de governabilidade*. Ou seja, deve estruturar o poder em função dos objetivos a realizar, definir estes objetivos em razão das possibilidades da sociedade e de acordo

⁴ HENNIS, W., *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, Tuebingen, 1968, citado apud José Joaquim Gomes CANOTILHO, "constituição dirigente e vinculação do legislador", Coimbra, Coimbra Ed., 1982, pp. 87 e ss.

com estas prelevar os meios suficientes, ao mesmo tempo que dê ao poder estabilidade, eficiência e democraticidade. E para tanto há de estabelecer sistemas de escolha e de participação que façam do povo, não meramente o governado, mas, segundo o possível, o real governante.

8. A constituição não pode ser, destarte, um plano ideal de transformações econômico-sociais – como pretendem os partidários da constituição-dirigente (que tanto influíram na última Constituinte Brasileira). Realmente, se a sociedade não tiver condições de fornecer os recursos suficientes para a efetivação desse plano, a constituição não ganhará plena efetividade. Ficará, em boa parte, no papel e isto levará inexoravelmente à sua depreciação, se não à sua desmoralização.

Igualmente, na formulação dos arranjos institucionais, não se deve repetir as soluções e doutrinas, da moda ou tradicionais. Tem-se de levar em conta o quadro real em que serão aplicadas. Tem-se, inclusive, de inovar em face de posições superadas. Não se deve transformar em dogma o que não passa de arte.

Sem dúvida, a Constituição Brasileira de 1988 é responsável pela ingovernabilidade do País, em decorrência, numa larga medida, do copismo e do utopismo, como se demonstrará adiante.

III. A Constituição de 1988 e a ingovernabilidade brasileira

a) Quanto à crise de sobrecarga

9. O Estado brasileiro não dá conta das tarefas que assume. Esta constatação certamente não será recusada por qualquer observador de nossa realidade. Ele, por exemplo, não assegura a ordem pública – veja-se a insegurança das cidades – não propicia educação para todos – veja-se a percentagem de analfabetos – nem proteção à saúde, nem a seguridade social. Etc., etc.

E isto é justificado, em primeiro lugar, pela falta de recursos suficientes. A *grosso modo*, registram os economistas que, para atingir o atual nível de atendimento às tarefas assumidas, o Estado brasileiro consumiria 33% do PIB⁵.

⁵ Dados mencionados no Simpósio Internacional sobre a Reforma Fiscal, realizado em São Paulo, entre 6 e 10 de setembro p.p., sob a direção do Prof. Antônio Delfim Neto, com a participação, dentre outros, de James Buchanan, Vito Tanzi, Ar-

Ora, segundo os mesmos economistas, em países no estágio de desenvolvimento atingido pelo Brasil, esse nível não pode ultrapassar 24 ou 25% do PIB.

Está aí, claramente, o quadro descritivo de uma crise de sobrecarga, que sempre se reflete numa crise fiscal.

10. Faltam, assim, recursos para o Estado (aqui englobando suas três projeções: a União, os Estados-membros e os Municípios) cumprir as tarefas que a constituição lhe atribui. Por que faltam eles?

A primeira razão, embora óbvia, raramente é apontada. Tal razão é simplesmente não ser o Brasil suficientemente rico para fazê-lo. Era preciso que o fosse bem mais, para que a parcela do PIB suscetível de ser apropriada pelo Estado seja suficiente para manter um nível de atendimento compatível com o vulto das tarefas.

Nisto, aliás, está o ponto dolorido da questão. País pobre, o Brasil reclama amplo e pesado dispêndio no social, mas essa mesma pobreza limita o nível de atendimento possível, e o mantém em níveis baixos e inadequados.

Para isso, não existe senão uma solução – acelerar o desenvolvimento do País – o que era meta da constituição anterior, mas foi desenfaturado por esta.

As demais razões, sempre apresentadas, são, de um lado, a má arrecadação dos tributos. É a sonegação, de uma parte, a ineficiência, de outra, ambas em conúbio com a corrupção passiva dos arrecadadores, ativa dos contribuintes.

De outro, a inadequação do próprio sistema tributário, cuja estruturação não se coaduna com as exigências do Tesouro: a crise fiscal.

Mas estas duas últimas causas são, em grande parte, fruto do desconhecimento de que o nível de tributação não pode ser elevado além de um limite tolerável pela sociedade (os 25%, apontados, do PIB). Quando isto ocorre, fatal é a sonegação, a corrupção, a inadimplência...

11. É esta a indagação sobre se tudo o que é atribuído ao Estado pela Constituição Pátria, é

nold C. Habegger, Richard M. Bird, Anwar Shah, Mahesh C. Purohit, do estrangeiro, e dos economistas brasileiros, Roberto Campos, Oscar Dias Corrêa, Affonso Celso Pastore, Francisco Dornelles, Mário Henrique Simonsen, Mailson da Nóbrega, João Paulo dos Reis Velloso, Celso Martone, etc.

realmente tarefa de Estado? Ou, noutros termos, tudo isso deve, no atual estágio de desenvolvimento do Brasil, ser assumido pelo Estado?

Claro está que neste ponto se insinua uma controvérsia ideológica sobre o que é tarefa do Estado, e o que não é, questão sobre a qual os liberais, de um lado, e os socialistas, de outro, jamais chegarão a um acordo.

Mas esta controvérsia tem de ser enfrentada conscientemente num momento de estruturação constitucional. Não pode ser omitida, pois ela vai afetar todos os sistemas e subsistemas da Carta Magna. E reclama, na prática, uma conciliação de posições.

12. Parece pacífico ser tarefa do Estado manter a ordem pública e salvaguardar a independência da Nação. Igualmente ministrar justiça.

Este mínimo já é bastante custoso. Importa ele numa polícia e em forças armadas em número suficiente, bem como adequadamente equipadas e treinadas, mesmo sem o equipamento sofisticado próprio às grandes potências.

Não dispensa uma diplomacia, assim como cortes de justiça, também em número suficiente, e com todos os serviços auxiliares necessários. E a tudo isto há de corresponder uma administração apta a recolher e gerir os bens e recursos públicos.

Tal mínimo é o que atribuía ao Estado o constitucionalismo clássico – o modelo 1789 – que as revoluções liberais espalharam pelo mundo.

13. Por motivos que são de sobejo conhecidos – ligados à chamada *questão social* e à difusão do socialismo e do cristianismo social – um novo modelo veio a impor-se a partir da Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919. Na verdade, este importa na passagem do Estado-guardião (apenas preocupado com a ordem) para o Estado de bem-estar – Estado social (atento para vida digna de todos os *homens*).

De qualquer modo, claro está que para desincumbir-se dessas tarefas, teve o Estado de desenvolver serviços públicos em correspondência com tais encargos. Isto aumentou, e de muito, a máquina burocrática e também o dispêndio público. Em troca, restabeleceu-se a paz social ameaçada.

Esse modelo foi no Brasil adotado em 1934 e desde então pertence ao direito brasileiro.

14. Foi ele, todavia, exacerbado, no plano

internacional como no nacional, depois disso.

Por um lado, para tanto contribuiu o exemplo do *New Deal* a enfatizar a libertação da necessidade – *freedom from want*⁶.

A isto se aliou o nacionalismo à mexicana e o exemplo da economia de guerra, bem como o exemplo dos totalitarismos, sempre a estimular a expansão do Estado.

Acrescente-se um problema de ênfase. Weimar nitidamente conferia ao Estado um papel subsidiário. Em princípio cabia-lhe zelar pelo atendimento de certos mínimos considerados essenciais à vida digna, e não *desincumbir-se ele próprio de instaurá-la*. Documentos mais recentes, como a Constituição de 1988, já puseram essas tarefas como obrigações diretas do Estado, reflexo de outros tantos direitos individuais.

15. A amplitude do campo de atuação do Estado, no plano social, é patente na Constituição em vigor. Esta dele exige a satisfação de todas as incumbências que este já assumia sob as anteriores e ainda lhe impõe novas. Sem exagero, em todos os campos, sobre *tudo* cabe a atuação do Estado. É este, desse ângulo, *total* (o que não deixa de ser um passo no sentido do “totalitário”).

Seria demasiado longo enumerar todas essas tarefas. Basta lembrar que, logo no art. 3.º, assume o encargo de construir “uma sociedade livre, justa e solidária”, garantir “o desenvolvimento nacional”, erradicar “a pobreza e a marginalização” bem como reduzir “as desigualdades sociais e regionais” e, também, promover “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade” e “quaisquer outras formas de discriminação” (*sic*)⁷.

⁶ Uma das quatro liberdades, conforme o famoso discurso de Franklin Roosevelt, proferido em 7 de janeiro de 1941: “Freedom of speech and expression”, “freedom to worship God in his own way”, “freedom from want” e “freedom from fear”. E nele se explicita ser essa liberdade “as conquistas econômicas que asseguram a cada nação uma vida pacífica e saudável para seus habitantes, em toda parte do mundo” (“economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants everywhere in the world”).

⁷ E poder-se-ia prosseguir: Adiante, no art. 21, além de atribuir ao Estado a segurança interna e externa, a diplomacia, e outras incumbências clássicas, obriga-lhe a promover a “defesa permanente contra as calamidades públicas”, a gerenciar os “recursos hídricos”, a direcionar “o desenvolvimento urbano”, inclusive habitação, saneamento básico e

Muito disso – é verdade – já era feito pelo Estado, ainda que não constasse da Constituição. Mas havia, antes, uma *hierarquia de prioridades* que desapareceu na Carta vigente. De fato, todas as questões consideradas merecedoras de intervenção estatal – e já se viu que isto é tudo – são vistas como objeto de *direitos* e de *direitos fundamentais*.

Ora, a constitucionalização dessas tarefas, ligada à caracterização dessas incumbências como *direitos* do indivíduo, dá outra ênfase a seu atendimento. De fato, o que era auxílio passou a ser obrigação. E em tese sancionável pela ação de inconstitucionalidade por omissão, se não pelo mandado de injunção.

Fácil é avaliar o peso de todos esses encargos, ainda mais considerada a deficiente *performance* do serviço público em sua atuação habitual.

16. Acrescente-se a isto o fato de que a Constituição atual, embora no art. 174 não defina ao Estado, no plano econômico, senão um papel de agente normativo e fiscalizador, na realidade lhe reserve, monopolisticamente, um vastíssimo campo⁸.

transportes urbanos. Mais adiante, no art. 23, a ele impõe “cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências”, proteger os “bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural”, “proporcionar meios de acesso à cultura, educação e ciência”, “proteger o meio ambiente e combater a poluição”, “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Por sua vez, no Título VIII, referente à Ordem Social, atribui-lhe assegurar a seguridade social, ou seja, os “direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194), com todas as suas ramificações. Também, satisfazer à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao desporto (art. 217), preservar o “meio ambiente” (art. 225), proteger “especialmente” a criança e o adolescente (art. 227), o idoso (art. 230), e os índios (art. 231). Etc.

⁸ Explicitadamente: O monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos das atividades acima mencionadas, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, a pesquisa, a la-

(Ademais, suporta ele, ainda, o peso de inúmeras empresas estatais, deficitárias, sobrecarregadas de servidores, herança de regimes anteriores).

17. *Acresça-se a isto o problema da seguridade social* (na Constituição, arts. 194 e ss.).

Consuma ela um oceano de recursos, ao mesmo tempo que dá um retorno insatisfatório para a população. Esta não possui proteção adequada à saúde, como não goza de cobertura previdenciária adequada.

18. Daí decorre que sofra o Estado de uma pesada sobrecarga. E careça, por maiores que sejam os recursos postos à sua disposição, de *meios para desincumbir-se, não bem, mas adequadamente, de tantas tarefas.*

Mesmo porque tais recursos são freqüentemente desperdiçados, desviados pela corrupção, ou consumidos pelo número excessivo de servidores com que arca o Estado brasileiro, por força de um nepotismo arraigado na nossa cultura.

Deste último aspecto resulta a dúvida: serve essa atuação estatal ao povo, ou aos servidores do povo?

b) *Quanto à crise institucional*

19. Se o Estado brasileiro não dá conta das tarefas que assume, isto não resulta apenas do excesso de atribuições que lhe são cometidas, mas igualmente da inadequação de seu agenciamento.

Isto é visível ao se considerar, por um lado, a *estrutura federativa do País, que compreende, segundo a constituição vigente, os municípios.*

O federalismo é, por fatores físicos, políti-

vra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, monopólios estes que incluem “os riscos e resultados” (art. 177). E mais, reserva aos Estados-membros ou empresas estatais, a exploração dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2.º). Além de reclamar que explore a União, diretamente ou mediante concessão a empresa sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos e de telecomunicações em geral (art. 21, XI), afora lhe permitir explorar diretamente os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII).

cos, históricos, bem como administrativos, imprescindível ao Brasil. Não há por que renegar a herança de 15 de novembro.

Mas é indiscutível que o Brasil tem Estados e Municípios em excesso. Inúmeros desses Estados existem para servir a políticos e à política, não tendo, inclusive meios para manter seus quadros político-administrativos: vivem às custas da União. Análogo é o caso de muitos Municípios.

Disto não decorre vantagem alguma para o povo, contudo acarreta ônus desnecessários, portanto, desperdício de dinheiro público.

Por outro, a Constituição de 1988 foi generosa ao transferir para os Estados e Municípios recursos tributários, mas se esqueceu de, em contrapartida, lhes transferir encargos correspondentes. O resultado é a União contar com menos para fazer o que já fazia: sentindo em que realmente há uma "crise fiscal" provocada pela Constituição em vigor.

É este um problema de ordem estrutural, pois se inscreve no próprio modelo institucional adotado. Na verdade, esse elemento é o inadequado agenciamento dos órgãos de Poder (a ele, sem esquecer que não é o único elemento desse tipo, se volta a atenção deste trabalho).

20. A estrutura governamental brasileira é regida ainda pelo bicentenário princípio da "separação dos poderes". Mais: a Constituição em vigor o tornou intocável, incluindo-o entre os pontos que não podem ser abolidos mesmo por emenda constitucional (art. 60, § 4.º, III). E, apesar de entorses que tolera, como as medidas provisórias, sob a sua forma mais pura. De fato, o presidencialismo que adota - agora confirmado pelo plebiscito - não passa da institucionalização da "separação dos poderes".

Ora, se a fórmula de Montesquieu chegou a ser considerada como um dogma de organização governamental (Declaração de 1789, art. 16) e tem incontestáveis méritos, ela não se coaduna com as exigências do Poder num Estado social.

21. A "separação dos poderes", com efeito, ajusta-se ao Estado-guardião, não serve para o Estado de Bem-Estar. Realmente, ela pressupõe um Estado que se contenta com manter a ordem, deixando a cada indivíduo, por sua conta e risco, a busca do bem-estar.

A este modelo ela se adapta perfeitamente.

Um Poder, o Legislativo, estabelece a lei, as regras fundamentais de convivência, que limitam a liberdade. Outro, o Executivo, garante a paz, acompanha a execução da lei, ou a impõe, portando o gládio da imagem tradicional. O último, o Judiciário, julga os conflitos entre particulares, pune as infrações, como a voz da lei. Nesse quadro, respeitando a lei, portanto os direitos alheios, cada um que cuide de si, competindo no mercado, para gozar da felicidade almejada por todos.

Ora, enquanto prevaleceu essa visão relativa à missão do Estado, a "separação de poderes" prestou bons serviços, produziu bons frutos.

22. Esse modelo, todavia, deixou de fazê-lo, quando o Estado assumiu novas tarefas, depois da Primeira Guerra, preocupando-se em assegurar a todos o bem-estar.

Esta nova missão exige do Estado um papel radicalmente diferente do que desempenhava anteriormente. Era o Poder um freio que detinha os excessos individuais e se limitava a assegurar o *fairplay* da competição - papel, portanto, passivo, ou melhor, reativo; passa a ter ele uma função ativa, já que deve promover o desenvolvimento, garantir para todos o gozo de determinados bens e serviços que tem de produzir - é acelerador.

Para este novo papel a "separação de poderes" é inadequada.

Primeiro porque desequilibra os Poderes entre si. Com efeito, esse papel leva naturalmente ao avantajamento do Executivo em relação ao Legislativo. Na realidade prática, dos três Poderes é o Executivo que, por sua estrutura, pode assumir as tarefas de intervenção na economia, de promoção do desenvolvimento, de manutenção dos serviços exigidos pela educação, a saúde, a previdência, etc. A ele naturalmente se vinculam as empresas estatais. Só que a partir do momento em que ele as assume, deixa de ser "Executivo", torna-se Governo.

Isto, inclusive supervaloriza o "Executivo". De fato, as tarefas que assume condensam a expectativa popular. Elas é que traduzem o que o cidadão espera do Estado. Conseqüentemente, para o Executivo-Governo é que se voltam todos os olhos, a ele se confiam todas as esperanças.

Tendo como função realizar a expectativa do povo, o soberano na democracia, fácil é imaginar que o Executivo também se tornou o

soberano dentre os Poderes.

23. O mais grave, porém, está em que a promoção do bem-estar reclama uma interação contínua e estreita entre legislação e administração. De fato, no Estado de Direito só a lei obriga e, por isso, a realização pelo Governo das tarefas positivas hoje atribuídas ao Estado não pode prescindir de leis – leis de impulsão, é certo, variáveis com a conjuntura, não leis de arbitragem, estáveis numa dada cultura⁹.

Comprovadamente, o Legislativo não dá conta a tempo e hora da elaboração dessas leis. Isto retarda providências, o que no mundo veloz da economia significa agravamentos e deterioração das condições. Ademais, a elaboração sigilosa que muitas dessas leis exigem para serem eficazes, é impossível quando centenas de pessoas as debatem. Isto tem levado, pelo globo afora, o Executivo a assumir, aberta ou disfarçadamente, o papel de verdadeiro legislador. É ele a fonte da maioria das leis, seja pela quase monopolização da iniciativa, seja pelas formas de delegação (leis delegadas, decretos-leis, etc.)¹⁰. Ora, isto significa concentração do Poder, negação da idéia de Montesquieu.

24. A Constituição de 1988 não encontrou o agenciamento adequado para as relações entre o Executivo e o Legislativo no Estado de bem-estar que consagra. Atribui àquele o papel de Governo e indubitavelmente lhe dá uma missão de estímulo e controle econômicos. Não lhe dá os meios para tanto, pois deixa à mercê do Legislativo as suas iniciativas que reclamam formalização legal.

Aboliu, por autoritários, o decurso de prazo e o decreto-lei. No lugar deste, introduziu as medidas provisórias que são fonte de profunda instabilidade jurídica, na medida em que combinam incerteza quanto ao aperfeiçoamento definitivo de suas normas com eficácia imediata dessas mesmas normas. Instabilidade que aumenta, eis que o Legislativo se omite freqüentemente, não as rejeitando, nem as aprovando, donde a prática da renovação de medida provisória.

Com isso e por isso, vê-se hoje o Executivo barganhar com parlamentares – em troca de

favores e de concessão de verbas eleitoreiras – para obter a aprovação de seus projetos, inclusive do orçamento.

c) *Quanto à crise do modelo democrático-representativo*

25. Esta é a mais profunda das crises que vive o Estado contemporâneo em geral e o brasileiro em particular. Trata-se da crise da própria representação, portanto da democracia representativa, cujo modelo não atende aos reclamos da consciência política contemporânea¹¹.

Numa síntese preliminar: é unânime o apego à democracia e só a democracia é tida por legítima, mas o sistema dito democrático o é pouco e a prática, quase nada.

Realmente, é crença universal e assente que ao povo pertence o poder e no seu interesse este deve ser desempenhado, quando por ele não o possa ser diretamente exercido.

Entretanto, o modelo representativo pelo qual se busca realizar a democracia é comprovadamente falho. Reconheça-se até, em honra de seus pais, como Sieyès, que estes o imaginaram para estabelecer o governo da minoria dos mais capazes – a *República* na linguagem de Madison – e não a democracia – para eles sempre e somente direta, à ateniense ou à Rousseau.

26. A idéia central e original da representação política é, como está em *O Espírito das Leis*, dar aos mais capazes – os representantes – escolhidos pelo povo em geral (que para isso tem capacidade) o desempenho do Poder¹².

¹¹ V. meu trabalho “A revisão da doutrina democrática”, publicado no livro *Idéias para a nova Constituição brasileira*, Saraiva, São Paulo, 1987, pp. 39 e ss.

¹² Em *O Espírito das Leis*, Livro XI, cap. VI, está a chave da concepção de representação política inerente à democracia moderna. Diz Montesquieu: “A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de debater os negócios (públicos). O povo não o é capaz disso, o que forma um dos grandes inconvenientes da democracia”. Noutra passagem (Livro II, cap. II), ele observa: “O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar qualquer parte de sua autoridade... Mas saberá ele conduzir um negócio (público) (*affaires*), conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos (as circunstâncias e as condições), tirar proveito deles? Não: ele não o saberá”. Nessas duas passagens se resume a doutrina representativa da democracia moderna.

⁹ V. a esse respeito meu livro *Do Processo Legislativo*, Saraiva, São Paulo, 2.ª ed., 1984, pp. 269 e ss.

¹⁰ Cf. *Do Processo Legislativo*, ob. cit., pp. 133 e ss.

Nisto, há aristocracia, jamais democracia, daí a conhecida e justificada invectiva de Rousseau contra o povo que é tão tolo que pensa ser livre porque periodicamente elege os seus senhores...¹³

Foi ela substituída pela tese de que o povo se governa por meio dos representantes que escolhe. Tais representantes se guiam pelos interesses do povo, senão pelas diretrizes que o seu voto sinalizaria.

Amplio debate provoca esse posicionamento, não havendo tempo para discuti-lo, admita-se a tese como válida.

Mas é evidente que para a verdade da democracia avultam então as questões interdependentes do sistema eleitoral e do sistema partidário. São elas condicionantes da escolha popular e do direcionamento político desejado.

Nestes dois passos, a Constituição de 1988 é inadequada e contribui para a desmoralização da democracia.

27. No que toca ao sistema eleitoral, mantém ela, como sistema de escolha dos deputados federais, estaduais e vereadores, o sistema de representação proporcional. Em defesa deste, invoca-se o mérito de propiciar a expressão das mais variadas correntes de pensamento.

Se isso é verdade, é preciso desde logo observar que o mais das vezes essas correntes são reflexo do personalismo de líderes que desejam ser donos de partido, e não de um corpo de idéias coerentes e significativas.

Por outro lado, são perfeitamente conhecidos os inconvenientes que suscita. Contribui para a multiplicação do número de partidos, donde resultam pelo menos dois malefícios. Um, o esfarinhamento da votação popular que impede surja do pleito, com nitidez, a vontade política do povo, portanto a sinalização das diretrizes de ação política desejadas. Outro, o esfarinhamento dos grupos parlamentares, com a dificuldade de sua aglutinação para a tomada das decisões necessárias, e particularmente para a aprovação das leis.

Ademais, produz um distanciamento entre o eleitor e o eleito, dada a amplidão das circunscrições eleitorais que enseja. É difícil a escolha pelo eleitor dentre candidatos que desconhece pessoalmente. Sim, porque, contrariando o modelo teórico, mesmo na representação proporcional o eleitor escolhe levando em

conta a pessoa, não o programa.

Nesse contexto, a corrupção eleitoral é favorecida, como favorecido é o poder econômico. Igualmente, cresce a influência dos meios audiovisuais de comunicação de massa. Com isto, avulta a força das paixões, em detrimento da razão, nas decisões de voto.

Não é de surpreender que nesse contexto as escolhas eleitorais não primem pelo acerto. E disso se ressentam as câmaras.

28. Igualmente, a eleição presidencial direta que formaliza a Constituição não atende ao desejável numa democracia.

Ela conduz inexoravelmente ao plebiscito entre dois demagogos, de que falava Afonso Arinos¹⁴. E talvez leve, como apontava esse jurista, à vitória daquele que "mais esperanças privatistas despertou nos indivíduos, classes e grupos".

Nesta eleição, crucial é a influência dos meios audiovisuais de comunicação de massa, que ostensiva ou discretamente são veículo do mais deslavado marketing político. A televisão é hoje o *kingmaker*.

E é também crucial o peso do dinheiro. Inclusive para o preparo dos ditos programas eleitorais "gratuitos"...

29. Acrescente-se a esses dois pontos em que a Constituição repete erros do passado, um que é de sua originalidade. Trata-se da destruição do partido político.

Realmente, se o partido oferece riscos para a democracia, parece impossível, no mundo contemporâneo, estabelecer uma democracia sem partidos. Ora, a Carta em vigor facilita a tal ponto a criação de partidos, ensejando tão grande multiplicação de seu número, que os desvalorizou totalmente.

Disto decorrem graves problemas políticos que hoje se registram a olho nu. Um é o da quase inviabilidade de uma coordenação política da atuação do Legislativo e do Executivo, quando representados no Congresso há pelo menos vinte grupos, sem coerência, nem disciplina ou fidelidade. Outro é o de extrair significação de eleições disputadas por mais de quarenta grupos, sem programa, nem homogeneidade.

¹⁴ MELLO FRANCO, Afonso Arinos de, no Livro dele e de Raul Pilla. *Presidencialismo ou Parlamentarismo?*, José Olympio, Rio de Janeiro, 1958, p. XXIII.

¹³ V. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Livro III, cap. XV.

30. Se a democracia ainda é para o brasileiro a fórmula política ideal, a que ele adere de cabeça e coração, forçoso é registrar o descrédito e a desmoralização que vota à classe política a opinião pública.

Esta, ao olhar os "políticos" como um todo, considera-os – permitam-me apontá-lo – corruptos e incapazes. Não confia neles, deles nada de bom espera e, em consequência, como já ocorreu num passado não muito longínquo, não erguerá um dedo para defendê-los, caso lhe pareça que a salvação pública assim será lograda.

Existe assim uma grave crise do modelo democrático-representativo que está próxima das raízes do sistema, ou seja, não rompeu a legitimidade, mas que poderá chegar até lá.

IV. Linhas de reequacionamento

31. Um mérito teve a Constituição em vigor: foi humilde ao reconhecer a necessidade de sua revisão, após um período experimental de cinco anos.

À vista do exposto, tal revisão era, e é necessária, mas já se pode vaticinar que o pouco que se fez não foi o necessário.

Assim, a reforma da Constituição, para que sejam superadas as crises apontadas, continuará na ordem do dia. Vale, por isso, deduzir no fecho deste trabalho algumas sugestões.

32. Quanto à *crise de sobrecarga*, o bom senso reclama, por um lado, separar o que é e o que não é missão do Estado.

Aqui vale desde logo recordar o velho princípio de subsidiariedade que o tratado de Maastricht pôs em nova evidência. Somente cabe ao Estado fazer aquilo que não possa ser feito, ou não possa ser feito de modo adequado, pelo indivíduo e pelos grupos sociais. Igualmente não se deve fazer em nível mais alto o que puder ser feito em nível mais baixo, o que vale em relação ao cidadão, à família e às organizações intermediárias.

Isto é válido quer no plano econômico, quer no plano social.

Neste último, num País de contrastes e de miséria como o Brasil, deve-se até abrir um campo razoável para uma atuação assistencial do Estado, mas onde não possa isso ser realizado pela comunidade, sozinha ou, mesmo, amparada por recursos públicos.

Mas obviamente essa atuação estatal deve ser seletiva. Não se recuse ao Estado amparar a cultura, o desporto, o lazer, contudo, sendo

limitados os seus recursos, depois de atendidos adequadamente o campo essencial: educação, proteção à saúde... É imprescindível, portanto, o estabelecimento de prioridades.

33. Quanto à *crise institucional*, impõe-se estabelecer melhor o papel dos poderes Executivo e Legislativo. Dar ao primeiro o caráter declarado de Governo, ao segundo mais pronunciadamente o de controlador do Governo.

Isto passa por um reentrosamento de ambos no que tange ao estabelecimento da lei. Ou por procedimentos que dinamizem a legiferação e evitem a postergação das decisões. Ou pela previsão de instrumento normativo que possibilite a definição da impulsão governamental, sem as exigências formais necessárias a uma lei relativa a pontos fundamentais da organização política, econômica ou social. Ou, à francesa, pela distinção entre um campo da lei e outro de regulamentação autônoma.

34. Quanto à *crise do modelo*, convém estabelecer um sistema eleitoral que aproxime eleitorado e candidatos, representados e representante. Isto passa pela adoção de uma modalidade de voto distrital.

Paralelamente, cumpre adotar um sistema de financiamento eleitoral que não seja hipócrita mas realista, propiciando-se a fiscalização dos gastos e conseqüentemente a limitação da influência do poder econômico nas eleições.

Também é necessário diminuir o número de partidos, por meio de exigência de representatividade mínima. E fortalecê-los pela disciplina, em proveito de sua coerência e da valorização de seu programa.

Os meios de comunicação de massa, mormente a televisão, deverão ser direcionados ao preparo, à informação, à formação do eleitorado e não à propaganda e ao *marketing* por meio da exploração das paixões. Seu papel principal há de ser o de propiciar o debate contraditório entre partidos e candidatos.

35. Talvez não sejam estas as propostas que melhor levariam à superação da crise de governabilidade, ou das crises que a integram. Não é preciso debater soluções, porque o peso dos problemas forçará, mais dia, menos dia, que se adotem soluções para o problema do Estado brasileiro.

Impetração de mandado de segurança pelo Estado

HUGO DE BRITO MACHADO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Origem do mandado de segurança. 2.1. O habeas corpus. 2.2. Ampliação do habeas corpus e o novo instrumento processual. 2.3. Proteção do particular contra o Estado. 3. Impetração por pessoa jurídica. 3.1. Não-restrição das garantias constitucionais. 3.2. Pessoas jurídicas de direito privado. 3.3. Pessoa jurídica de direito público. 3.4. A isonomia. 4. Impetração contra ato judicial. 4.1. O juiz como autoridade coatora. 4.2. O impetrante como pessoa. 4.3. A inversão total da finalidade. 4.4. Ataque a outras garantias constitucionais. 5. O poder estatal. 6. Conclusões

1. Introdução

Não obstante possa uma norma jurídica, com o passar do tempo, sofrer profundas modificações em seu significado, sem que uma letra na mesma se tenha mudado, o elemento histórico segue tendo grande importância na interpretação jurídica.

Por isto, meditando a respeito da imensa quantidade de mandados de segurança impetrados contra atos judiciais, dei-me conta de que o Estado está utilizando o instrumento processual criado para a defesa dos direitos do particular, contra ele. Não obstante possua diversos instrumentos de manipulação dos direitos, o Estado está arrebatando das mãos do indivíduo aquele instrumento que lhe concedera, para combater os abusos do poder. E o que é pior, está utilizando o mandado de segurança exatamente para neutralizar, ou minimizar, os efeitos dos instrumentos processuais utilizados pelo particular, inclusive o próprio mandado de segurança. E isto me parece inteiramente inadmissível.

É o que se pretende demonstrar aqui, reco-

Hugo de Brito Machado é Juiz do Tribunal Federal da 5.^a Região e Professor Titular de Direito Tributário da UFC.

nhecendo inteira razão a Celso Barbi, quando afirma que "longo e penoso é o caminho percorrido até hoje pelos indivíduos na luta contra os excessos do poder público."¹

2. Origem do mandado de segurança

2.1. O *habeas corpus*

O *habeas corpus*, por sua natureza e objeto, é instrumento do indivíduo, destinado a protegê-lo contra o arbítrio do poder público.

A origem do mandado de segurança está estreitamente ligado ao *habeas corpus*.² O elemento histórico está, pois, a indicar ao hermenêutica que o mandado de segurança é um instrumento processual de defesa do particular contra o poder público.

Neste sentido desenvolveu-se a denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*, "cujo marco inicial foi uma petição de Rui Barbosa, em 1892, pleiteando ordem de soltura em favor de presos políticos. Procurou-se, a partir daí, ampliar o âmbito de sua incidência, de modo a proteger o indivíduo não apenas contra prisões ilegais, mas também contra quaisquer atos da autoridade que inflitsem, por mais remotamente, na liberdade pessoal".³

2.2. Ampliação do *habeas corpus* e o novo instrumento processual

Entre ampliar o objeto do *habeas corpus*, e criar um novo instrumento processual, terminou prevalecendo esta última opção. "Sentia-se, de modo forte e inadiável, a necessidade premente de se criar um remédio que servisse aos particulares de defesa para certas situações irremediáveis que não encontravam, entre as ações judiciais então existentes, guarda e adaptação."⁴

Com a Constituição de 1934 foi afinal instituído o mandado de segurança. "A fórmula tímida apresentada pelo legislador constituinte ganhou contornos mais amplos na prática dos tribunais,

creceu desordenadamente, acarretando alguns males, mas trazendo imensuráveis vantagens."⁵

Vida efêmera, pereceu, com a Constituição de 1937, o valioso instrumento processual de defesa dos direitos individuais contra o Estado. A razão de sua extinção é óbvia. Estado forte, ditatorial, não podia tolerar tamanha limitação de seus poderes. Sua extinção, aliás, nas circunstâncias em que se deu, está a indicar que se trata de um instrumento de proteção do particular contra o Estado.

2.3. Proteção do particular contra o Estado

A quase totalidade dos autores, ao conceituar o mandado de segurança, ou fazer referência às suas origens, coloca-o como instrumento de defesa do particular, do indivíduo, ou do cidadão,⁶ contra o Estado.

"Com o surgimento, nos primeiros anos deste século, da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a jurisprudência, amparando certos direitos a rigor não enquadráveis dentro do verdadeiro espírito daquele instituto, veio demonstrar a necessidade de criação de um similar que protegesse e desse solução rápida aos direitos individuais dos cidadãos, na esfera civil."⁷

Castro Nunes afirma categoricamente que o mandado de segurança tem "por objeto amparar direitos do particular contra o poder público,"⁸ e que o direito exercitado pela via do mandado de segurança é sempre "um direito subjetivo do particular contra o poder público,"⁹ e ao especificar a relação jurídica que alberga o direito protegível pelo mandado de segurança, refere-se a uma "relação de direito público entre o particular e o Estado."¹⁰

Vicente Greco Filho também diz ser o mandado de segurança "o meio mais eficaz para a correção da ilegalidade do representante do poder público contra o particular, nos casos não enquadráveis no *habeas corpus*."¹¹

Lúcia Valle Figueiredo inicia o capítulo das Garantias dos Administrados, de seu excelente

¹ BARBI, Celso Agrícola, *Do Mandado de Segurança*, 6.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. XV.

² FADEL, Sérgio Sahnion, *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, 2.ª ed., José Konfino - Ed., Rio de Janeiro, 1976, p. 11; GRECO FILHO, Vicente, *Tutela Constitucional das Liberdades*, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 154; CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, 9.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1988, pp. 1 a 12; FLAKS, Milton, *Mandado de Segurança - pressupostos da impetração*, Forense, Rio de Janeiro, 1980, pp. 4 a 8.

³ FALKS, Milton, op. cit., p. 7.

⁴ FADEL, Sérgio Sahnion, op. cit., p. 12.

⁵ BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. XVI.

⁶ As palavras *particular*, *indivíduo* e *cidadão*, nesse contexto, são sinônimos perfeitos. Significam o governado, aquele que não dispõe de poder estatal.

⁷ FADEL, Sérgio Sahnion, op. cit., p. 11 (grifamos a expressão: aos direitos individuais dos cidadãos, na esfera civil).

⁸ CASTRO NUNES, op. cit., p. 44.

⁹ CASTRO NUNES, op. cit., p. 51.

¹⁰ CASTRO NUNES, op. cit., p. 52.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 154.

Curso de Direito Administrativo, afirmando que “chegou o momento de tratarmos institutos que garantem os cidadãos, individual ou coletivamente”.¹² Em sua monografia sobre a autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança, a ilustre Juíza do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região transcreve manifestação do eminente Ministro Moreira Alves, que se reporta ao mandado de segurança afirmando: “Os instrumentos de proteção aos direitos individuais lograram maior esforço a partir do momento em que, já no final do século XVIII, graças ao liberalismo, foi possível surgir a idéia da admissibilidade de defesa do direito do cidadão frente ao poder do Estado.”¹³

Teresa Alvim, depois de se reportar à divisão dos poderes do Estado, como forma de garantir os direitos individuais, assevera:

“Evidentemente, ao lado destes direitos e garantias, para que o sistema funcione, deve dotar-se o particular de *instrumentos*, a nível processual, para que este oponha, ao Estado, estes direitos e estas garantias. Precisamente dentre estes *instrumentos* encontra-se a figura do mandado de segurança.

Neste sentido, as palavras de Carlos Mário da Silva Velloso, quando diz que os povos, cedo, “perceberam que não bastam as declarações de direitos. É necessária a existência de meios que tornem efetivos os tais direitos, assim fazendo real a limitação do poder.”

Este contexto deve, portanto, nortear o intérprete, quando este procura extrair sentido de quaisquer regras que digam respeito ao mandado de segurança.¹⁴ O intérprete deve, com Sérgio Ferraz, “tirar do texto legal tudo aquilo que pode nele se conter, inclusive lembrando o berço do mandado de segurança.”¹⁵

Resta evidente, pois, que o intérprete das

¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 245. (O destaque da palavra *cidadãos* está no original.)

¹³ Citado por FIGUEIREDO, Lúcia Valle, em *A Autoridade Coatora e o Sujeito Passivo do Mandado de Segurança*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 13.

¹⁴ ALVIM PINTO, Teresa Arruda, *Mandado de Segurança Contra Ato Judicial*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 10.

¹⁵ FERRAZ, Sérgio, “Aspectos Processuais do Mandado de Segurança”, em *Curso de Mandado de Segurança*, diversos autores, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 131.

normas existentes na Constituição, e nas leis, tratando do mandado de segurança, está autorizado a interpretá-las de sorte a ver nesse instrumento processual um meio de defesa do particular, do governado, contra o poder público.

3. Impetração por pessoa jurídica

3.1. Não-restrição das garantias constitucionais

A idéia de não restringir as garantias constitucionais levou a admitir-se a impetração do mandado de segurança também pelas pessoas jurídicas.

A este propósito, leciona Vicente Greco Filho:

“Qualquer pessoa com capacidade de direito, isto é, pessoa natural ou jurídica, pode ser sujeito ativo do mandado de segurança. Discutiu-se, por que catalogado entre os direitos individuais, se poderia a pessoa jurídica impetrar o remédio constitucional. O problema, contudo, ficou superado, porque o rol do art. 5.^o da Constituição Federal não é privativo das pessoas naturais, aplicando-se, também, conforme o caso, às pessoas jurídicas. Estas, evidentemente, estão excluídas do *habeas corpus*.”¹⁶

Não tenho dúvida de que as garantias estabelecidas pelo art. 5.^o da Constituição Federal dirigem-se aos particulares em geral, aos governados, como proteção contra o abuso do poder estatal.

3.2. Pessoas jurídicas de direito privado

Realmente, no que diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado, a ampliação é válida, porque não desvirtua o sentido da garantia constitucional. Permanece evidente a função do mandado de segurança como um instrumento de proteção contra o Estado.

Não se pode ignorar a utilização intensa e generalizada das sociedades comerciais como forma de estruturação das empresas, nem a também generalizada utilização de sociedades e associações civis, como forma de estruturação de segmentos não empresariais, mas seguramente integrantes do denominado *setor privado da nação*. Negar, portanto, às pessoas jurídicas de direito privado o direito ao mandado de segurança, seria reduzir, injustificadamente, o alcance desse notável instrumento processual.

Pela mesma razão, “tem-se admitido a impe-

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 160.

tração por parte de entidades sem personalidade jurídica, mas com capacidade para estar em juízo, como a massa falida, o espólio, a herança jacente ou vacante, por força da capacidade outorgada pelo art. 12 do Código de Processo Civil".¹⁷

Em qualquer desses casos o mandado de segurança segue sendo um instrumento de proteção de governados contra o abuso de poder de governantes.

3.3. Pessoa jurídica de direito público

O primeiro passo para a inversão da finalidade do mandado de segurança foi dado quando se admitiu sua impetração por parte de pessoa jurídica de direito público.

Doutrinadores do porte de Sérgio Ferraz sustentam que não há "como vedar às pessoas jurídicas de direito público a utilização do *writ*".¹⁸ Vê-se, todavia, que o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro e professor titular de Direito Administrativo da PUC daquele Estado não defende o direito de uma pessoa jurídica de direito público impetrar mandado de segurança dirigido contra garantias constitucionais do cidadão, até porque sua tese funda-se em que as garantias constitucionais não podem ser objeto de restrição. Observe-se que os exemplos por ele citados são todos concernentes a mandados de segurança do poder público contra o poder público, sem qualquer envolvimento de direitos de particulares.¹⁹ Em nenhum momento o ilustre professor sustenta que se deva admitir a utilização do mandado de segurança pelo Estado, como instrumento de ataque às garantias do particular. Na sua valiosa doutrina,

"O mandado de segurança é uma ação endereçada contra o poder público, é algo que necessita, pois, de direito bom, pois não se pode subestimar a força do Executivo — não se pode fazer ciência jurídica sem pensar nessas miudezas factuais. Impetrar mandado de segurança é uma tarefa que ultrapassa a simples dimensão processual."²⁰

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 160.

¹⁸ FERRAZ, Sérgio, *Mandado de Segurança (Individual e Coletivo — Aspectos Polêmicos)*, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, p. 32.

¹⁹ FERRAZ, Sérgio, op. cit., p. 32.

²⁰ FERRAZ, Sérgio, "Aspectos Processuais do Mandado de Segurança", em *Curso de Mandado de Segurança*, diversos autores, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 130

É certo, porém, que o fato de ser impetrante uma pessoa jurídica de direito público ainda não significa uma completa inversão da finalidade do mandado de segurança. Como assevera Greco Filho,

"admite-se a impetração por entidades de direito público, mesmo sem personalidade jurídica, a fim de garantir prerrogativas funcionais violadas por outra entidade também de direito público. Assim, por exemplo, tem-se admitido *writ* de Municípios contra órgãos do Estado e do prefeito contra a Câmara Municipal ou desta contra aquele".²¹

Não se tem, nesses casos, uma completa inversão da finalidade do mandado de segurança, posto que segue sendo ele uma proteção contra abuso do poder público, e se não favorece, também não prejudica o particular, o indivíduo, o cidadão governado.

Mesmo assim, não é razoável admitir esse elastério, pela mesma razão que se não admitiu o elastério do *habeas corpus*: a preservação da pureza do instituto.

Admitir o uso do mandado de segurança pelas pessoas jurídicas de direito público foi, não tenho dúvida, uma idéia infeliz, posto que além de turbar a pureza do instituto, abriu ensejo à completa inversão de sua finalidade.

3.4. A isonomia

Não se diga que inadmitir a impetração do mandado de segurança por pessoa jurídica de direito público lesa o princípio da isonomia, ou princípio da igualdade das partes do processo.

Em primeiro lugar, imperioso é distinguir o princípio da isonomia, do princípio da igualdade das partes no processo, que é apenas uma forma de manifestação daquele. O princípio da isonomia é amplo, e pode ser entendido como igualdade não apenas perante a lei, vale dizer, em sua aplicação, mas também igualdade na lei, vale dizer, em sua feitura. Já o princípio da igualdade das partes no processo é concernente apenas à igualdade na aplicação da lei. Está expresso na disposição segundo a qual ao juiz, na direção do processo, compete "assegurar às partes igualdade de tratamento".²²

Mesmo, porém, em face do princípio geral da isonomia, não se pode dizer considerar lesivo a este o negar às pessoas jurídicas de direito público a qualidade para impetrar mandado de

²¹ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 160.

²² Código de Processo Civil, art. 125, inciso I.

segurança. A mesma desigualdade existente entre o particular e o Estado, entre o governado e o poder público, que permite ao legislador outorgar a este último inúmeros privilégios processuais, há de permitir que se preserve o mandado de segurança como instrumento do primeiro, contra o último.

Entre os vários privilégios do poder público, em juízo, basta que se mencione a impenhorabilidade de seus bens. Isto é suficiente para demonstrar a absoluta desigualdade entre o Estado e o particular, em juízo.

Não é razoável, portanto, argumentar-se com o princípio da isonomia, para sustentar a existência, para o Estado, do direito de impetrar mandado de segurança.

4. Impetração contra ato judicial

4.1. O juiz como autoridade coatora

O segundo e decisivo passo para a completa inversão da finalidade do mandado de segurança deu-se quando se passou a admiti-lo contra atos judiciais.

Em princípio justifica-se o elastério, posto que o juiz, como qualquer outra autoridade, é um ser humano, e portanto não é infalível. Não há, portanto, razão para excluir-se a possibilidade de impetração contra seus atos, que eventualmente sejam lesivos a direito líquido e certo da parte. Como assevera a Professora Teresa Alvim, com inteira propriedade,

“o remédio constitucional só pode efetivamente cumprir a sua finalidade, em sintonia com as idéias fundamentais que inspiraram a sua criação, porque pode ter como objeto atos do Estado, genericamente considerado, e não, exclusivamente, atos da administração”.²³

A impetração de mandado de segurança contra atos judiciais, todavia, como adverte a ilustre professora de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da PUC, de São Paulo, é assunto a “ser tratado com cautela e acuidade de raciocínio”,²⁴ e assim, com cautela e acuidade de raciocínio, é possível distinguir os casos nos quais o mandado de segurança pode ser utilizado contra ato judicial, “cumprindo a sua finalidade, em sintonia com as idéias fundamentais que inspiraram a sua criação”,²⁵ daqueles outros, nos quais não se está cumprindo a sua finalidade, nem se está “em sintonia com as idéi-

²³ ALVIM PINTO, Teresa Arruda, op. cit., p. 11.

²⁴ ALVIM PINTO, Teresa Arruda, op. cit., p. 11.

²⁵ ALVIM PINTO, Teresa Arruda, op. cit., p. 11.

as fundamentais que inspiraram a sua criação”.

Seja como for, tem-se de considerar que o juiz, como autoridade coatora, coloca-se em situação bem diferente daquela em que fica a autoridade administrativa.

“Isso porque a Administração tem sempre interesse na manutenção do ato que praticou e que está sendo impugnado, mesmo porque se entende que ela agiu no suposto de o fazer dentro dos limites legais. Defende-se ela, portanto, enviando informações que são verdadeira contestação, minutadas por seus advogados e apenas assinadas pelo coator.

Mas quando o ato atacado é de natureza judicial, apesar de agir o juiz em nome ou como órgão do Estado, a administração pública não tem, na realidade, nenhum interesse no desfecho da questão. As informações então não possuem as características de defesa e são minutadas pela própria autoridade judiciária que as subscreve. E esta pode ter interesse meramente moral em sustentar a legalidade do seu ato, mas lhe é mesmo impossível ter qualquer interesse de outra natureza, dada sua posição de imparcialidade na causa sujeita a seu julgamento.

O verdadeiro interessado nesse caso é a outra parte na demanda onde foi proferido o despacho impugnado. Este é o verdadeiro vencido, se julgado procedente o mandado de segurança. No entanto, na prática, fica ele ignorado pelos tribunais, tal como se não existisse no mundo jurídico.”²⁶

Realmente, o juiz não pode ter interesse, a não ser de ordem moral, na manutenção do ato impugnado. E sua posição de natural imparcialidade deixa, na prática, o mandado de segurança sem o necessário contraditório. As informações por ele prestadas, no mais das vezes, simplesmente confirmam a prática do ato e oferecem cópias de algumas peças do processo, sem desenvolver qualquer argumento na defesa do ato impugnado.

4.2. O impetrante como pessoa

O único argumento dos que defendem a impetração do mandado de segurança pelos entes estatais reside em que o Estado, no caso, age como pessoa.

Realmente, o Estado administração é uma

²⁶ BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 163.

pessoa, na medida em que é titular de direitos e obrigações. E por isto mesmo é que se tem admitido o Estado como impetrante.

Nas impetrações contra ato judicial, todavia, tem-se que a administração, como pessoa, age contra ela própria, visto como o Poder Judiciário integra a pessoa jurídica de direito público a que pertence. E isto é tão absurdo quanto pretender a União Federal haver indenização dela própria, com fundamento no art. 37, § 7.º, da Constituição, em face de um ato ilegal ou abusivo, praticado em seu detrimento por um juiz federal, a indenização pelo dano respectivo.

Em outras palavras, o direito de impetrar mandado de segurança é o direito de ação. O que o caracteriza, dando-lhe especificidade, é o fato de dirigir-se, sempre, contra ato de autoridade, para proteção de direito líquido e certo.

O titular de direito ao mandado de segurança pode, sempre, se quiser, utilizar em lugar deste a denominada via ordinária.

“As vias ordinárias estão sempre franqueadas às pessoas naturais e jurídicas, públicas ou privadas, para defesa de seus direitos, mas quando o direito respectivo for dotado de liquidez e certeza, e a lesão ou ameaça ocorrerem em razão de ato ilegal ou abusivo da autoridade, o pedido de tutela jurisdicional poderá ser feito através de procedimento especial, a que se chama “mandado de segurança”.²⁷

E como não é razoável imaginar-se a União Federal ingressando com ação contra ela própria, também não se deve admitir que ingresse com mandado de segurança para pedir proteção contra uma autoridade que a integra.

Se o argumento dos que sustentam o cabimento da impetração de mandado de segurança pela União Federal reside em que esta é uma pessoa, tem-se de concluir que a impetração cabível é apenas aquela dirigida contra outra pessoa, e não contra ato de quem integra a própria pessoa jurídica impetrante. Por isto mesmo quem sustenta ser o mandado de segurança direito concedido a qualquer pessoa, assevera:

“A União, por exemplo, tem direito ao mandado de segurança contra o Estado e o Município.”²⁸

²⁷ SANTOS, Ernane Fidélis, *Manual de Direito Processual Civil*, 3.ª edição, Saraiva, São Paulo, 1994, vol. 3, p. 167.

²⁸ SANTOS, Ernane Fidélis, op. cit., p. 168.

A não ser assim, ter-se-á de admitir mandado de segurança impetrado pela União Federal contra um delegado da Receita Federal, ou contra um Ministro de Estado, ou contra o Presidente da República, ou qualquer outra autoridade administrativa, o que evidentemente seria um verdadeiro despautério, pois implicaria conceder à União meio processual para questionar em Juízo, como autora, a validade jurídica de seus próprios atos, sendo ao mesmo tempo autora e ré nas ações.

4.3. *A inversão total da finalidade*

Na impetração do mandado de segurança, pelo Estado, contra ato judicial praticado em favor do particular, ocorre mais do que o descumprimento da finalidade do writ, verifica-se verdadeira e total inversão de sua finalidade, e não apenas a falta de sintonia, mas absoluto desprezo pelas idéias fundamentais que inspiraram a sua criação.

Quando a Fazenda Nacional, ou União Federal, impetra mandado de segurança contra um juiz federal, atacando uma liminar concedida a um contribuinte, em ação cautelar, ou em outro mandado de segurança, verifica-se uma inversão total e absoluta da finalidade do writ. O instrumento criado para ser uma garantia do particular contra o poder público está sendo usado por este contra o particular.

Não se diga que o mandado de segurança é impetrado contra o juiz. Na verdade este não tem, nem pode ter, qualquer interesse no ato judicial que praticou e está sendo impugnado. Tem o dever legal de neutralidade. O mandado de segurança, neste caso, volta-se de fato contra o particular, beneficiário do ato judicial impugnado.

4.4. *Ataque a outras garantias constitucionais*

Mais grave, porém, é que a impetração do mandado de segurança pela pessoa jurídica de direito público, contra o ato de um juiz, praticado em favor do particular, é na verdade um ataque a outras garantias constitucionais deste.

É o uso do instrumento que a ordem jurídica estabeleceu para defesa do particular contra o poder público, utilizado por este para atacar as garantias constitucionais daquele.

5. *O poder estatal*

O que se está verificando com o uso do mandado de segurança é bem uma evidente mostra de como perigoso é o poder, e mais e mais perigoso é o poder estatal.

“El marco donde el poder encuentra

más posibilidades de ejercicio y desarrollo es dentro del cuerpo estatal. En el Estado, el poder cristaliza en su dimensión más amplia, cuando se convierte en el propio poder del Estado, bajo cuyo manto protector no cabe otro poder más fuerte, ni más avasallador."²⁹

Titular de poder, o Estado cria a própria norma jurídica, instrumento pelo qual se impõe aos governados. Não tem a mínima necessidade de proteção contra seus súditos. E, no caso, arrebatada desta aquela garantia constitucional, e passa a utilizá-la para enfraquecer as demais garantias que a ordem jurídica edificou para protegê-los, num processo realmente avasallador.

Na crença de que o Direito é o melhor, senão o único instrumento capaz de manter as manifestações do poder dentro de limites compatíveis com a liberdade humana, penso que a doutrina jurídica, descomprometida com os poderosos, tem relevante papel a desempenhar.

6. Conclusões

Diante de todas as considerações aqui desenvolvidas, chega-se afinal às seguintes conclusões:

1.ª) O exame da origem do mandado de segurança revela ser ele um instrumento de proteção dos direitos do particular, vale dizer, do governado, contra o Estado.

2.ª) É admissível e mesmo necessária a ampliação da garantia constitucional, para que dela se possam utilizar as pessoas jurídicas de direito privado, posto que corporificam particulares, cujos direitos se expõem a lesões decorrentes de atos abusivos do poder público.

3.ª) É inadmissível, porém, que tal ampliação leve a permitir que do mandado de segurança se utilizem as pessoas jurídicas de direito público, pois isto, além de retirar a pureza do instituto, fazendo-o desviar-se de sua finalidade essencial, constitui para o indesejável fortalecimento do Estado, em detrimento do particular.

4.ª) Em se tratando de impetração, por pessoa jurídica de direito público, contra ato judicial praticado para proteger direito de particular, configura-se, então, absurda e total inversão da finalidade para a qual foi criado o mandado de segurança, razão pela qual essa impetração é absolutamente inadmissível.

²⁹ ANDE, Joaquín Blanco, *Teoría del Poder*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, p. 47.

O controle de constitucionalidade das leis

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os tipos e os sistemas de controle de constitucionalidade. 2.1. Quanto ao momento: a) preventivo; b) repressivo. 2.2. Quanto ao órgão controlador: a) controle político; b) controle judicial; c) controle misto. 3. O controle de constitucionalidade na França. 4. O controle de constitucionalidade em Portugal. 5. O Controle de constitucionalidade no Brasil. 6. Conclusão.

1. Introdução

O grande virginiano John Marshall, que foi o *Chief-Justice*, isto é, o Presidente da Suprema Corte Norte-Americana, de 1801 a 1835, considerado o maior juiz americano de todos os tempos, assim afirmou, em seu voto, no famoso Caso *Marbury v. Madison*, em 1803:

“Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns, ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como esses, é reformável ao sabor do Legislativo. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as cláusulas escritas na Constituição são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável.”

Evidente que as firmes palavras do grande magistrado são uma clara defesa do princípio da *supremacia constitucional*, que, segundo Pinto Ferreira, é o “alicerce em que se assenta o edifício do moderno direito político” e hoje adotado em todas as democracias, republicanas ou monárquicas.

Tal princípio surgiu com o *constitucionalismo*, movimento político-jurídico advindo da

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza é professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito Milton Campos, Assessor Jurídico do TJMG e Diretor-Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

promulgação da primeira constituição orgânica do mundo, a Constituição dos Estados Unidos da América, em 17 de setembro de 1787, na Convenção de Filadélfia. Sintética e objetiva, a Constituição americana, hoje mais que bicentenária, originou-se, em grande parte, das doutrinas de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e do Barão de Montesquieu, com os aprimoramentos providos do *System of Checks and Balances*, de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

Destinada a vigorar para a geração da época e para os seus descendentes, segundo se declara em seu preâmbulo, ela foi considerada logo de início como *the highest law of the land*, o direito supremo do país, acima de todas as leis e tratados federais e de todas as constituições e leis estaduais.

Para que prevaleça essa necessária *superioridade* da norma constitucional no ranking das normas estatais, mister se faça uma contínua verificação de conformidade das normas infraconstitucionais com os ditames constitucionais. Essa verificação é o *controle de constitucionalidade*, uma das mais sérias garantias constitucionais.

Esse controle, ou *fiscalização*, como chamam os portugueses, busca detectar a possível *inconstitucionalidade* de um ato jurídico, principalmente da lei.

Nagib Slaibi Filho afirma com muita propriedade:

“O controle de constitucionalidade, é no sentido amplo, mera forma de verificação da compatibilidade dos atos infraconstitucionais (lei, ato administrativo, normativo ou concreto, sentença, até mesmo um contrato entre pessoas privadas, uma manifestação de vontade unilateral etc.) com a Constituição, que é o ato jurídico maior, do qual todos os outros derivam.

No sentido estrito, o controle de constitucionalidade refere-se tão-somente à perquirição da consonância entre uma lei ou ato normativo (normas genéricas e abstratas) perante o texto constitucional.”

Oportuno se faz aqui, antes do mais, conceituar, objetivamente, o que seja *inconstitucionalidade* e, para tal, recorremos à lição do saudoso Professor Marcello Caetano:

“A inconstitucionalidade é o vício das leis que provenham de órgão que a Cons-

tituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas.”

Na definição do notável mestre português, destacamos os três tipos de inconstitucionalidade:

a) a inconstitucionalidade *orgânica*, que acontece, por exemplo, quando a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação legisla sobre direito penal, matéria que é da competência privativa do Congresso Nacional (é o vício da *incompetência*);

b) a *inconstitucionalidade formal*, que acontece, por exemplo, se uma emenda constitucional for aprovada (fora desse período chamado de “revisão constitucional”) pelo voto da *maioria absoluta* dos membros das duas Casas do Congresso, em um só turno, quando a Constituição determina que as emendas devam ser aprovadas pelo *quorum* de três quintos nas duas Câmaras, em dois turnos (é o vício da *desobediência* ao processo);

c) a inconstitucionalidade *material*, que acontece, por exemplo, se uma lei penal contiver preceitos retroativos que prejudiquem o réu, quando a Constituição, no elenco dos direitos individuais e coletivos, prescreve claramente que a lei penal só poderá retroagir se for para beneficiar o réu (é o vício da *ofensa ao próprio conteúdo* da Constituição).

A esses três vícios apontados por Marcello Caetano, todos eles caracterizadores da *inconstitucionalidade por ação*, some-se hoje a *inconstitucionalidade por omissão*, que, segundo José Afonso da Silva,

“verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.

Jorge Miranda, o grande constitucionalista português, sintetiza:

“Ocorre inconstitucionalidade se presente a relação entre a Constituição e comportamento que não lhe é conforme, que com ela é incompatível ou que não cabe no seu sentido.”

2. Os tipos e os sistemas de controle de constitucionalidade

Passaremos a tratar agora dos tipos e sistemas de controle de constitucionalidade encontrados no mundo jurídico e, depois, focalizaremos

mos com um pouco mais de detalhe os sistemas adotados em França, Brasil e Portugal, exemplos que são dos três distintos sistemas.

2.1. Quanto ao momento

Didaticamente, podemos dizer que a primeira distinção se faz quanto ao momento do controle de constitucionalidade:

a) Será do tipo *preventivo*, se for feito *a priori*, isto é, antes da concretização do ato jurídico, particularmente do ato legislativo. Tal tipo de controle pode ser realizado da maneira mais ampla possível. As assessorias jurídicas dos órgãos governamentais, as comissões parlamentares (como as "Comissões de Constituição e Justiça", do Congresso Nacional brasileiro) e os Chefes de Executivo, através do *veto*, podem e devem fazê-lo, sem que haja uma provocação específica para isso.

Exemplo claro desse controle preventivo está no art. 66, § 1.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.88, *verbis*:

"Art. 66

§ 1.º — Se o Presidente da República considerar o projeto no todo ou em parte, *inconstitucional* ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto" (grifo nosso).

E, ainda, preventivamente, poderá ser realizado por *órgão próprio*, mediante solicitação ou requerimento, como acontece em Portugal e França.

Em seu artigo 278, n.º 1, a Constituição portuguesa estabelece que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação e de legislação que lhe tenha sido enviada para promulgação. E o artigo 279, n.º 1, é taxativo: se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela *inconstitucionalidade*, a norma impugnada, constante do tratado ou da legislação, *deverá ser vetada*;

b) Será do tipo *repressivo* (ou *sucessivo*, como se denomina em Portugal), quando feito *a posteriori* ou seja, após a concretização do ato legislativo. No caso da lei, após sua promulgação, este tipo de controle normalmente se faz por um órgão específico, mediante pro-

vocação, na forma da própria Lei Magna.

2.2. Quanto ao órgão controlador

A segunda distinção entre os sistemas de controle de constitucionalidade tem por base exatamente o *órgão controlador* ou *fiscalizador*. Em nossas aulas de Direito Constitucional Geral na Faculdade de Direito Milton Campos, costumamos explicar aos nossos alunos que *três são os sistemas de controle de constitucionalidade quanto ao órgão controlador*. Justamente por sua "simplicidade", repetimos a explicação neste trabalho:

a) *Controle político*, quando feito por órgãos políticos comuns ou especiais, *sem* a participação do *Poder Judiciário*. Como exemplos, podemos citar o Senado Conservador, que Napoleão Bonaparte introduziu na Constituição francesa do ano VIII (1799), com a incumbência de "manter ou anular todos os atos que lhe são submetidos como *inconstitucionais*" (Article 21: "Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme *inconstitutionnels* par le tribunal ou par le Gouvernement"). Ainda em França, o Comitê Constitucional, da Constituição de 1946, que se compunha do Presidente da República, do Presidente do Senado, do Presidente da Assembléia Nacional e de membros eleitos por essas duas Casas Legislativas (Article 91: "Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution"). E o atual Conselho Constitucional da Constituição francesa de 1958, que é composto de nove membros: três nomeados pelo Presidente da República, três, pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Uma de suas missões é *veiller à la conformité des lois à la Constitution*.

Na ex-URSS, que também adotava o controle político, pode-se entender, pelos artigos 121, n.º 4, e 164 da antiga Constituição Soviética, que o controle de constitucionalidade cabia ao *Presidium do Soviet Supremo*, por provocação do Procurador-Geral.

Ainda podemos dar, como exemplo, agora já também histórico, Portugal, nos termos *originais* da Constituição de 1976, visto que, embora permitindo o controle difuso por parte do Judiciário, concentrava a apreciação da *inconstitucionalidade* no Conselho da Revolução, com prévio *parecer* da Comissão Constitucional, ambos órgãos extrajudiciais, sistema político que mereceu severas críticas de juristas como Marcello Caetano e Jorge Miranda.

Dizia o primeiro, o saudoso mestre que faleceu no Brasil, referindo-se ao dito Conselho:

“Trata-se de um exerto claramente ditatorial numa Constituição que se pretende democrática”.

Protestava o segundo, grande catedrático de Lisboa, que honra sempre o Brasil com suas periódicas visitas e conferências:

“Se um órgão político, um órgão que julgasse segundo critérios de conveniência e de oportunidade, e certamente sem a formação jurídica — como é o caso do Conselho da Revolução ou semelhante —, viesse a decidir se uma lei era constitucional ou inconstitucional, amanhã correríamos o grave perigo de direitos fundamentais serem gravemente transgredidos por leis ordinárias, muitas delas, aliás, feitas pelo próprio Conselho da Revolução, que é também órgão legislativo.”

b) *Controle Judicial*, quando o controle, nomeadamente o repressivo, é feito somente pelos órgãos do Poder Judiciário.

O *judicial control*, ou *judicial review*, foi criado pelos norte-americanos, se bem que não em sua Constituição, mas na própria prática forense, com o famoso caso *Marbury v. Madison*, em 1803, já citado no início deste trabalho.

Defendendo abertamente a supremacia constitucional, o célebre Juiz Marshall decidia:

“Cabendo ao juiz aplicar as leis na solução dos conflitos, deve ele, antes do mais, verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis.”

Após o conhecido caso, criou-se, na prática, portanto, a “Doutrina de Marshall”, segundo a qual, de maneira difusa, por todos os seus juízes e tribunais, o Poder Judiciário deve fazer o controle repressivo de constitucionalidade.

Tal sistema, também chamado “modelo americano” de controle de constitucionalidade, foi adotado por muitos Estados do continente americano, entre os quais o Brasil, que o aprimorou consideravelmente, como veremos adiante.

Achamos injusto atribuir-se somente ao grande Marshall a criação do *judicial review*, pois o não “menos grande” Alexandre Hamilton escrevia no *The Federaliste* n.º 78, em 28 de maio de 1788:

“The interpretation of the laws is the

proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute: the intention of the people to the intention of their agents.”

(Traduzimos: “A interpretação das leis é o campo de ação próprio e peculiar dos tribunais. Uma constituição é, de fato, e assim deve ser considerada pelos juízes, como uma lei fundamental. Portanto, cabe a eles discernir seu significado bem como o significado, de qualquer norma específica partida do órgão legislativo. Se chegar a acontecer uma discrepância irreconciliável entre as duas, a que tiver maior prevalência e validade, deve, é claro, ser preferida. Ou em outras palavras, a constituição deve prevalecer sobre a lei, isto é, a intenção do povo deve prevalecer sobre a intenção dos seus agentes”.)

Deixamos aqui o nosso tributo ao mais brilhante teórico e organizador dos *Founding Fathers* norte-americanos, morto aos 49 anos de idade em um duelo com Aaron Burr.

c) *Controle Misto*, quando na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do Poder do Estado reunidos, todos, em tribunal não judicial, de competência especializada.

É chamado “modelo austríaco” por ter nascido na Constituição austríaca de 1920, sob inspiração *kelseniana*. É o sistema adotado na Itália, nos termos dos artigos 134 a 137 da Constituição italiana de 1947, modificado o art. 135 pela Emenda Constitucional de 22 de novembro de 1967. Este artigo dispõe:

“La Corte Costituzionale è composta de quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle Supreme Magistrature ordinaria ed amministrative.”

Vê-se aí, claramente, a participação dos três órgãos do poder estatal na escolha dos membros da Corte Constitucional, que tem como

primeira competência a de solucionar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos do Estado e das regiões, que tenham força de lei.

Também na Espanha adota-se o controle misto. A Constituição espanhola, de 1978, no Título IX, artigos 159 e seguintes, estabelece:

“El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso (de los Diputados) por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.”

Portugal, após a revisão constitucional de 1982, pode também ser enquadrado nesse sistema, embora os parlamentares revisores tenham inserido o novo órgão fiscalizador na Parte III (Organização do Poder Político), Título V, que trata dos *Tribunais* em geral. Porém, demonstrando o seu caráter de *órgão jurisdicional especial*, sua composição está na Parte IV, que trata especificamente da *Garantia e Revisão da Constituição*.

Sobre o Tribunal Constitucional português falaremos adiante, com mais detalhe, não sem antes citarmos o Professor José Manuel Cardoso da Costa, atual Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal. Diz o mestre de Coimbra, evidenciando a natureza mista do controle de constitucionalidade nos “domínios lusitanos”:

“Eis como pode dizer-se — em síntese conclusiva — que o Tribunal Constitucional português, criado em 1982 se situa na confluência de duas tradições constitucionais: dum lado, a tradição americana da *judicial review*, recolhida logo em 1911, na primeira Constituição republicana que o país conheceu; do outro, a tradição contemporânea europeia duma justiça e duma jurisdição constitucional autônomas, concebidas como o melhor caminho para resolver o problema “político” da garantia contenciosa da Constituição e para conferir eficácia a esta garantia.”

3. O controle de constitucionalidade na França

Como já dito no item 2.2.a, a França adota o controle *político* de constitucionalidade, excluindo o Judiciário de tal processo. E faz esse

controle somente de maneira *preventiva*.

A Constituição francesa de 4 de outubro de 1958, a “Constituição de De Gaulle”, no seu Título VII, artigos 56 a 63, cuida do *Conselho Constitucional*, órgão político, como já visto, encarregado da guarda da Constituição.

O artigo 61 determina que as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembléias parlamentares, antes de sua vigência, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre sua conformidade com a Constituição.

Para o mesmo fim, as leis ordinárias, antes de sua promulgação, podem ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por 60 deputados ou igual número de senadores.

E o artigo 61 é bem expreso, prescrevendo que uma disposição declarada inconstitucional, pelo Conselho Constitucional não poderá ser promulgada nem aplicada. Tal declaração, pela inconstitucionalidade ou pela *constitucionalidade*, é irrecorrível e obriga os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e *judiciárias*.

Isso significa, é evidente, que os juizes franceses não têm qualquer competência no controle de constitucionalidade. Em seus julgamentos, eles têm que aplicar a lei, pura e simplesmente, visto que se for lei orgânica, já passou obrigatoriamente pelo crivo do Conselho Constitucional e, se for lei ordinária, ou já foi submetida ao Conselho ou perdeu-se a oportunidade de fazê-lo.

De fato, como dizem os comentaristas Charles Debbsch e Jean-Marie Pontier,

“Le Conseil Constitutionnel permet, pour la première fois dans l’histoire de la République française, d’assurer la suprématie effective de la constitution sur les autres normes juridiques.”

Mas de fato também se vê que o Poder Judiciário fica relegado a uma posição subalterna no sistema francês.

Como observa Sacha Calmon Navarro Coelho, enquanto nos Estados Unidos “decorreu a entrega da *Lei Maior (Paramount Law)* ao Poder Judiciário, já incumbido de interpretar leis e costumes para gerar precedentes”, na França “relegou-se o Poder Judiciário ao modesto papel de resolver os litígios entre particulares se-

cundum legem".

E o grande mestre Raul Machado Horta, analisando esse "antijudicialismo" francês, afirma:

"Na França, a *informité congénitable* do Judiciário, de que fala Carré de Malberg, está na própria origem do direito público francês moderno. A Constituição francesa de 1791, apesar de ter proclamado a separação dos poderes e nela depositado o fundamento da existência constitucional, a *traité en marâtre l'autorité judiciaire*, pelo papel subalterno de mero satélite e auxiliar da Assembléia Legislativa, un *serviteur de la législature*, diz incisivamente Carré de Malberg".

4. O controle de constitucionalidade em Portugal

Segundo afirma o sempre citado Jorge Miranda, o sistema de controle de constitucionalidade adotado em Portugal desde 1982 (que nós chamamos de *misto*) dá aos juizes e tribunais comuns a "competência para conhecer e para decidir (as questões de inconstitucionalidade), com recurso possível ou necessário para um tribunal situado fora da ordem judicial".

Por força da 1.ª Revisão Constitucional, de 1982, que alterou a Constituição portuguesa de 1976, surgiu o *Tribunal Constitucional*, já mencionado no item 2.2.b deste trabalho e cuja competência primeira é apreciar "a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277 e seguintes", os quais, *oportuno tempore* e resumidamente, iremos aqui examinar. As demais atribuições do Tribunal Constitucional português fogem do âmbito deste trabalho.

Para cuidarmos da fiscalização de constitucionalidade em Portugal, valer-nos-emos aqui dos artigos 277 a 283 da Constituição e das Leis 28/82 e 85/89.

O Tribunal Constitucional português é composto por treze juizes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por esses. Seis dos juizes designados pela Assembléia ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juizes dos tribunais judiciais e os demais entre juristas. Todos servirão por seis anos.

Pela legislação portuguesa atual, quatro são os tipos de fiscalização (ou "controle") de constitucionalidade:

a) *Fiscalização preventiva*

Estabelece o artigo 278 da CRP que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal

Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de ato legislativo que lhe tenha sido enviado para promulgação.

Se o tribunal se pronunciar pela inconstitucionalidade, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República, podendo o veto ser derrubado pela Assembléia da República pelo *quorum* de dois terços.

b) *Fiscalização sucessiva concreta*

Conforme o art. 207 da CRP, os juizes e tribunais judiciais, nos feitos submetidos a seu julgamento, não podem aplicar normas que infringam o disposto na Constituição ou os princípios nela contidos.

Vê-se que, aí na competência *difusa* dos órgãos do Judiciário, começa o processo de fiscalização sucessiva (ou repressiva, para nós) no atual Direito português. Pelo artigo supra-mencionado, o Judiciário, na solução dos conflitos que lhe são apresentados, *não pode* aplicar dispositivos que contrariem a Constituição. Entende-se, então, que a inconstitucionalidade, assim detectada (por provocação ou *de officio*), pelo magistrado de 1.º grau ou pelos tribunais de 2.º grau (inclusive o Supremo Tribunal de Justiça), como *questão prejudicial*, fará com que o processo suba diretamente, em recurso, para o Tribunal Constitucional, salvo algumas exceções, em que os recursos ordinários deverão ser esgotados primeiramente.

Não podendo aplicar dispositivo que entendam inconstitucional ou aplicando-o se entenderem-no inconstitucional, mesmo com alegação da parte em contrário, vê-se que os juizes e os tribunais já estão fazendo o controle de constitucionalidade *repressivo em concreto*, embora a *declaração* definitiva de inconstitucionalidade, ou não, fique na competência *concentrada* do Tribunal Constitucional.

Em resumo, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1.º e 2.º graus, que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade: que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional.

As partes legítimas para o recurso ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, são o Ministério Público e as pessoas que tenham legitimidade para interpor recurso (nos termos do Código de Processo Civil).

O artigo 82 da Lei n.º 28 traz determinação

importante, que constitui uma ligação entre o controle concreto e o abstrato. Diz tal dispositivo: sempre que a *mesma norma* tiver sido declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional por três vezes, em casos concretos, pode esse mesmo Tribunal promover a organização de um processo para o controle em abstrato ou em tese.

Detalhe importante do controle de constitucionalidade em concreto, no direito português, é que se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, os autos baixarão ao juízo ou tribunal *ad quem* para que esse reforme a decisão em conformidade com o julgamento da questão de inconstitucionalidade (art. 80 da Lei n.º 28/82).

Leçiona Jorge Miranda:

“O Tribunal Constitucional não substitui, portanto, a decisão recorrida por aquela que deveria ser emitida e tão-pouco a anula”;

c) *Fiscalização sucessiva abstrata*

O art. 281 da CRP estabelece que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou de um décimo dos Deputados à Assembleia da República.

Tal dispositivo, em boa hora, inspirou a elaboração do artigo 103 da Constituição brasileira de 1988, que permite a várias autoridades e entidades proporem a ação direta de inconstitucionalidade no Brasil, como veremos no fim desta exposição.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* são os seguintes, conforme o art. 282 da CRP:

1.º — A declaração de inconstitucionalidade, com força geral e obrigatória, atinge a norma desde a sua entrada em vigor e determina a repristinação das normas que ela tenha eventualmente revogado.

2.º — Em caso, porém, de inconstitucionalidade por ofensa a norma constitucional posterior, a declaração só vai produzir efeito a partir da entrada em vigor dessa última.

3.º — A Constituição determina que ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma disser respeito a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e

for de conteúdo menos favorável ao argüido. Percebe-se, aqui, que o constituinte-revisor português quis, com razão, evitar o transtorno prático que causaria a revisão de todos os casos julgados, com a geração de insegurança e incerteza, quando a lei em que se baseou tais julgamentos fosse declarada inconstitucional.

Mas houve a previsão de exceção: o Tribunal Constitucional pode decidir contrariar a regra do caso julgado, quando a norma declarada inconstitucional se referir principalmente a matéria penal e que tal declaração possa vir a beneficiar alguém que tenha sido condenado com suporte nessa mesma norma (ver artigo 29 da CRP).

4.º — Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo — que deverá ser fundamentado —, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional *fixar* os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restritivo. Tal dispositivo dá ao Tribunal Constitucional maior campo de ação, que transcende os limites do convencionalmente jurídico, situando-o na posição que um tribunal de tal categoria ocupa, como uma corte jurídico-política. Jorge Miranda, em 1976, chamava a atenção:

“O problema da constitucionalidade das leis não é simples problema para juristas: é também problema para políticos.”

Concordando com o ilustre catedrático e ex-constituente, nunca é demais lembrar que o objeto principal de um Tribunal Constitucional é exatamente a *Constituição*, documento que organiza jurídica e politicamente uma nação, transformando-a em Estado. Em outras palavras, os julgamentos de constitucionalidade envolvem sempre, em pesos que precisam ser cuidadosamente ponderados, interesses jurídicos e políticos.

d) *Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*

O art. 283 da CRP estabelece que, a requerimento do Presidente da República ou do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por *omissão* das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. E, quando o Tribunal verificar a existência da alegada omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Tal dispositivo deu origem ao § 2.º do artigo 103 da Constituição brasileira de 1988. Tanto o preceito português quanto o brasileiro são muito importantes no seu intuito mas ambos fracos e

tímidos no que concerne à "sanção" ali prevista.

Sobre o sistema português, lembra Jorge Miranda:

"É apenas em regime de tribunal constitucional que aparece um órgão judiciativo em concurso com os órgãos supremos do Estado e dotado de uma competência que se define diretamente pela fiscalização, e, por isso, simultaneamente, esse sistema empresta (ou parece emprestar) ao princípio jurisdicional a projeção máxima na vida pública."

5. O controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, além de manter o controle de constitucionalidade em concreto (que vinha desde 1891) e de ampliar o controle em abstrato (que tínhamos desde 1946), consagrou o controle de constitucionalidade por omissão (seguindo, como já vimos, o modelo português).

Pretendo abordar aqui, de maneira sucinta, o método adotado no Brasil em cada um desses casos no âmbito federal.

Antes, porém, é preciso lembrar que a Constituição de 1988 trouxe um grande avanço no trato da inconstitucionalidade, ou seja, com a criação do *Superior Tribunal de Justiça*, como o guardião da lei federal, o *Supremo Tribunal Federal*, aliviado da sobrecarga de recursos *extraordinários* sobre a "questão federal", que agora são recursos *especiais* àquele novo Tribunal Superior, (o Supremo, repito) passou a ser o verdadeiro guardião da Constituição.

Sem embargo do aprimoramento já verificado, muito mais poderia ser feito para que o Supremo Tribunal Federal pudesse se transformar em verdadeira Corte Constitucional, para cuidar de sua "competência fundamental, substancial, essencial, precípua", que é a jurisdição constitucional e, principalmente, o controle de constitucionalidade, na órbita federal. Quem o diz, com toda competência, como ilustre professor de Direito Constitucional e, com inteiro conhecimento de causa, como ministro da nossa Suprema Corte, é o jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Em seu notável artigo "O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional", incluído no seu recentíssimo livro *Temas de Direito Público*, Velloso enumera, com a devida justificação, as alterações que deveriam ser trazidas na competência do STF, para tê-lo como

"guardião" da Constituição da República.

Nos termos da Constituição de 1988, já alterada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17.3.93, assim funciona o controle de constitucionalidade repressivo no Brasil:

a) Controle de constitucionalidade no caso concreto

Em se tratando do controle de constitucionalidade no caso concreto, nosso sistema é, evidentemente, o sistema judicial difuso, já que seu exercício é reconhecido a todos os componentes do Judiciário, a começar pelo Juiz de 1.ª instância ou 1.º grau. Tal controle é exercido por via de exceção e é chamado *incidental*, cabendo ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num *caso concreto*. Entende-se também por via de exceção a situação de, por exemplo, a pessoa, que prejudicada em seu direito líquido e certo por ato de autoridade pública ou agente do poder público, impetra mandado de segurança, arguindo a inconstitucionalidade do ato em si ou da legislação que o ampara.

Correndo (ou andando devagar...) pelos trâmites processuais e judiciários, a demanda em que se arguiu a inconstitucionalidade passa da 1.ª instância aos tribunais de 2.º grau e, daí, poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso *extraordinário*, de acordo com o art. 102, III, *a, b e c* da Constituição da República, *verbis*:

"Art. 102 — Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....
III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição."

Nesse caso, como lembra Celso Bastos,

"a decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando outras decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, enquanto a lei não tiver suspensa a executoriedade, o que compete ao Senado Federal".

Diz o art. 52, inciso X, da Constituição:

“Compete privativamente ao Senado Federal:

suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Tal suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Já está assente na jurisprudência da mais Alta Corte do País que decisão definitiva é a decisão repetida em vários casos semelhantes. Em artigo publicado em 1973, já advertia o hoje Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Segundo entendemos, o Senado fica vinculado à decisão proferida pelo Judiciário, não podendo o mesmo atentar para conveniências políticas em tal conjuntura, omitindo-se, haja vista que a lei não lhe deu essa faculdade, que seria esdruxulamente ampliadora e contraditória, levando-se em conta que o colimado foi atribuir ao Legislativo o resguardo das formalidades no processo da invalidade”.

b) *Controle de constitucionalidade em tese*

O controle de constitucionalidade em tese, ou em abstrato, ou por ação direta, faz-se, no Brasil, pelo sistema judicial concentrado. Trata-se, agora, de controle principal, que o exerce, na esfera federal, exclusivamente o Supremo Tribunal Federal, em ação direta proposta por certas autoridades e entidades.

Tal controle está na competência originária do Supremo, nos termos da primeira parte da alínea a, inciso I, do art. 102 da Constituição, cabendo, assim, àquela Corte processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ofensivo à Constituição da República.

O art. 103 da Constituição da República de 1988 trouxe importante avanço no controle de constitucionalidade em tese, abrindo o leque de partes legítimas para proporem a ação direta. Na vigência da Constituição de 1967, só o Procurador-Geral da República, então cargo de confiança do Presidente da República, podia propô-la.

O ilustre Ministro Moreira Alves observa a propósito:

“Embora se tenha dado independência funcional ao Procurador-Geral da República — que deixou de ser funcionário

demissível *ad nutum* pelo Presidente da República, para ser nomeado, dentre os integrantes da carreira do Ministério Público da União, com mandato por dois anos, permitida sua recondução e só podendo ser destituído com autorização da maioria absoluta do Senado —, o que afastou a objeção de que a legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade só era atribuída a servidor público demissível *ad nutum* pelo Chefe do Executivo, esse monopólio lhe foi retirado pelo artigo 103.”

De acordo com tal dispositivo, como sabemos, podem propor ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; as Mesas das Assembleias Legislativas estaduais; os Governadores dos Estados; O Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político que tenha representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nesse caso, como o objeto da ação é o próprio vício de inconstitucionalidade da legislação, a respectiva decisão judicial faz coisa julgada *erga omnes*. Com a decisão pela inconstitucionalidade, a lei torna-se imediatamente inaplicável. Não há necessidade de comunicação ao Senado para a suspensão, como no caso concreto.

Concordamos plenamente com o Ministro Carlos Mário Velloso, quando ele defende a idéia de que, no tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, devia “a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade”, conforme a repercussão da própria decisão no cenário jurídico-político do País.

A mesma alínea a, inciso I, do citado art. 102, traz agora uma novidade criada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17.3.93. É a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, também da competência originária do Supremo. O § 2.º do mesmo art. 102, acrescentado pela referida emenda, estabelece que

“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitu-

cionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

A ação declaratória de constitucionalidade só pode ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (§ 4.º do art. 102, também fruto da Emenda Constitucional n.º 3).

O conceituado constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, em minucioso trabalho, afirma, com saber:

“A ação declaratória de constitucionalidade nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado”.

E explica, com didática excelente, que ação declaratória de constitucionalidade só deve ser proposta quando exista “um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei”. Isso é da essência das ações declaratórias.

Assim, se diversos órgãos do Judiciário, mediante a devida provocação, passarem a declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão aquelas partes enumeradas pelo art. 102, § 4.º (fruto da Emenda Constitucional n.º 3) propor a ação declaratória de constitucionalidade, se convencidos de que a norma em questão não fere a Constituição.

Em suas conclusões, o renomado mestre da UnB, afirma que a ação declaratória de constitucionalidade não lesa os princípios da proteção judiciária, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Concordamos com Gilmar Ferreira Mendes, pois também entendemos que a ADC e a ADIN devem ter disciplina única em sua tramitação, sendo ambas manifestações do controle abstrato de constitucionalidade (ver §§ 1.º e 3.º do art. 103 da Constituição).

c) Inconstitucionalidade por omissão

Outra novidade de inspiração portuguesa na Constituição de 1988 é a inconstitucionalidade por omissão. Em nível federal, só o Supremo Tribunal Federal pode apreciar a alegação de inconstitucionalidade por omissão, caracterizando-se, assim, o sistema judicial concentrado.

Diz o art. 103, § 2.º, que

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efeti-

va norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Por aí se vê que, quando o Legislativo for o Poder responsável pela omissão, não há como obrigá-lo a legislar. Há autores brasileiros, como José Afonso da Silva, que propugnavam, no caso, “por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão”. Porém os constituintes de 1988 não aceitaram a idéia.

A legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão recai nas mesmas autoridades e entidades capazes de proporem a ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, ou seja, as elencadas no artigo 103 da Constituição e já mencionadas neste trabalho.

A título de comparação é interessante saber que, embora copiando o modelo português de controle de inconstitucionalidade por omissão, aqui fomos mais pródigos no tocante aos legitimados *ad causam*, já que em Portugal, no caso da alegada omissão, somente o Presidente da República e o Provedor de Justiça podem ser requerentes.

6. Conclusão

Nós, brasileiros, temos o uso e o vezo de criticar tudo que é nosso, preferindo quase sempre o importado. Entendemos que, em matéria de controle de constitucionalidade, não podemos nos queixar.

O sistema está muito bem estruturado na Constituição. Seguimos o *judicial control* dos norte-americanos e o aprimoramos consideravelmente, com a adoção do controle em tese, que eles não têm. Copiamos alguns pontos da Constituição portuguesa, consagrando o controle de inconstitucionalidade por omissão e ampliando o número de partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, temos agora a ação declaratória de constitucionalidade, que não deixa de ser um avanço no sistema, capaz de, se for bem usada, concorrer para a certeza e a segurança, apanágio da própria Lei Maior.

Achamos que se poderia ainda melhorar o sistema, transferindo-se do Supremo Tribunal Federal mais algumas de suas atuais atribuições para o importantíssimo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que aquela Suprema Corte pudesse cuidar mais da jurisdição constitucional.

E ousamos pensar numa composição diferente para esse novo "Supremo". Entendemos que, na área delicada dos julgamentos de inconstitucionalidade, há sempre o envolvimento político da questão. E podem surgir casos em que *juridicamente* se tenha que declarar a inconstitucionalidade de uma norma, mas que *politicamente*, no sentido social, em defesa do próprio "interesse público de excepcional relevo", o que deverá ser fundamentado (como todas as decisões devem sê-lo e esta mais), o tribunal constitucional, com toda sua *responsabilidade*, tenha que dosar os efeitos dessa declaração.

Somos inclinados a pensar que um real e eficiente controle de constitucionalidade, sem embargo do sistema difuso, a ser preservado, deve ser mesmo aquele realizado — em última instância, nos casos concretos e, originariamente, quando em tese — por um *órgão especial*, que, aqui no Brasil, pode ser o tradicional e vetusto *Supremo Tribunal Federal*, mas com uma composição tal que o torne independente de qualquer um dos três "poderes" do Estado, mas deles nascido e formado.

E a nossa posição neste sentido não é de agora. Vem desde os debates sobre a "Constituinte", em 1986. Naquela época, em magnífico simpósio organizado pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, na qualidade de Debatedor, já dizíamos:

"(Defendo) — finalmente a criação de um Tribunal Constitucional, também de âmbito nacional, de composição mista, para a apreciação da matéria constitucional... Tal Tribunal especial não ofenderia o princípio do *judicial control* criado por Marshall, já que o controle continuaria a começar na maneira difusa, nos casos concretos, pelo juiz. O que defendo como inovação é a criação de um Tribunal, especial e especializado, formado por componentes oriundos dos três órgãos do Poder, dos quais partem todos os atos de governo, para o controle concentrado de constitucionalidade e a decisão final. É o que ocorre hoje na Espanha, em Portugal, na Itália, na Alemanha Ocidental e na Áustria." (*Anais do Simpósio "Minas Gerais e a Constituinte"*, ALMG, abril de 1986, pp. 487 a 493).

Agora, no meio da crise que confunde este Brasil, vejo vozes respeitáveis defenderem a mesma idéia. Assim, por exemplo, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Disse o titular da

USP, em entrevista publicada na *Folha de São Paulo* de 24.3.94:

"O impasse demonstra que no Brasil não existe uma corte constitucional autêntica, com atribuição de dirimir conflitos entre os três Poderes. O STF exerce algumas funções de corte constitucional. Mas, ao mesmo tempo, é o órgão máximo do Poder Judiciário, o que lhe tira a independência para julgar o conflito com o Executivo. Em países como a Alemanha e a Áustria, a corte constitucional não pertence ao Judiciário e funciona como mediadora entre os Poderes."

No mesmo sentido, o renomado mestre Dalmo de Abreu Dallari, em entrevista ao *Jornal do Brasil* de 27.3.94, referindo-se a uma crise brasileira:

"Esse *absurdo* reforça a necessidade de criação do Tribunal Constitucional, uma proposta da Constituinte que não foi adiante por causa do *lobby* do Supremo."

Porém para que isso aconteça, é preciso uma reforma constitucional séria e bem pensada. Não uma "revisão" feita de afogadilho, por um Congresso tumultuado e, com raras exceções de alguns de seus componentes, desacreditado perante a opinião pública. Reforma feita através de *emendas*, com rigorosa obediência aos preceitos do artigo 60 da própria Constituição, e não aquela "revisão" infeliz, que desrespeita a própria Federação.

Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 10.^a ed. reformulada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. Constituição. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas Constitucionais 1, de 31 de março de 1992; 2, de 25 de agosto de 1992; 3, de 17 de março de 1993 e 4, de 14 de setembro de 1993, organização de Juarez Oliveira, 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CAETANO, Marcello. *Constituições portuguesas*, 5.^a ed. segundo a edição revista e atualizada pelo autor, com a análise da Constituição de 1976. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1981.
- CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1: Direito

- comparado. Teoria geral do estado e da constituição. As constituições do Brasil.
- CARDOSO DA COSTA, Manuel M. "O Tribunal Constitucional português: a sua origem histórica". In *Portugal: o sistema político e constitucional 1974-1987*/coord. Mário Baptista Coelho. Lisboa: Univ. de Lisboa, 1. d. pp. 913-923.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte, Del Rey, 1992.
- CULLOP, Foyd C. *The constitution of the United States: an introduction*. New York: Mentor, 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "Em causa própria". In entrevista ao *Jornal do Brasil*, 27.3.94.
- ESPAÑA. Constituição. 1978. *Constitución española*. Madrid: Ed. Civitas, 1986.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Falta de uma corte constitucional dificulta a crise entre os poderes". In entrevista a Claudia Trevisan. *Folha de São Paulo*, de 24.3.94.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 2ª. ed. rev. e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- *Lições de direito constitucional e teoria geral do estado*. Belo Horizonte, Ed. Lã, 1991.
- FRANÇA. Constituições. *Lex constitutionis de France*/Charles Debbasch e Jean-Marie Pontier. Paris: Dalloz, 1983.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *The federalist papers* with an introduction and commentary by Garry Wills. Toronto: Bantam Books, 1982.
- HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: UFMG, 1953 (Tese).
- ITÁLIA. Constituição, 1947. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Supp. n. 5ª. di Veta Italiana — Documenti e informazioni. Roma, 1972.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n.º 3, de 1993*.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e democracia*. Lisboa: Liv. Petrony, 1976.
- MIRANDA, Jorge. "A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal". In *As Garantias do cidadão na justiça*/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 15-29.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª. ed. rev. e act. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. T. 2: constituição e inconstitucionalidade.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. "A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil". In *As Garantias do cidadão na justiça*/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 1-14.
- PINTO FERREIRA. "A jurisdição constitucional". In *O Judiciário e a Constituição*/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 197-218.
- PORTUGAL. Constituição. 1976. *Constituição da República Portuguesa e legislação complementar*/Introdução de Marcelo Rebelo de Souza. Lisboa: Aequitas e Ed. Notícias, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6ª. ed. rev. e amp. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 3ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "O Controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro". *Lem, revista jurídica*, n.º 68, pp. 1-21, jul. 1973.
- TOPORNINE, Boris. *A nova constituição da URSS*. Moscovo: Ed. Progresso, 1981.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- WILSON JR., Vincent. *The book of the founding fathers*. Brookeville, American History Research Associates, 1985.

Contrato de edição

Reprodução da obra intelectual

FÁBIO MARIA DE - MATTIA

SUMÁRIO

1. *Noção de contrato de reprodução da obra intelectual, contrato de edição, contrato de licença, cessão de direito patrimonial de autor, licença legal ou obrigatória.* 2. *Natureza jurídica do contrato de edição.* 3. *Sujeito do contrato de edição.* 4. *Objeto do contrato de edição.* 5. *Valor subsidiário das normas do contrato de edição.* 6. *Direito de autor de natureza de direito moral de autor: A) direito de divulgação; B) direito de arrependimento; C) direito à paternidade ou nomeação; D) direito ao respeito à obra ou a integridade.* 7. *Prerrogativas do editor de natureza de direito moral de autor: 1) o direito à paternidade do editor; 2) o direito moral do editor originário e derivado; 3) o direito do editor protegido contra a concorrência ilícita.* 8. *Direito fundamental de direito patrimonial de autor: retribuição econômica.* 9. *Direitos do editor de natureza patrimonial: 1) pacto de preferência com relação às obras futuras do autor; 2) Convenção de Viena e a proteção dos caracteres tipográficos; 3) direito de tradução.* 10. *Deveres do autor: a) sobre o aspecto da disposição jurídica; b) sob o aspecto da disposição física.* 11. *Deveres do editor: a) a publicação; b) difusão e distribuição comercial.* 12. *A importância de cláusula optando por solução de litígio mediante arbitragem.*

Fábio Maria De - Mattia é Professor Titular do Departamento de Direito Civil - área Direito Agrário - da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, membro do IIDA - Instituto Interamericano de Direito de Autor.

Palestra ministrada no "Seminário Internacional de Direito de Autor", realizado de 18 a 21 de maio de 1993 em São Leopoldo, Rio Grande do Sul, sob o patrocínio da Universidade Vale dos Sinos (UNISINOS), da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e Ministério da Cultura.

1. *Noção de contrato de reprodução da obra intelectual, institutos jurídicos através dos quais a obra intelectual escrita é comunicada ao público: contrato de edição, contrato de licença, cessão de direito patrimonial de autor, direito de edição, licença legal ou obrigatória*

Conceito: através dos contratos de reprodução objetiva-se a publicação de obra intelectual, ou seja, a comunicação da obra ao público, por qualquer forma ou processo (art. 4.º, n.º I da Lei n.º 5.988).

Podemos distinguir *contratos de reprodução num sentido amplo, e num sentido estrito*, baseando-nos no gênero contratos de reprodução, teremos duas espécies: contrato de edição e contrato de licença.

Ainda quanto ao sentido amplo, contrato de reprodução da obra intelectual é tomado com o sentido de multiplicação de exemplares e inclui não apenas as obras literárias, artísticas e científicas, como a multiplicação das obras orais ou musicais em discos, tapes, fitas, etc., e ficção em filmes cinematográficos em cópias múltiplas, e reprodução através da reprografia, etc.

Em sentido restrito, contrato de reprodução cinge-se à multiplicação, pela imprensa e similares, das obras literárias e científicas, ou seja, na forma de obra gráfica.

O contrato de reprodução se constitui por dois elementos fundamentais, que, necessariamente, aparecem na sua conceituação: 1) a reprodução da obra intelectual e 2) sua difusão.

Encontramos no contrato de reprodução um duplo escopo: como *resultado imediato* visa-se à multiplicação de exemplares e como *resultado mediato* a difusão da edição tomada no sentido de exemplares reproduzidos.

O contrato de reprodução objetiva a multiplicação mediante qualquer processo mecânico da obra intelectual podendo-se falar, pois, em reprodução gráfica, reprodução fonográfica, reprodução cinematográfica, reprodução fotográfica, etc.

O art. 4.º, n.º IV da lei brasileira define reprodução como sendo a cópia de obra literária, científica ou artística bem como de fonograma mas deve-se analisá-lo como sendo exemplificativo, cabendo interpretação extensiva.

Contrato de edição e contrato de licença

O contrato de edição pressupõe a *transferência do direito de utilização do direito patrimonial ao editor* e tem como característica constante a *exclusividade*, com que o editor é investido nesta utilização.

O *contrato de licença* diferencia-se do contrato de edição porque *não tem o caráter de exclusividade*. Esta forma de contrato de reprodução tem como *aspecto diferenciador* habilitar pura e simplesmente um ou vários terceiros — os editores — a exercer prerrogativas ligadas ao Direito de Autor.

Alguns denominam-no de *contrato de edição irregular*. Embora nossa legislação não use a expressão *licença* esta é a expressão mais

adequada porque conforme com a *terminologia internacional*.

Temos também a *licença legal ou obrigatória* ou *contrato de reprodução em países em vias de desenvolvimento*.

Tal situação ocorrerá quando quem desejar publicar uma reprodução de uma obra e não tenha conseguido autorização e enquadrando-se nas regras previstas para países em vias de desenvolvimento poderá obtê-la.

A obra poderá ser publicada na língua original ou traduzida.

As regras do contrato de edição podem ser aplicadas aos contratos de licença, a reprodução decorrente de licença obrigatória e até sobretudo quanto ao aspecto de direito moral de autor nos casos de *cessão do direito patrimonial*.

As regras sobre contrato de edição são utilizadas em contratos que tenham por objeto outras obras protegidas pela Lei de Direito de Autor que não sejam propriamente livros.

Diferença entre "cessão" e "concessão"

Os contratos de reprodução, em geral, implicam apenas uma *concessão* ou *autorização para utilizar economicamente a obra*. Entre eles destaques o *contrato de edição*, *contrato de licença* e a *reprodução através de licença obrigatória*.

Mas há *contrato de reprodução*, também no caso de *cessão* quando, às vezes, *desaparece completamente o direito patrimonial do autor* ou outras vezes, a despeito da *cessão*, o autor receberá uma remuneração à medida em que a obra intelectual for objeto de reprodução por parte do cessionário.

Por direito de edição entenda-se a faculdade atribuída ao concessionário, licenciado, para proceder à exploração econômica da obra.

2. Natureza Jurídica do Contrato de Edição

Ensina Ignácio de Casso y Romero que o contrato de edição é um contrato com características próprias, integrado pela existência de dois elementos essenciais, o *moral ou intelectual* e o *econômico*.

Esses dois elementos ao se aperfeiçoarem em convênio editorial ficam dissociados: o autor conserva um *direito moral sobre sua obra*, enquanto que o editor obtém um *direito exclusivo de exploração pecuniária, em troca do pagamento desses direitos*.

O contrato de edição gera uma aquisição *derivativo-constitutiva*, pois a faculdade jurídica de exercício do direito de publicar uma obra afasta-se das prerrogativas reconhecidas ao autor e transfere-se para o campo das faculdades jurídicas de que se reveste o editor.

O contrato que cria este direito *não* seria um *contrato translativo*, mas um *contrato constitutivo*, pois não transfere os direitos do autor, mas tira destes um direito novo.

O editor *não sucede* ao autor no direito, mas, apenas, *no exercício das faculdades patrimoniais*, as quais se dirigem à utilização da obra no interesse do editor e ao mesmo tempo dirigem-se à utilização mediante a publicação da obra, o que é feito, igualmente, no interesse do autor.

O contrato de edição exerce uma função *constitutiva*. Ele cria um novo direito, distinto do direito do autor e extremamente ligado à execução da obrigação principal do editor.

Sob outro aspecto pode-se classificar contrato de reprodução ou de edição como *negócio de intercâmbio*, tipo de negócio em que se deve atender, predominantemente, à conduta das partes, harmonizando a autonomia da vontade com a obrigação de agir de boa fé.

3. Sujeito do contrato de edição

Sujeito do contrato de edição ou de reprodução tanto pode ser o autor como as pessoas que após a morte deste tenham sido investidas na titularidade do direito patrimonial de autor. Tanto podem ser os herdeiros necessários como os herdeiros pela sucessão legítima, ou até herdeiros testamentários. Mas o cessionário também pode ser sujeito do contrato de edição.

As vezes, surgindo dúvidas, aceita-se a seguinte presunção: até prova em contrário, o autor da obra intelectual é aquele cujo nome verdadeiro ou pseudônimo consta da capa do livro, na folha de rosto, na capa do disco, na partitura musical.

O negócio jurídico deve ser estipulado, validamente, por seu autor, o titular exclusivo do direito de utilização da obra intelectual, ou titular originário ou titular derivado, o herdeiro ou titular em decorrência de qualquer causa, como o cessionário. Por outro lado, será também integrante do negócio jurídico quem assume o dever de reproduzir a obra e de difundir, que será o empresário.

Quem concede a autorização aparece no negócio jurídico como autor, como seu represen-

tante ou na categoria de *derecho habiente* como exemplificamos acima: o cessionário, herdeiros, etc.

4. Objeto do Direito de Autor no contrato de edição

É a multiplicação por qualquer processo técnico (tipografia, linotipia, litografia, fotocópia, xerox, off-set, reprografia, etc.), para fins de divulgação ao público, da obra científica, literária ou artística.

Num sentido restrito cuida-se da edição gráfica, edição papel.

Em sentido amplo considera-se ter o contrato de edição por objeto não apenas obras literárias, científicas, dramáticas, mas, também, a reprodução de desenhos, litografias, filmes cinematográficos e discos, daí falar-se em *edição cinematográfica, fonográfica, etc.*

Os meios tecnológicos têm avançado fantásticamente na reprodução de obras intelectuais.

5. Valor subsidiário das normas de edição

A análise do objeto comprovou que as regras de contrato de edição da Lei n.º 5.988, arts. 57 a 72, embora regulando situações referentes à edição gráfica, foram sendo aproveitadas para regular contratos tendo por objeto outros tipos de obras intelectuais protegidas, exemplo – exclusão dos direitos derivados de possíveis elaborações e transformações.

6. Direitos de autor de natureza de direito moral de autor: a) Direito de divulgação; b) direito de arrependimento; c) direito à paternidade ou nomeação; d) direito ao respeito à obra ou à integridade; e) relações entre o autor da obra anônima ou pseudônima e seu editor.

Além desses cinco tipos de direito moral do autor podemos incluir como prerrogativas desta natureza a preferência para aquisição de exemplares invendáveis

A) Direito de divulgação

O direito de publicar nasce do direito moral que é o direito de divulgação.

Cronologicamente, o direito de divulgação é a primeira prerrogativa que inaugura o processo de separação da obra da pessoa do seu autor.

A divulgação de uma obra implica a comunicação ao público. O autor decidirá se sua obra deve ou não ser publicada, mas, ainda, determinará época, as condições e limites nos quais essa publicação terá lugar.

O direito de divulgação exerce-se, também, após a morte do autor através dos titulares do direito moral *post mortem*.

B) *Direito ao arrependimento*

É o direito reconhecido ao autor de a qualquer tempo retirar a obra do comércio, inclusive quando a obra tenha sido objeto de cessão.

O autor deverá indenizar o editor por qualquer prejuízo sofrido.

Trata-se de direito que só pode ser exercido pelo autor, não se transmitindo aos herdeiros.

O art. 25, VI, da Lei n.º 5.988, prevê ao autor o direito de "retirá-la de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada". Sendo certo que o n.º VII ressalva as indenizações a terceiros, quando conferem.

C) *Direito à paternidade ou à nomeação*

A Lei n.º 5.988 reconhece esse direito no art. 25, incisos I e II, sendo certo que a sanção a tal desrespeito está prevista nos arts. 126 e seguintes da referida lei.

D) *Direito ao respeito da obra ou à sua integridade*

Consiste no direito do autor de que a reprodução não deforme o original, atenha-se à integridade da criação.

Neste sentido o editor não pode fazer correções na obra, mesmo se elas se admitem por motivos justificados, justos.

Não pode expurgar-se expressões demasiadamente cruas nem suprimir um trecho licencioso, efetuar cortes em uma obra muito longa, acrescentar notas.

O art. 25, IV, da Lei n.º 5.988 dispõe sobre o direito à integridade nos seguintes termos: "o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo como autor, em sua reputação ou honra.

O art. 67 da Lei n.º 5.988 determina que o editor não pode fazer abreviações, adições ou modificações na obra, sem permissão do autor.

7. *Prerrogativas do editor de natureza de direito moral de autor*

Deve-se a Adriano de Cupis a estruturação dessa matéria quando visualizou três direitos:

- 1) o direito à paternidade do editor;
- 2) o direito moral do editor originário e deri-

vado;

3) o direito do editor protegido contra a concorrência ilícita.

1) *O direito à paternidade do editor*

O editor tem o direito de fazer-se reconhecer por todos pelo que é, ou seja, editor, empreendedor da publicação e utilização da obra. A sua qualidade de editor não pode ser desconhecida por ninguém. Ele tem direito à sua verdade pessoal, ao lado de qualquer outro, a par com o autor.

O direito à paternidade intelectual, no qual encontramos o direito moral de autor, não é senão um aspecto do direito, mais geral, à paternidade dos próprios atos, ao reconhecimento ao respeito externo de tal paternidade, ao não-comprometimento da própria verdade pessoal.

Ao autor pertence a paternidade da obra intelectual e ao editor a paternidade do livro, que é simplesmente o meio de difusão da obra intelectual.

O editor é, sempre, protegido contra o desconhecimento da sua qualidade de editor de obra, por exemplo, contra a compilação de um catálogo livreiro compreendendo algumas obras por ele editadas sem a indicação ou com a alteração do seu nome.

O editor, ou outra pessoa por ele encarregada, que tenha idealizado as características de impressão, do papel, do formato, da paginação, da encadernação do livro (dos vários elementos constitutivos da forma deste), não é autor no sentido da legislação do direito de autor, mas é autor da obra autônoma correspondente a tal forma artística.

Nessa hipótese excepcional ele é autor.

O editor é apenas excepcionalmente, também, autor, tendo por base um seu fato pessoal criativo.

2) *Direito moral do editor originário e derivado*

O *Direito moral de editor* será originário quando este adquire, originariamente, a qualidade de autor, com base em um seu fato pessoal criativo ou quando se tratar de obra caída em domínio público.

No mais das vezes o *direito moral do editor* será derivado do direito de autor da obra intelectual, é quando defende em nome do autor os atentados contra o direito moral do autor normalmente constando de cláusula contratual.

3) *Direito do editor protegido contra a*

concorrência ilícita concernente à forma do livro por ele ideada.

O editor está investido deste direito que se configura quando outro editor publica, sob o próprio signo editorial, *uma ou mais obras com iguais características*, quanto aos caracteres tipográficos, frontispício, papel, formato do livro, paginação e encadernação ou qualquer outro aspecto ensejador de confusão com a obra do editor violado em sua criação.

O mesmo se dirá quando a reprodução ou imitação seja apta a criar confusão com a atividade do editor, o qual, publicando uma ou mais obras em uma determinada forma exterior, caracterizada, exteriormente, a própria atividade editorial.

Se outro editor concorrente reproduz ou imita tal forma exterior do livro, mesmo que não crie confusão entre as obras, entre os respectivos autores, pode, todavia, criar confusão, no público adquirente, a respeito das atividades editoriais, sobre a procedência das obras, etc.

8. *Direito fundamental de direito patrimonial do autor: retribuição econômica*

Trata-se do problema da retribuição econômica do autor.

A matéria deve ser examinada sob três aspectos: 1) *modalidades da retribuição econômica*; 2) *prestação de contas*; 3) *pagamentos dos direitos de autor*.

1) *Quanto às modalidades da retribuição econômica*

O autor é remunerado, quer através de uma *quantia única*, quer através de *pagamentos de porcentagem sobre o preço de cada exemplar alienado*.

Esses dois modos de remuneração são, naturalmente, *suscetíveis de modalidades*.

Pode suceder que o editor *pague ao autor o valor da edição*: é um mero adiantamento do total devido e o editor poderá recuperar o valor assim pago à medida que os exemplares forem vendidos.

Na prática, convencionou-se, quase sempre, uma porcentagem sobre o preço de venda de cada exemplar a favor do autor, mediante acertos periódicos, e não se trata de quantias muito altas, porque as despesas de impressão e distribuição estão desde o início a cargo do editor.

Se, por acaso, o contrato de edição for omisso quanto à remuneração a ser paga pelo editor,

deve o autor obter prestação jurisdicional na forma de arbitramento porque o artigo 6.º da Lei n.º 5.988 tornou-se inaproveitável com a desativação do CNDA (Conselho Nacional de Direito de Autor).

Seria mais adequado que a lei regulasse a matéria determinando que o contrato de edição estipule a remuneração do autor que, contudo, se o contrato for silente se opte com base no Direito Comparado a um percentual de dez ou vinte por cento sobre o preço de capa.

2) *O autor tem direito à prestação de contas pelo editor quando os pagamentos forem parcelados*

É lógico que, também, quando houver um único pagamento, isso ocorrerá. Mas o contrato deverá regular as épocas das prestações de contas, as épocas dos pagamentos dos direitos de autor, etc.

A recusa de prestação de contas legitima o autor a requerê-la judicialmente.

O contrato deverá prever as sanções à recusa ou falta de pontualidade na prestação de contas.

Nos países com inflação elevada nem sempre os contratos têm previsto a correção monetária suficiente para não esvaziar o valor da remuneração do *derecho habiente*.

3) *Pagamentos dos direitos autorais*

O contrato deve regular os seguintes aspectos: a) *época do pagamento*; b) *garantias fornecidas ao autor para que o pagamento ocorra*; c) *o pagamento dos direitos de autor mesmo na eventualidade de não publicação por inadimplemento por parte do editor*; d) *sanção pelo não pagamento dos direitos de autor*.

9. *Direitos do editor de natureza patrimonial*

A matéria pode ser desenvolvida sob três aspectos:

1) *O pacto de preferência a favor do editor com relação às obras futuras do autor*;

2) *A Convenção de Viena e a proteção dos caracteres tipográficos*;

3) *O direito de tradução*.

1) *O pacto de preferência a favor do editor com relação às obras futuras*

Quanto ao pacto de preferência a favor do editor, falta inscrever no direito brasileiro de autor um conjunto de normas que regule este instituto.

A existência da excelente disciplina no direito francês, a respeito, não deixou de criar um impasse, razão pela qual, com base no ponto de maturidade atingido no direito francês, será possível regular adequadamente o assunto entre nós, evitando os pontos críticos surgidos com a prática.

O editor pode pactuar com o autor a inserção de cláusula no contrato de edição segundo a qual terá preferência na edição de obras futuras.

O direito brasileiro, pelo artigo 54 da Lei n.º 5.988, cuida em limitar o prazo, dentro do qual valem as cessões de obras futuras, a cinco anos, mas é lamentável que o dispositivo não obste a cessão de mais de cinco obras.

Importante a regra do artigo 34, alíneas 3.ª e 4.ª, da lei francesa, estatuinto que o editor deve utilizar a preferência dentro do prazo legal, permitindo, alínea 4.ª, que o autor possa rescindir o pacto de preferência quando o editor tiver recusado, sucessivamente, duas obras.

A regulamentação da matéria na Lei n.º 5.988 é insuficiente, e na solução de casos concretos dever-se-á aplicar subsidiariamente os artigos 33 e 34 da lei francesa de direito de autor, de 1957, não alterada quanto a este instituto.

2) *Proteção dos caracteres tipográficos*

A proteção dos caracteres tipográficos encontra sua fundamentação na Convenção de Viena, de 1973, que surgiu com o objetivo de incentivar a criação de caracteres tipográficos e assegurar-lhes uma proteção eficaz.!

Ensina Théodore Limperg que "a regulamentação de tutela aos caracteres tipográficos tornou-se uma exigência inadiável, porque aumentou o número de plágios de criações tipográficas em decorrência da utilização de algumas invenções sensacionais no domínio da técnica, e, mais particularmente, da reprodução fotográfica dos sinais tipográficos".

Poderia ser impresso um livro com o seguinte comportamento da editora: reproduzir, fotograficamente, as páginas de um exemplar publicado por uma outra editora, no próprio país, ou no exterior, e com base nas cópias assim obtidas reimprimir o livro. No plano de direito de autor, não se hesitaria em responder pela negativa.

Configurada estaria a violação ao direito patrimonial do editor e violação a prerrogativas de direito moral do editor.

3) *Direito de tradução*

O direito de tradução pode consistir num

direito de natureza patrimonial do editor, e isto quando os contratos de edição possuem cláusulas através das quais o autor, ou transfere ao editor os direitos de tradução da obra, ou investe o editor na função de intermediário entre o autor e o editor estrangeiro interessado em publicar a obra traduzida.

Consideramos inconveniente para o autor a praxe de, além de transferir o direito de utilização da obra visando sua reprodução numa determinada língua, o editor exigir do autor a concessão do direito de tradução.

Contratualmente será fixado a remuneração dada ao autor pela publicação de sua obra traduzida. Frequentemente o editor divide com o autor o valor percebido pela autorização da reprodução da obra na versão traduzida onde o editor atua como agenciador junto ao editor estrangeiro.

10. *Deveres do autor*

A) *Sob o aspecto da disposição jurídica*

O contrato de edição gera para o autor duas obrigações principais:

a) *transmissão do direito de edição da obra objeto do contrato;*

b) *respeitar a exclusividade desta transmissão.*

É a *disposição jurídica* que pressupõe a *exclusividade da transmissão do direito de utilização econômica.*

Se for contrato de licença, tem por objeto a *transmissão concorrente do direito de utilização econômica.*

O autor transfere as *faculdades indispensáveis para explorar o futuro livro através da edição* nascida de um contrato de edição ou de licença.

O *instituto da disposição jurídica*, também, se denomina *obrigação de garantia*, pela qual o autor *deve garantir ao editor a existência do direito de reprodução e seu exercício pacífico.*

Assume a responsabilidade da autoria do trabalho intelectual sem pôr em risco a paternidade da obra.

O *desrespeito à obrigação de garantia* pode configurar, por exemplo:

- 1) *plágio por autor da obra anterior;*
- 2) *repetição da obra própria anterior;*
- 3) *transferência anterior a outro editor.*

Nas três eventualidades pressupõe-se que o autor não dispunha mais do *direito de livre-*

mente utilizar a obra.

Se o titular do direito de autor não for titular dos direitos existentes sobre uma parte da obra (por exemplo, ilustrações, certas passagens do texto, ou objetos acessórios tais como diapositivos ou discos fonográficos) as partes contratantes deverão determinar com precisão a quem incumbe negociar os acordos com o fim de obter as autorizações que necessitará o utilizador.

Nesta última hipótese, deverão ser inseridas no contrato cláusulas adicionais garantindo ao titular do direito de edição, que disporá, com suficiente antecedência e no lugar desejado, do material necessário.

Será conveniente, pois, fixar prazos para a entrega por parte do autor dos originais, clichês, dos modelos, das fitas magnéticas e/ou outra classe de material necessário.

B) Sob o aspecto da disposição física

Alguns aspectos do dever de disposição física:

1) Entrega do "corpus mechanicum"

O autor deve colocar o editor em situação que possa executar a reprodução e, para isso, deve entregar o original ou uma cópia da obra intelectual.

Mas dentro de qual prazo deve ser efetuada a entrega do original?

Em geral, o prazo de entrega do original está fixado no contrato.

Em falta de estipulação de prazo no contrato, deve-se distinguir se a obra está acabada quando da conclusão do contrato ou se tem por objeto obra futura ou inacabada.

Quando a obra está acabada, pronta para ser editada, a entrega deve ser feita imediatamente.

Se o autor, após a conclusão do contrato, recusa-se a entregar a obra ou o faz com demora, responde por perdas e danos.

2) Causas possíveis da recusa de entregar

Há, em certas ocasiões, legitimidade para a recusa na entrega do original ou cópia.

É necessário, contudo, evitar que autor possa com facilidade descumprir o que foi pactuado.

O autor somente poderia fundamentar a recusa de entrega na inexecução das obrigações por parte do editor, ou num caso de força maior.

São razões de recusa: trabalho que solape

as bases das teorias expostas, qualquer razão que tire o interesse da obra.

O autor pode falecer antes da entrega de sua obra ao empresário. Nesse caso os herdeiros só poderão ser obrigados a entregá-la terminada.

Mesmo havendo circunstâncias concludentes no sentido de o autor ter considerado sua obra concluída, os herdeiros não poderão ser obrigados a entregar a obra por eles considerada inacabada.

Ao mesmo tempo eles não poderão ser obrigados a entregá-la a um terceiro para que a termine.

c) Sanção pela não-entrega

Qual seria a sanção quando, sem razão fundamentada, o autor se recusasse a entregar o prometido?

Inicialmente deve ser apontado o problema de como admitir que a obra está finda, pois haverá a possibilidade de o autor alegar que não a terminou.

Em doutrina há autores que concluíram a favor do princípio de que a execução forçada da obrigação de entregar o manuscrito ou uma cópia destinada à reprodução é admitida.

O empresário teria direito a perdas e danos para reparar o prejuízo por ele sofrido com as despesas não aproveitáveis em face da recusa do autor em entregar o *corpus mechanicum*?

Isso depende. Se o autor cometer infração por não ter entregue o original dentro do prazo previsto, então o empresário poderá pleitear perdas e danos.

d) Correção e modificação das provas

São duas obrigações acessórias. Por correção de provas deve-se ao mesmo tempo conceber um direito e um dever do autor. É um direito porque o autor deve velar pela fidelidade da obra a ser publicada.

É, ao mesmo tempo, dever, pois o autor é a pessoa mais capaz para corrigir as provas e, enquanto não cumprir esta obrigação, não terá cumprido, inteiramente, sua obrigação de entrega.

O autor ao corrigir as provas deve respeitar as seguintes regras: a) a correção não deve ser prejudicial aos interesses do editor; b) a correção não deve aumentar a responsabilidade do editor; c) a correção não deve impor despesas imprevistas ao editor; nesta eventualidade, o autor deverá indenizá-lo.

Na prática, para evitar qualquer dificuldade

quanto ao assunto, é aconselhável que as partes convençionem no contrato que certa porcentagem das despesas ocasionadas para todas as correções estará a cargo do empresário.

O autor pode, também, introduzir modificações nas provas, sobretudo quando forem necessárias em decorrência de novidades, de novos dados, quando se tratar de obras técnicas ou científicas, conforme permitem o artigo 71, parágrafo único e art. 25 parágrafo único da Lei n.º 5.988.

c) *Importância da "ordem de mandar imprimir"*

Equivale às expressões *si stampi, imprimat, bon à tirer* ou *tirase*.

Para Valerio de Sanctis é uma declaração de vontade do autor, que implica no seu assentimento (*exercício do direito pessoal de inédito para obras inéditas ou exercício do direito de controle sobre a integridade da obra*) para a reprodução da obra pela impressão feita pelo editor e que constitui condição necessária para que o contrato produza o efeito desejado.

Quanto ao controle sobre os exemplares publicados é desejável que "a ordem de mandar imprimir" seja feita *em duas vias, assinadas pelo autor e pelo editor, ficando uma com o autor e outra com o editor*.

Trata-se de uma garantia suplementar para o editor, que pode a partir de então opor a ordem assinada a toda reclamação posterior do autor.

É de toda conveniência que conste do *bon à tirer* o número de exemplares a serem reproduzidos.

Para o autor a assinatura do "bon à tirer" e a determinação do número de exemplares tem outro interesse: permitir-lhe controlar, facilmente, se o número de exemplares impressos corresponde, seja para a primeira edição, seja para uma reedição, ao número convencionado.

11. Deveres do editor

São: A) *A publicação*

Noção e sanções à obrigação de publicar

O artigo 68 da Lei de Direito de Autor institui um sistema indispensável ao determinar que "resolva-se o contrato de edição se, a partir do momento em que foi celebrado, decorrerem três anos sem que o editor publique a obra."

Este prazo é muito longo, trata-se de norma que protege o editor.

Se a obra intelectual não for reproduzida, a sanção pode consistir na rescisão do contrato com perdas e danos a serem pagos pelo editor ou até à condenação no prejuízo sofrido.

A publicação tem por escopo colocar à disposição do público um número suficiente de exemplares da obra intelectual, livros, discos, partituras, gravuras, etc. Tal escopo se consubstancia num conjunto de atividades simultâneas ou sucessivas, que de acordo com suas próprias técnicas, podem agrupar-se em três fases: *impressão, difusão e distribuição*, que se decompõem numa gama de obrigações a cargo do editor ou empresário.

B) *Alguns problemas de alta relevância ligados à impressão*

1) *O número de exemplares, os "mains de passe" e os exemplares a serem dados ao autor.*

O art. 61 da Lei de Direito de Autor, no silêncio do contrato, dispõe que considerar-se-á que cada edição constitui-se de dois mil exemplares.

A regra interessa tanto na eventualidade de contrato de edição como de cessão de direito de autor, ainda que o autor tenha recebido adiantadamente uma quantia a título de pagamento de direito de autor, pois permanece o direito moral de autor de saber qual o número de exemplares reproduzidos e de acompanhar a comercialização da obra.

Mains de passe e exemplares que substituem os produzidos com déficits: apesar da indicação dos exemplares a serem reproduzidos, tem-se admitido o hábito, a possibilidade deste número ser excedido por conta das cópias defeituosas ou para serem encaminhadas ao autor, doadas às bibliotecas, oferecidas aos críticos, professores, sempre dentro do espírito de distribuição gratuita.

Deve-se fixar no contrato o número de exemplares gratuitos que receberá o autor na primeira e nas edições sucessivas.

2) *Distinção entre edição, tiragem e reimpressão*

Os novos meios de reprodução tornam superada a distinção até então existente entre edição, tiragem e reimpressão.

A edição pode se compor de várias tiragens, ou seja, a matriz, seja fixação em linotipia, folha de computador com impressora a laser, que é xerocopiada ou não, seja matriz ou suporte em material de outra qualidade, é sucessivamente

utilizada para a reprodução de exemplares, sempre idênticos às quantidades, anteriormente feitas e, eventualmente, comercializadas.

Se o autor não aproveita a oportunidade para incluir alterações significa que concorda com o texto já publicado, com a primeira tiragem.

Ainda será nova tiragem quando as eventuais modificações do texto se limitem a poucas correções marginais.

Por outro lado, nem sempre novas edições revelam-se com modificações radicais na apresentação ou na substância da obra.

Tiragem e reestampa têm um significado estritamente técnico, já a edição, ao invés, tem um particular significado jurídico enquanto pressupõe o consentimento do autor, não sobre o direito do editor a renovar a edição — direito que deriva do contrato —, mas quanto ao conteúdo e à forma da obra, como aparece reproduzida na edição.

3) Numeração e assinatura de exemplares da obra

O artigo 64 da Lei de Direito de Autor introduziu um sistema indispensável — “a menos que os direitos patrimoniais do autor tenham sido adquiridos pelo editor, numerar-se-ão todos os exemplares de cada edição.”

Já o parágrafo único dispõe: considera-se *contrafação*, sujeitando-se o editor ao pagamento de perdas e danos, *qualquer repetição de número*, bem como exemplar não numerado ou que apresente número, que exceda a edição contratada.

Consideramos fundamental para a defesa dos direitos de autor que a lei deixe claro que as despesas com a numeração fiquem a cargo do editor.

Acreditamos que tal regra deveria ser expressa numa norma de ordem pública.

Tal finalidade representa elemento relevante para o controle da tiragem e dos exemplares distribuídos.

Consideramos a orientação seguida pela Lei de Direito de Autor como *sendo norma de ordem pública*.

Entretanto criticamos, veementemente, a exclusão da numeração quando tenha havido transferência do direito patrimonial, pois o autor tem direito moral de acompanhar o sucesso ou insucesso da obra.

É norma de ordem pública, não se admitin-

do, portanto, a renúncia, estipulada em contrato e salvo estipulado em contrário.

C) Difusão e distribuição comercial

Com a difusão da obra deve o empresário levá-la ao conhecimento do público e incitar a aquisição.

A obrigação que lhe incumbe de efetuar a publicidade necessária é um dos traços mais originais do contrato de reprodução.

O autor tem o direito de pedir prestação de contas ao empresário para ver se este fez o necessário para espalhar sua obra entre o público, e a despeito de um acordo particular concernente a esta publicidade, o juiz deve procurar saber se o editor comportou-se de acordo com o uso e não foi negligente.

O empresário está obrigado a realizar uma publicidade suficiente, de acordo com a natureza e o público próprio da obra de que se trata.

O empresário deve integrar-se a uma publicidade da obra que seja normal e suficiente a fim de facilitar a difusão.

Esta obrigação é importante, pois é dela que dependerá, em grande parte, o sucesso comercial da obra.

Os Tribunais não hesitam em pronunciar a rescisão do contrato de edição quando a publicidade empreendida é insuficiente para permitir a venda normal da obra.

Quanto à distribuição comercial interessam os seguintes assuntos: a fixação do preço de venda e a sua modificação, organização de vendas, a fixação dos descontos em países onde se procederá a venda

12) A importância de cláusula optando por solução de litígio mediante arbitragem

As dificuldades na prestação jurisdicional em matéria tão especializada, a demora na solução dos litígios, impõe que, também, na área de Direito de Autor se adote o hábito salutar de prever a solução de litígio através de arbitragem.

Tal necessidade levou a OMPI a criar grupo de trabalho integrado por organizações não-governamentais em matéria de arbitragem e outros mecanismos extrajudiciais para a solução de controvérsias em matéria de propriedade intelectual entre partes privadas.

A OMPI elaborou projeto de regras sobre arbitragem e de mediação pela OMPI para o estabelecimento de serviços para a solução de

controvérsias entre partes privadas relativas a direitos da propriedade intelectual.

A Lei de Singapura, Lei n.º 2, de 1987, no artigo 170 se refere ao respeito a sentença arbitral.

A Lei n.º 321, de 2 de julho de 1980, que modificou a Lei de Direito de Autor da Áustria, prevê no artigo III juízo de arbitragem instalado no Ministério Federal da Justiça.

A matéria está regulada, também, na Lei n.º 3.916, de 31 de dezembro de 1986, Lei de Direito de Autor da Coreia, que prevê existência de uma divisão de arbitragem que no artigo 83 dispõe: "A fim de que as gestões submetidas a arbitragem da Comissão sejam decididas de maneira eficaz, é criada pela comissão uma Divisão de Arbitragem composta por três membros, dos quais pelo menos um seja jurista qualificado."

Bibliografia

DE-MATTIA, Fábio Maria. *O autor e o editor na obra gráfica - direitos e deveres*. São Paulo, edição Saraiva, 1975.

_____. "A edição no Brasil". *Revista de Informação Legislativa*, a. 22, n.º 88, outubro/dezembro de 1985, pp. 377-386.

_____. "Contrato de Reprodução de Obra Intelectual", *Revista Forense*, v. 256, pp. 101-108.

_____. "Contrato de Edição", *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 19, verbete, pp. 296-302.

_____. *Os pontos suscetíveis de criar atrito nas relações entre o autor e o editor*, pp. 221-228.

O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança

BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A proteção à criança. 3. O bloco de constitucionalidade e sua inserção na proteção à criança.

1. Introdução

O presente artigo¹ objetiva esclarecer a posição brasileira acerca da proteção à criança e apresentar a teoria da proteção integral, preconizada pela Organização das Nações Unidas na Declaração dos Direitos da Criança. Nesta linha de raciocínio, é desenvolvida a teoria baseada nas "necessidades subjetivas" que são essenciais a todas as crianças, formulada por Mendizábal Oses, para quem o não-atendimento dessas necessidades gera uma "carga" para os responsáveis, mesmo para o Estado, que desempenhará sua função tutelar na falta de outros.

Cabe um esclarecimento prévio, todavia, acerca da posição adotada quanto à fixação da idade da criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, alterada pela Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991 – consignou no seu art. 2.º que

"considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aque-

Bernardo Leônicio Moura Coelho é Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e, atualmente, é Técnico Processual do Ministério Público da União, atuando na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.

¹ Este trabalho constitui um resumo da dissertação intitulada "A Proteção Jurídico-Constitucional da Criança", apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais no ano de 1993, sob a orientação do professor José Alfredo de Oliveira Baracho, para obtenção do grau de Mestre em direito constitucional.

la entre doze e dezoito anos de idade” (grifo do autor).

Não há, em qualquer documento normativo, referência similar a esta, encontrando parâmetros apenas no Direito Penal, quando diz respeito à agravante contida no praticar crime contra criança.²

Todavia, deve ser ponderado um aspecto de importância para o deslinde da questão.

O estabelecido no Direito da Criança, em relação a esta, deve prevalecer sobre todos os outros ramos da Ciência Jurídica, pois que é uma norma especial e, como tal, suplanta as normas gerais e diversas classificações dadas por outras disciplinas.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada entre nós através do Decreto n.º 99.170/90, na sua parte I, art. 1.º, assim enuncia:

“Para efeito da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

Os tratados e convenções internacionais, após sua ratificação, integram a legislação, como no caso da Convenção sobre os Direitos da Criança. Na medida em que o Estado, por seu direito interno, aceita a norma definida no direito internacional, esta se transforma em norma jurídica com vigência plena no ordenamento jurídico interno.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado após a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança, razão pela qual esta prevalecerá no confronto de ambos com relação à caracterização da criança.

Buscando meios para tornar eficiente a proteção integral destinada à criança, o presente artigo procura enfatizar um novo instituto, ainda não contemplado por completo na doutrina pátria, que é o bloco de constitucionalidade. Trata-se de uma condensação de princípios que se situa num plano supra-constitucional e que servirá de parâmetro para decisões que envolvam os temas nele inseridos.

Seguindo o rumo traçado, procura selecionar algumas decisões judiciais em que o interesse da criança seja fator determinante, visto que a jurisprudência é um dos grandes formadores do bloco de constitucionalidade.

² Art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal.

Ao final, traça parâmetros, dentro do Direito da Criança, para a formação do bloco de constitucionalidade brasileiro.

2. A proteção à criança

A presente análise sobre a proteção à criança inicia-se com uma melhor colocação do tema em questões terminológicas.

A Constituição de 1988 procurou eliminar da vida social brasileira todas as formas de discriminação a qualquer pessoa. Para tanto, colocou a dignidade humana como fundamento do Estado e, entre seus objetivos fundamentais, incluiu a abolição de qualquer forma de discriminação.³

Tal discriminação, abolida constitucionalmente, entretanto, persiste ainda na área do Direito da Criança, que muitos insistem em denominar “Direito de Menores”, reduzindo a importância da criança como ser humano.

É necessário que a questão da proteção à criança seja melhor abordada, não apenas pelos estudiosos do tema, mas também pela sociedade civil, que diretamente lida com os desvios de conduta daquelas crianças não aceitas pelo sistema. Atente-se para a seguinte passagem, onde crianças de uma favela, apesar de colocadas à margem, demonstram ausência de discriminação com relação a pessoas estranhas ao seu meio:

“Há alguns anos, entrando com um grupo em uma favela para fazermos pesquisa, cruzei um bando de crianças que brincavam de escolinha, com lousa, professora e tudo. Ao nos ver passar, uma menina perguntou: - ‘O que é isso?’ A resposta de outra garotinha foi imediata e direta: - ‘É gente!’”⁴

Quando se faz referência a “menor”, não se está referindo ao próprio filho ou ao filho de pessoas privilegiadas economicamente.

³ Art. 1.º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

.....
III - a dignidade da pessoa humana.
Art. 3.º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

⁴ DAMAZIÃO, Reinaldo Luiz - *O que é Criança*. 2.ª ed. Coleção Primeiros Passos. São Paulo, Brasiliense, 1991, pp. 7-8.

Quando se utiliza esse termo, coloca-se um tom pejorativo, socialmente ligado à palavra.

Em relação ao uso do termo "menor", condenando a discriminação que é feita contra a criança, escreveu com acerto Dallari:

"Um exemplo do tratamento discriminatório entre as crianças é o uso de palavras diferentes para designar crianças pobres ou ricas, como se faz hoje no Brasil: quem nasce numa família de classe média ou das classes mais ricas é criança e quem nasce numa família pobre é 'menor'.

Na linguagem oficial, bem como na propaganda comercial, fala-se em 'semana da criança', 'proteção da criança', 'programas para crianças' sempre referindo-se às que gozam de melhor situação econômica e social. E nos próprios documentos oficiais, assim como na linguagem de entidades e pessoas, muitas vezes bem intencionadas mas envolvidas pelo sistema circundante, fala-se em 'semana do menor', 'menor delinqüente', 'menor abandonado' e outras expressões semelhantes para designar a criança pobre e marginalizada, cuja marginalização já é reconhecida e formalizada pelo simples designativo de 'menor'. E, no entanto, estas também são crianças, também são pessoas, mas para elas não existe o direito de serem reconhecidas e tratadas como pessoas."

Neste ponto é que entra a função do Estado, que, conceituando a proteção à criança como um direito social⁶ e colocando como um de seus princípios a justiça social, deve impedir que estas pessoas, na correta colocação de Dallari, sejam oprimidas por outras. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo "menor" seja tratado como criança - sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais.

É certo que na doutrina alienígena há referência a "direito do menor", como na França,

Espanha ou Argentina. Mas, nesses países, o termo "menor" designa apenas aquelas pessoas que ainda não tenham completado a idade de dezoito anos, não tendo a conotação que se dá à expressão no Brasil. Todavia, os livros mais recentes, como de Chazal, adotam "Direito da Criança", em substituição à antiga denominação.

O Direito moderno exclui não somente a designação de delinqüente, como também qualquer outra denominação diferente de "menor" sujeito à proteção do Juiz de Menores.⁷

A natureza do Direito da Criança deve encontrar seu fulcro na proteção integral que deve ser dada a esta, de modo a lhe permitir o desenvolvimento das aptidões físicas e espirituais, em condições de liberdade e dignidade, para sua integração na sociedade, conforme princípios consagrados na Declaração Internacional dos Direitos da Criança.

Essa proteção integral deve referir-se à proteção judicial e à proteção social, compreendendo medidas de prevenção e medidas terapêuticas. Neste ponto, peca o menorista brasileiro, ao querer colocar sob proteção apenas aquelas crianças já desajustadas, não cuidando das medidas de prevenção. Parece que o seu real objetivo, embora não declarado, seja retirá-las e expulsá-las da vida social.

Para o Direito da Criança, esta deixou de ser objeto de direito (apenas objeto de ações de proteção), para se tornar sujeito de direitos dentro do ordenamento jurídico, sendo que esta qualidade de sujeito constitui o seu fundamento essencial.

Esse mesmo entendimento, considerando a criança como sujeito de direitos, consta em projeto original do Senador Nelson Carneiro, que não teve seguimento normal, mutilado que foi em sua característica essencial.⁸

Durante o período de educação da criança, há que se levar em conta sua personalidade, seus interesses e necessidades, próprios dessa fase. Estando em desenvolvimento, o Direito não permite à criança tomar decisões. É necessário que uma pessoa seja responsável por

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu e KORCZAK, Janisz - *O Direito da Criança ao Respeito*. São Paulo, Summus, 1986, p. 25.

⁶ Art. 6.º da Constituição Federal - 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.

⁷ CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões - *Direito do Menor*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 235. CHAZAL, Jean - *Les Droits de l'Enfant*, Cinquième édition. Paris, Press Universitaire de France, 1982, pp. 7 e 15.

⁸ LABANCA, Luis Edmundo - *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 3.

ela. Mas essa responsabilidade deve ser assumida, sendo quase como uma "carga" imposta. Se estas pessoas, às quais é confiada a sua criação, não desempenham o seu papel, cabe ao Estado, como protetor do bem-estar da coletividade, avocar para si a tarefa de guarda e educação - física e espiritual - destas crianças.

Bernardes serve-se do Estatuto da Criança e do Adolescente para enunciar que "os menores da tutela judicial de menores constantes na lei evidenciam que a tutela não pode ser apenas declarada na lei, mas precisa ser regulada inteiramente, de modo que se possam conhecer seus limites."⁹ No Direito da Criança, tal não ocorre, pois suas características o diferenciam dos demais ramos do Direito. Por ser eminentemente protetor, em qualquer interpretação deve ser colocado em primeiro lugar o interesse da criança, não necessitando, como quer Bernardes, de uma completa regulamentação.

A doutrina brasileira de proteção encontra-se calcada em designação proposta no IX Congresso do Instituto Interamericano da Criança (Venezuela, 1948), que é a de "menor em situação irregular".

Pode-se reduzir a três as correntes em torno da proteção à criança:

a) doutrina da proteção integral, partindo dos Direitos da Criança reconhecidos pela Organização das Nações Unidas, na qual a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais;

b) doutrina do direito penal do "menor", pela qual o Direito só se ocupa do "menor" a partir do momento em que pratique um ato de delinquência;

c) doutrina intermediária da situação irregular, em que os "menores" são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente.¹⁰

A ONU - Organização das Nações Unidas -, através da Declaração dos Direitos da Criança, recomendou sua proteção integral. Nas

suas consideranda, preconiza-se uma proteção especial, que foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 e reconhecida nos atos constitutivos dos organismos especializados e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança.

Mendizábal Osés desenvolve uma teorização acerca da proteção da criança, concebida dentro de uma proteção integral, a partir das necessidades subjetivas, que assim define:

"A necessidade subjetiva é a figura que fundamenta a existência de um mandato jurídico que diretamente capacita os menores para poder receber quanto precisam para que o processo evolutivo de sua personalidade se desenvolva de forma harmônica e integral."¹¹

O Direito da Criança tutela, pois, os interesses de uma parte mais fraca contra outra, que é plenamente capaz, subordinando a essa tutela qualquer outro interesse que possa derivar-se da relação jurídica que une ambas. No mesmo sentido e lembrando sua capacidade receptora, a criança impõe uma carga, que terá de resolver-se no estrito cumprimento de quanto seja preciso para dar satisfação a suas necessidades subjetivas.

Esta doutrina de proteção integral, difundida por Mendizábal Osés, foi assim entendida pela Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o extermínio de crianças:

"A proteção especial designa o conjunto de políticas, programas e ações que têm como destinatários as crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, isto é, aqueles segmentos em cuja realidade pessoal estão presentes outros fatores de vulnerabilidade que não carência sócio-econômica pura e simples.

No campo da proteção especial, recomenda-se a estruturação de um conjunto de retaguardas para a Justiça da Infância e da Juventude e para os Conselhos Tutelares, de modo a criar condições objetivas para implementação das medidas de proteção e das medidas sócio-educativas previstas no ECA."¹²

⁹ BERNARDES, Hugo Gueiros - "Substituição Processual: o equívoco doutrinário da legislação do trabalho brasileira. O enunciado 310 da Súmula do TST". *Revista LTr*, v. 57, n.º 6, junho de 1993.

¹⁰ CAVALLIERI, Alirio - "Direito do Menor: Um Direito Novo". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano XXVII, n.º 21 (nova fase), maio de 1979, p. 393.

¹¹ MENDIZÁBAL OSES, Luis - *Derecho de Menores: Teoría General*. Madrid, Pirâmide, 1977, p. 119.

¹² Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI, destinada a investigar o extermínio

Como se percebe, a doutrina brasileira evoluiu no sentido de abandonar a rotulação de "situação irregular", anteriormente adotada, e desenvolve a proteção especial, ou integral, da criança, segundo os moldes traçados pela Declaração dos Direitos da Criança.

3. O bloco de constitucionalidade e sua inserção na proteção à criança

A figura jurídica do bloco de constitucionalidade é de criação recente nos países europeus, notadamente na França, e, agora, começa a ser difundida no continente americano.

O bloco de constitucionalidade pode ter sua origem na teoria do *Überrecht*, ou superdireito, como traduzido para o português, mas trazida para o âmbito do direito público, em suas análises não só sobre regras de colisão, mas fundamentalmente sobre suas regras de interpretação.

O superdireito consiste de regras sobre a aplicação das leis¹³ e baseia-se no fato de que as normas delimitadoras dos sistemas jurídicos coexistentes ou sucessivos no tempo constituem direito sobre direito, leis sobre leis, e têm por objeto outro direito, e esse "outro direito" sobre o qual versa pode ser substancial ou, também, superdireito.

Também constitui superdireito o método das fontes e interpretação das leis, porque determina a formação de regras e o seu alcance lógico-conceitual e proposicional, bem como aquele conjunto de regras que dizem qual o momento em que entram em vigor, não se devendo confundí-las com aquelas que marcam o momento de incidência, que pertencem ao direito intertemporal propriamente dito.

Miranda prenunciava este emendamento, ao dizer que teríamos de colocar o superdireito no direito público, ainda que fosse privado o Direito que constitui o objeto de seu regramento.¹⁴

O bloco de constitucionalidade insere-se, dentro da estrutura constitucional, no estudo da hierarquia das normas jurídicas e, também, no estudo do controle da constitucionalidade das leis.

Através do controle de constitucionalidade

de crianças e adolescentes. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, ano XXVII, Suplemento B ao n.º 69, terça-feira, 29 de maio de 1992, Brasília - DF, p. 11.

¹³ MIRANDA, Pontes de - *Comentários à Constituição de 1946*. T. I. Rio de Janeiro, Henrique Cohen Ed., 1947, p. 43.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 62-64.

de todos os atos normativos devem estar de acordo com o conteúdo constitucional, pois a Constituição de um Estado é a norma suprema que proporciona a unidade do sistema normativo, sendo fundamento de validade para o ordenamento jurídico.¹⁵

É certo que todos os atos normativos, elaborados naqueles Estados que têm um controle de constitucionalidade, devem estar submetidos e subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional.

Canotilho lembra que há duas acepções para determinação do parâmetro constitucional:

1) equivalente à Constituição escrita ou leis com valor constitucional formal. Portanto, a conformidade dos atos normativos só pode ser aferida sob o ponto de vista de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da Constituição - ou de outras leis formalmente constitucionais;

2) equivalente à ordem constitucional global. Neste caso, o juízo da legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se, não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.¹⁶

O bloco de constitucionalidade estaria, pois, inserido na segunda posição, que considera o parâmetro constitucional mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo "espírito" ou pelos "valores" que informam a ordem constitucional global. Esta é realmente sua correta colocação. O bloco de constitucionalidade excede a Constituição escrita, buscando os valores maiores que servirão de orientação para as normas constitucionais escritas.

Inicialmente desenvolvido na França, na vigência da 5.ª República, o bloco de constitucionalidade ficou assim constituído:

1) Constituição de 1958;

2) "princípios de valor constitucional", contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Cons-

¹⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery - *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pp. 10-11.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional*, 3.ª ed. Coimbra, Almedina, 1991, pp. 997-998.

tuição de 1946, ou que o Conselho Constitucional declara "reconhecidos pelas leis da República";

3) leis orgânicas.¹⁷

Surge o problema, então, de se delimitar quais seriam estes "princípios de valor constitucional" e os "princípios reconhecidos pelas leis da República".

Para Canotilho, que adota a posição de que a ordem constitucional global seria mais vasta do que a Constituição escrita, abrangendo não só os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de Direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas, os "princípios reconhecidos" seriam apenas aqueles que constituem uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais posteriormente plas-
mados.

Continua, ainda, dando alguns exemplos dos princípios densificados aceitos pelo direito português. Cita o princípio da não-retroatividade que só está expressamente consagrado como princípio constitucional em certas matérias, mas pode ter potencialidades normativas mais amplas quando considerado como princípio densificado do Estado de direito; ou o princípio do não-retrocesso social que não é um princípio constitucional expresso, mas contribui para a densificação de normas e princípios constitucionais referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁸

No direito argentino, encontramos também um exemplo em que, não havendo texto expresso que abrigasse o direito de reunião, este foi admitido com base em outros princípios agasalhados no texto constitucional.

Seguindo idêntico raciocínio do bloco de constitucionalidade, temos a 9.ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, na qual a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos que não estão expressos no texto.

Como o bloco de constitucionalidade se refere a uma densificação de princípios, acima mesmo da Constituição do país, este princípio, exposto na Constituição norte-americana, contribui para que sejam "deslocadas" densificações do texto constitucional para o bloco

de constitucionalidade.

A doutrina constitucional brasileira consagrou este princípio a partir da Constituição de 1891 e não mais o retirou das demais constituições. O mesmo ocorre em demais países, como o Paraguai, Peru e Uruguai, que o consagraram em seus textos constitucionais.

Segundo os comentadores norte-americanos, "é um fato fundamental que a Constituição Federal é simplesmente uma concessão de poderes limitada", e alguns direitos podem ou não estar contidos numa estruturação formal.

Ressalte-se, contudo, que não existe hierarquia entre os "princípios de valor constitucional" em função de sua origem, e que, em caso de contradição entre eles, devem ser conciliados, não se excluindo uns aos outros.

Para Pactet, o bloco de constitucionalidade pode compreender ainda certas contribuições do costume e, sobretudo, os desenvolvimentos constitucionais tirados do texto pela jurisprudência.¹⁹

O costume ocupa um lugar modesto na formulação do bloco de constitucionalidade, pois é bom lembrar que, nos Estados de tradição latina e escrita, raramente ascende à dignidade de regras constitucionais.

Ao contrário do costume, a jurisprudência exerce papel determinante na formação e no desenvolvimento do bloco de constitucionalidade.²⁰

A cada julgamento vê-se reconhecer a possibilidade de enumerar e definir princípios que a Constituição visou, pois o que mais ocorre são os casos em que os tribunais devem dar às disposições constitucionais um sentido para serem aplicadas.

Para Pactet, é neste ponto que a jurisprudência ocupa papel decisivo no bloco de constitucionalidade. Essas normas, resgatadas pela jurisprudência, que, em princípio, estavam unidas ao texto constitucional, têm valor constitucional na medida em que os tribunais ou as cortes as possam impor frente ao legislador.²¹

Tribunais brasileiros, dando seqüência à formação do bloco de constitucionalidade, vêm decidindo que deve ser dada prioridade aos direitos da criança, como podemos notar em

¹⁷ CHATEBOUT, Bernard - *Droit Constitutionnel et Science Politique*. Septième édition. Paris, Armand Colin, 1986, p. 645.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 998-999.

¹⁹ PACTET, Pierre - *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel*. 9.ª édition. Paris, Masson, 1989, p. 83.

²⁰ *Ibid.*, p. 83.

²¹ *Ibid. ibid.*, p. 84.

alguns julgados, como nestes:

HABEAS CORPUS — A CRIANÇA E O ADOLESCENTE — PERTINÊNCIA — As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhe são assegurados constitucionalmente. (STF - HC n.º 69.303-MG - Relator Ministro Neri da Silveira)

ADOÇÃO DE CRIANÇA BRASILEIRA POR ESTRANGEIRO — CARÁTER SUPLETIVO — INTERESSE DO MENOR — PRIORIDADE — O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz discriminação entre brasileiros e estrangeiros. O que a lei quer é que se dê supremacia à criança ou ao adolescente, seu bem-estar, seus direitos, sua dignidade, convivência familiar etc. e, estando brasileiros e estrangeiros nas mesmas condições, sendo ambos convenientes à criança e ao adolescente, deve-se preferir o brasileiro ao estrangeiro. Se as condições oferecidas pelo casal estrangeiro forem melhores e trouxerem vantagens ao menor, a medida excepcional deve ser aplicada. (TJMG - AI n.º 22.528-4 - Comarca de Nova Lima - Relator Desembargador Alves de Melo)

ALIMENTOS — OMISSÃO DO ACORDO — PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR — TESTEMUNHA NÃO ARROLADA NA INICIAL — APLICAÇÃO DO ART. 276 DO CPC — A recusa do Juiz em ouvir testemunha não arrolada na inicial não constitui cerceamento de defesa. Se o art. 8.º da Lei 5.478/68 é omissivo a respeito, aplica-se, por analogia, o art. 276 do CPC, que prevê a necessidade de oferecimento do rol de testemunhas na petição inicial em processo sumaríssimo. É irrelevante a alegação de não constar do acordo homologado a extensão dos alimentos ao filho do casal, também beneficiário, uma vez que prevalecem necessariamente os interesses do menor. (TJMG - AC n.º 88.534-1 - Comarca de Caldas - Relator Desembargador Paulo Tinóco)

GUARDA DE FILHO — RESIDÊNCIA DA MÃE — AMBIENTE INADEQUADO — OITIVA DO MENOR — PRESSÃO PSICOLÓGICA — BUSCA E APREENSÃO — PREVALÊNCIA DO INTERESSE E BEM-ESTAR DA CRIANÇA — A oitiva do menor não é imprescindível para a decisão so-

bre quem lhe terá a guarda, sendo, ao contrário, desaconselhável em muitos casos, dada a evidente pressão psicológica a que é então submetida a criança. Em virtude da prevalência do interesse e do bem-estar do menor, não poderá ele ficar sujeito a sucessivas buscas e apreensões, a pretexto de cumprimento de formalidades. Demonstrado nos autos, através de sindicância efetuada na residência da mãe, não ser aquele ambiente adequado para a criação do menor, e que a progenitora foi suspensa de seu trabalho por agressões a menores. Indiscutivelmente deve ficar com o pai a guarda do filho. (TJMG - AC n.º 5.253-0/90.349-1 - Comarca de Cambuí - Relator Desembargador Paulo Tinóco) (grifos do autor)

Verificam-se, então, várias decisões que incorporam o interesse da criança, fazendo com que esse princípio seja densificado dentro do texto constitucional, elevando-o a bloco de constitucionalidade.

Para Canotilho, tomar os direitos fundamentais como parâmetro ou norma de referência no juízo de legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa Constituição consagradora de um amplo catálogo de direitos, abrangendo liberdades, garantias e direitos econômicos, sociais e culturais.²²

A partir do momento em que os direitos fundamentais se encontrem plasmados, densificados no âmbito normativo-constitucional, serão norma de referência obrigatória em qualquer controle de constitucionalidade e em qualquer interpretação em que exista interesse de crianças a ser decidido.

Para a formação do bloco de constitucionalidade brasileiro, no capítulo referente aos direitos da criança, é necessária a inclusão de outros diplomas, não bastando apenas a Constituição escrita.

Apesar do autoritarismo, a Constituição de 1937, inspirada pelo idealismo fascista, representou um grande passo para a implementação de uma maior atenção e proteção às crianças. Num Estado dotado dessas características, nota-se a preocupação com a valorização do ser humano, sendo a criança colocada como elemento gerador da nova nação. Remonta

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1000.

desta época, também, a criação do Departamento Nacional da Criança, através do Decreto-Lei n.º 2.024/40, que era o órgão de coordenação de todas as atividades relativas à criança.

O bloco de constitucionalidade buscará, também, formar-se nos princípios das Declarações de Direitos ratificadas pelo Brasil, como é o caso da Declaração dos Direitos da Crian-

ça da Organização das Nações Unidas que prescreve a proteção integral.

Ficará, então, o bloco de constitucionalidade constituído pelos princípios da Constituição de 1937, os tratados internacionais que tratam da proteção à criança ratificados pelo Brasil e, finalmente, pelas decisões judiciais que decidem pela prevalência dos interesses da criança.